



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PADOVA

Sede Amministrativa: Università degli Studi di Padova
Dipartimento di Scienze Politiche, Giuridiche e Studi Internazionali

SCUOLA DI DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO INTERNAZIONALE E DIRITTO
PRIVATO E DEL LAVORO: INTERAZIONI NELLA DIMENSIONE EUROPEA
INDIRIZZO: DIRITTO PRIVATO NELLA DIMENSIONE EUROPEA
CICLO XXIV

LA SOLIDARIETÀ TRA FIDEIUSSORI

Direttore della Scuola: Ch.ma Prof.ssa Manuela Mantovani
Coordinatore d'indirizzo: Ch.mo Prof. Giuseppe Amadio
Supervisore: Ch.mo Prof. Roberto Pucella

Dottorando: Stefano Balusso

INDICE

CAPITOLO PRIMO

LA PLURALITÀ DI GARANZIE PERSONALI PER IL MEDESIMO DEBITO NEL DIRITTO ROMANO.....p. 1

SOMMARIO: 1. *Sponsio, fidepromissio e fideiussio* – 2. Pluralità di obbligazioni fideiussorie – 3. Pluralità di altre garanzie personali

CAPITOLO SECONDO

CONFIDEIUSSIONE E PLURALITÀ DI FIDEIUSSIONI INDIPENDENTI.....p. 7

SOMMARIO:1. Confideiussione e pluralità di fideiussioni indipendenti come fattispecie distinte – 2. La pluralità di fideiussori come fattispecie unitaria – 3. L'orientamento della giurisprudenza – 4. Considerazioni critiche. L'esigenza di ricondurre la distinzione tra confideiussione e pluralità di fideiussioni indipendenti alla presenza di un rapporto di fonte negoziale tra i garanti

CAPITOLO TERZO

REGRESSO E SURROGAZIONE TRA DEBITORI SOLIDALI.....p. 20

SOMMARIO: 1. Rapporti esterni e rapporti interni nella solidarietà debitoria: prospettive «analitiche» e prospettive «sintetiche» – 2. Il momento della nascita del diritto di regresso – 3. Il regresso fra condebitori in presenza di un rapporto interno di fonte negoziale o legale – 4. L'individuazione delle eccezioni opponibili in sede di regresso: quadro delle soluzioni proposte dalla dottrina – 5. (segue) Rilievi critici. La necessità di attribuire rilievo alla presenza di uno specifico rapporto interno di fonte contrattuale o legale fra i condebitori e la scarsa significatività in relazione al regresso della distinzione fra eccezioni comuni e personali – 6. (segue) Le conseguenze nei rapporti interni della mancata proposizione delle eccezioni nei rapporti esterni verso il creditore – 7. Il problema dell'ammissibilità della surrogazione legale a favore del debitore adempiente – 8. La tesi che esclude l'esistenza di una pretesa di regresso distinta rispetto al diritto acquistato mediante la surrogazione legale – 9. Le opinioni a favore della coesistenza degli strumenti del regresso e della surrogazione legale e i tentativi di coordinamento dei due rimedi – 10. I mezzi di rivalsa del debitore adempiente nella prospettiva della comunione del debito e i pretesi limiti all'operatività della surrogazione – 11. (segue) Rilievi critici – 12. Regresso e cessione legale fra condebitori nel sistema tedesco – 13. Ammissibilità del concorso tra i due rimedi nell'ordinamento italiano – 14. Possibili deroghe alla limitazione della surrogazione e

del regresso alla quota di pertinenza del debitore convenuto in rivalsa – 15. Pagamento parziale e regresso – 16. Diritto di regresso e interessi

CAPITOLO QUARTO

IL REGRESSO E LA SURROGAZIONE TRA FIDEIUSSORI.....p. 71

SOMMARIO: 1. Regresso tra fideiussori: i presupposti. Regresso e rilievo – 2. (segue) La sussistenza del diritto di regresso e della pretesa in surrogazione verso il debitore principale – 3. (segue) La previa escussione del debitore principale – 4. Regresso tra fideiussori in caso di pagamento parziale – 5. Regresso tra fideiussori e termine prescrizionale – 6. Sull’oggetto del regresso tra fideiussori – 7. Surrogazione legale tra fideiussori – 8. La confideiussione («Mitbürgschaft») nel BGB – 9. (segue) Il regresso tra fideiussori – 10. (segue) Il fondamento del regresso tra fideiussori – 11. (segue) La surrogazione tra fideiussori – 12. Considerazioni conclusive

CAPITOLO QUINTO

PLURALITÀ DI FIDEIUSSIONI CON LIMITAZIONE D’IMPORTO.....p. 117

SOMMARIO: 1. Pluralità di fideiussioni limitate: individuazione dell’ipotesi. Rapporti tra garanti e creditore – 2. La rilevanza dell’importo massimo garantito nel regresso tra i fideiussori – 3. La clausola di esclusione della solidarietà tra fideiussori (c.d. Nebenbürgschaftsklausel) – 4. Difformità quantitative e solidarietà

CAPITOLO SESTO

REMISSIONE E RINUNCIA ALLA SOLIDARIETÀ IN FAVORE DI UN CONDEBITORE IN SOLIDO.....p. 145

Sezione I

REMISSIONE E SOLIDARIETÀ DEBITORIA NEL DIRITTO ROMANO

SOMMARIO: 1. *Acceptilatio* e *pactum de non petendo*: tratti generali – 2. *Acceptilatio* e *pactum de non petendo* in favore di un debitore in solido e di un confideiussore

Sezione II

REMISSIONE E RINUNCIA ALLA SOLIDARIETÀ IN FAVORE DI UN DEBITORE SOLIDALE NEL CODICE CIVILE DEL 1865

SOMMARIO: 1. La remissione in favore di un condebitore in solido – 2. La rinuncia alla solidarietà in favore di un condebitore – 3. Le conseguenze della rinuncia alla solidarietà – 4. Sull’ammissibilità di una remissione con efficacia particolare

Sezione III

SOLIDARIETÀ DEBITORIA E REMISSIONE NEL SISTEMA TEDESCO

SOMMARIO: 1. Remissione con efficacia estintiva generale – 2. Remissione con efficacia particolare (“*Einzelwirkung*”) e remissione con efficacia generale limitata (“*beschränkte Gesamtwirkung*”) – 3. Remissione con efficacia particolare e diritto di rivalsa contro il creditore a favore del remissario che abbia dovuto effettuare un pagamento ai consorti

in sede di regresso – 4. Gli argomenti a sostegno della remissione con efficacia particolare ... – 5. ... e quelli a sostegno della remissione con efficacia generale limitata – 6. La remissione stipulata con un condebitore in solido nella prospettiva del legislatore storico e nella successiva elaborazione degli interpreti – 7. La tesi di A. WACKE – 8. Remissione con efficacia generale, remissione con efficacia particolare, remissione con efficacia generale limitata: criteri distintivi – 9. La ripartizione del rischio di insolvenza nella remissione con efficacia generale limitata – 10. Sulla possibilità per il remissario di opporre la ottenuta liberazione contro la pretesa di regresso di un condebitore

Sezione IV

REMISSIONE E RINUNCIA ALLA SOLIDARIETÀ IN FAVORE DI UN CONDEBITORE IN SOLIDO NEL CODICE CIVILE VIGENTE

SOMMARIO: 1. Remissione e debito solidale dal codice civile del 1865 al codice civile vigente – 2. Il problema dell'ampiezza dell'effetto estintivo *ultra partes* della remissione *pro quota* in caso di incertezza sulla porzione gravante sul debitore liberato – 3. Remissione e solidarietà a interesse esclusivo – 4. Remissione e insolvenza di un condebitore – 5. Sull'ammissibilità di una remissione con efficacia particolare – 6. La rinuncia alla solidarietà – 7. Gli effetti della rinuncia alla solidarietà – 8. Remissione del debito con efficacia particolare e rinuncia alla solidarietà

CAPITOLO SETTIMO

TRANSAZIONE E DEBITO SOLIDALE.....p. 213

SOMMARIO: 1. Transazione e solidarietà debitoria nel codice civile del 1865 – 2. Transazione e solidarietà debitoria nel sistema tedesco. La prospettiva del legislatore storico – 3. La transazione con un condebitore in solido nel diritto tedesco vigente: considerazioni generali – 4. (segue) La determinazione della portata della remissione fondata sull'accordo transattivo – 5. (segue) Aspetti problematici della regola dell'imputazione al debito comune del pagamento effettuato in base alla transazione – 6. La transazione con un condebitore in solido nel codice civile vigente. La previsione di cui all'art. 1304 cod. civ. – 7. Sull'applicabilità dell'art. 1304 cod. civ. alla transazione novativa – 8. La possibilità di profittare della transazione – 9. La clausola limitativa della possibilità di profittare della transazione – 10. La transazione priva di efficacia per i condebitori estranei – 11. La transazione parziale. Configurabilità ed effetti – 12. Transazione parziale: ambito di applicazione – 13. Transazione parziale: ampiezza dell'effetto estintivo *ultra partes* – 14. I criteri proposti dalla dottrina per stabilire l'efficacia della transazione – 15. (segue) Rilievi critici. I criteri distintivi fra transazione sull'intero aperta all'adesione degli altri debitori, transazione sull'intero con esclusione della facoltà per gli altri debitori di profittarne e transazione parziale – 16. Transazione ed eccezioni opponibili in sede di regresso

CAPITOLO OTTAVO

REMISSIONE E TRANSAZIONE IN PRESENZA DI PIÙ FIDEIUSSORI PER IL MEDESIMO DEBITO.....p. 268

SOMMARIO: 1. Remissione a favore di uno tra più fideiussori per lo stesso debito – 2. Rinuncia a una garanzia verso corrispettivo – 3. Estinzione della fideiussione per fatto del creditore (art. 1955 cod. civ.) – 4. L'estinzione della fideiussione in caso di rinuncia da parte del creditore a una garanzia nel sistema tedesco. Il § 776 BGB e la sua genesi storica – 5. Il difficile coordinamento tra la norma sull'estinzione della fideiussione per rinuncia a una garanzia e le regole in materia di remissione in favore di un condebitore in solido. L'ipotesi del § 776 BGB come norma a tutela del fideiussore *solvens* contro la «compromissione» del suo diritto di regresso verso i confideiussori – 6. (segue) L'ipotesi del § 776 BGB come previsione risarcitoria – 7. (segue) L'ipotesi del § 776 BGB come norma a tutela del fideiussore beneficiario della remissione – 8. Il § 776 BGB in relazione all'ipotesi della confideiussione e a quella della pluralità di fideiussioni indipendenti – 9. Estinzione della fideiussione per fatto del creditore e disciplina della remissione a favore di uno dei fideiussori nel diritto italiano – 10. Estinzione della fideiussione per fatto del creditore e transazione con uno dei fideiussori nel diritto italiano

Bibliografia.....p. 303

Esposizione di sintesi/Abstract.....p. 331

CAPITOLO PRIMO

LA PLURALITÀ DI GARANZIE PERSONALI PER IL MEDESIMO DEBITO NEL DIRITTO ROMANO

SOMMARIO: 1. *Sponsio, fidepromissio e fideiussio* – 2. Pluralità di obbligazioni fideiussorie – 3. Pluralità di altre garanzie personali

1. *Sponsio, fidepromissio e fideiussio*

La possibilità che più soggetti assumano un'obbligazione volta a garantire l'adempimento del medesimo debito non era un'ipotesi sconosciuta all'ordinamento romano.

Nel corso del tempo si assiste allo sviluppo di diverse regole volte a disciplinare entrambi i profili che ancora oggi rappresentano i tratti caratterizzanti del fenomeno della pluralità di obbligazioni con finalità di garanzia: il rapporto interno tra i garanti e quello esterno tra questi e il creditore.

Il percorso di sviluppo di nuove soluzioni si coglie con evidenza già all'interno della categoria delle *adpromissiones*, in cui sono ricomprese, sotto una comune denominazione invalsa in letteratura ma non attestata dalle fonti¹, la *sponsio*, la *fidepromissio* e la *fideiussio*, figure consistenti nell'assunzione mediante *stipulatio* di un vincolo obbligatorio con funzione di garanzia rispetto a un'altra obbligazione².

Delle tre figure appena menzionate è opportuno richiamare, per sommi capi, i tratti fondamentali.

Secondo quanto riferisce Gaio nelle sue Istituzioni, *sponsio* e *fidepromissio* avevano un regime simile, mentre assai diverso era quello della *fideiussio*³.

¹ Puntualizza F. BRIGUGLIO, *'Fideiussoribus soccurri solet'*, Milano, 1999, p. 214, nt. 14, che il termine «*adpromissio*» non appare attestato nelle fonti romane, ma può essere utilizzato, come espressione di comodo, per designare congiuntamente le tre forme di stipulazione accessoria. In dottrina, infatti, tale termine viene utilizzato per indicare la *sponsio*, la *fidepromissio* e la *fideiussio*»; sottolinea infatti M. TALAMANCA, voce *Fideiussione. a) Parte storica*, in *Enc. dir.*, vol. XVII, Milano, 1968, p. 323, nt. 3, che «i classici conoscono soltanto la terminologia *adpromissor*».

² In generale su quanto segue v., per tutti, V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, 14^a ed., Napoli, 2006 (rist.), pp. 403 ss.; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I, 2. Aufl., München, 1971, pp. 660 ss.; ID., *Das römische Privatrecht*, II, 2. Aufl., München, 1975, pp. 457; M. TALAMANCA, voce *Fideiussione. a) Parte storica*, cit., pp. 322 ss.; P. JÖRS, W. KUNKEL, L. WENGER, *Römisches Recht*, in 4. Aufl. neub. von H. HONSELL, T. MAYER-MALY, W. SELB, Berlin-Heidelberg-New York-London-Paris-Tokyo, 1987, pp. 286 ss.; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town, 1990 (rist. München, 1993), pp. 114 ss.; V. MANNINO, voce *Garanzie dell'obbligazione*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VIII, Torino, 1992, pp. 614 ss.; A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, 4^a ed., Torino, 1993 (rist. 2008), pp. 552 ss.; F. BRIGUGLIO, *'Fideiussoribus soccurri solet'*, cit., spec. pp. 209 ss.; A. GUARINO, *Diritto privato romano*, 12^a ed., Napoli, 2001, pp. 842.

³ Gai. 3,118.

Sponsio e *fidepromissio* assistevano necessariamente un'obbligazione verbale⁴, erano caratterizzate dall'intrasmissibilità *mortis causa*⁵ e potevano garantire anche obbligazioni principali non validamente assunte⁶.

La *sponsio*, la figura più risalente⁷, era però riservata ai cittadini romani⁸, mentre la *fidepromissio* poteva essere utilizzata anche dai *peregrini*.

Solo lo *sponsor*, inoltre, a differenza del *fidepromissor*, aveva a disposizione il particolare diritto di regresso nei confronti del debitore principale attribuitogli dalla *lex Publilia*: tale legge aveva riconosciuto allo *sponsor* la possibilità di avvalersi della *manus iniectio pro iudicato* contro il debitore principale che non lo avesse rimborsato entro sei mesi; ciò si era tradotto, con l'introduzione del processo formulare, nella possibilità per lo *sponsor* di avvalersi dell'*actio depensi in duplum*⁹. Come è stato osservato, quella dell'*actio depensi* riconosciuta allo *sponsor* «rimane, per tutto il corso della storia dell'ordinamento romano, l'unica azione di regresso fondata esclusivamente sull'assunzione della garanzia e sul pagamento effettuato al garante»¹⁰; essa era dunque indipendente rispetto al rapporto interno fra garante (*sponsor*) e debitore principale¹¹, a differenza di quanto accadeva per la possibilità di rivalsa basata su un mandato o una *negotiorum gestio*.

Al contrario il *fidepromissor* (così come anche il *fideiussor*) aveva regresso contro il debitore principale solo tramite l'*actio mandati contraria* o l'*actio negotiorum gestorum contraria*, sussistendone i presupposti¹². Il regresso in base a un rapporto di mandato o a una *negotiorum gestio*, peraltro, era consentito anche allo *sponsor*, ancorché questi avesse lo specifico rimedio *ex lege Publilia*.

Più tarda rispetto alle prime due è la figura della *fideiussio*, forma di garanzia accessibile tanto ai cittadini quanto agli stranieri, che a differenza della *sponsio* e della *fidepromissio* si trasmetteva agli eredi e poteva assistere anche obbligazioni diverse da quelle verbali¹³.

Anche il *fideiussor*, come il *fidepromissor*, non godeva del particolare diritto di regresso riconosciuto allo *sponsor* dalla *lex Publilia*, cosicché poteva agire in rivalsa verso il debitore principale solo in base a un rapporto di mandato o a una *negotiorum gestio*.

⁴ Gai. 3,119.

⁵ Gai. 3,120. L'impegno dello *sponsor*, così come quello del *fidepromissor*, era limitato a due anni dalla *lex Furia*, applicabile solo in Italia (Gai. 3,121).

⁶ Su questo v. più in dettaglio M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², cit., pp. 661 s.; A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*⁴, cit., p. 553; JÖRS, W. KUNKEL, L. WENGER, *Römisches Recht*, in 4. Aufl. neub. von H. HONSELL, T. MAYER-MALY, W. SELB, cit., p. 288.

⁷ In questo senso v., *ex aliis*, M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², cit., p. 661; M. TALAMANCA, voce *Fideiussione (storia)*, cit., p. 326; P. JÖRS, W. KUNKEL, L. WENGER, *Römisches Recht*, in 4. Aufl. neub. von H. HONSELL, T. MAYER-MALY, W. SELB, cit., p. 287.

⁸ Gai. 3,94.

⁹ Gai. 4,22; Gai. 3,127. Su questo v. per tutti A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*⁴, cit., p. 555; F. BRIGUGLIO, '*Fideiussoribus soccurri solet*', cit., pp. 106, nt. 17 (ove anche un'efficace quadro delle leggi in materia di *sponsio* e *fidepromissio*), 216 ss.

¹⁰ Le parole sono di M. TALAMANCA, voce *Fideiussione (storia)*, cit., p. 337.

¹¹ Lo evidenzia P. SCHMIEDER, *Duo rei. Gesamtbligationen im römischen Recht*, Berlin, 2007, pp. 252 s.

¹² V. M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 576.

¹³ Più ampiamente v. M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², cit., pp. 663; A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*⁴, cit., p. 553.

Le tre forme di stipulazione in garanzia avevano in comune l'impossibilità di essere contratte *in duriorem causam*, potendo invece essere concesse *in levioerem causam*.

Nel periodo postclassico le più antiche *sponsio* e *fidepromissio* tendono a lasciare il posto alla *fideiussio*, l'unica figura che verrà conservata nella compilazione giustiniana.

2. Pluralità di obbligazioni fideiussorie

Con riguardo all'ipotesi di più obbligati in garanzia, il regime di *sponsio* e *fidepromissio*, da una parte, e *fideiussio*, dall'altra, presenta notevoli differenze.

Come ricorda Gaio, una *lex Apuleia* introdusse una «sorta di società» («*quandam societatem*») tra *sponsores* e *fidepromissores* per il medesimo debito, onde il garante che avesse pagato oltre la propria quota virile aveva azione di regresso contro gli altri per la rifusione del sovrappiù¹⁴; in seguito, una *lex Furia*, applicabile solo in Italia, sancì in sostanza la responsabilità *pro quota* dei garanti¹⁵ anche nei rapporti con il creditore. Con una *lex Cicereia* – di cui si è messo in evidenza il rapporto di strumentalità con la *lex Furia* e la *lex Appuleia*¹⁶ – si introdusse il dovere per il creditore che volesse assumere degli *sponsores* o dei *fidepromissores* di dichiarare il credito garantito e quanti fossero i garanti che assumeva¹⁷.

Le leggi appena ricordate non si applicavano ai *fideiussores*¹⁸. Costoro, pertanto, almeno inizialmente, erano tenuti per l'intero¹⁹, come debitori in solido²⁰, e non avevano un diritto di regresso fra loro quale riflesso della situazione di congaranzia²¹.

Successivamente, con un rescritto di Adriano venne riconosciuto ai *fideiussores* un *beneficium divisionis*, cosicché il creditore era tenuto a richiedere a ciascun fideiussore solvibile esclusivamente la parte di sua spettanza. Vi era peraltro una notevole differenza rispetto alla regola, apparentemente identica, prevista dalla *lex Furia* per gli *sponsores* e i *fidepromissores*: alla stregua di quest'ultima il debito si divideva fra tutti i garanti esistenti al momento dell'esigibilità del debito, mentre in base all'*epistula divi Hadriani* la divisione avveniva solo tra i *fideiussores* solvibili, cosicché il peso

¹⁴ Gai. 3,122.

¹⁵ Sulla questione se si verificasse un'effettiva divisione *ipso iure* del debito fra i garanti o se invece il garante che avesse pagato più della propria porzione potesse avvalersi della *manus iniectio pro iudicato* (cfr. Gai. 4, 22), si v. per tutti M. TALAMANCA, voce *Fideiussione (Parte storica)*, cit., p. 327, nt. 33; F. BRIGUGLIO, '*Fideiussoribus soccurri solet*', cit., pp. 219 ss., testo e nt. 32

¹⁶ In questo senso v. M. TALAMANCA, voce *Fideiussione (Parte storica)*, cit., p. 327, nt. 33; anche secondo M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², cit., p. 662, la previsione di cui alla *lex Cicereia* era funzionale alla determinazione delle quote («Um die Quoten zu ermitteln [...]»).

¹⁷ Gai. 3,123.

¹⁸ Per tutti v. M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², cit., pp. 663. Quanto alla *lex Cicereia*, in particolare, v. quanto afferma Gaio (Gai. 3, 123): «*qua lege fideiussorum mentio nulla fit; sed in usu est, etiam si fideiussores accipiamus, praedicere*».

¹⁹ Gai. 3,121; Inst. 3,20,4; Mod. 2 reg. D. 46,1,39.

²⁰ V. M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², cit., p. 663.

²¹ Gai.3,122; Inst. 3,20,4; Mod. 2 reg. D. 46,1,39; C.I. 8,40(41), 11 pr.-1; per l'inesistenza di un autonomo regresso tra confideiussori v. P. SCHMIEDER, *Duo rei*, cit., p. 259; A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*⁴, cit., p. 556; F. BRIGUGLIO, '*Fideiussoribus soccurri solet*', cit., p. 302, nt. 264 («la *fideiussio* non conosceva un vero e proprio diritto di regresso che potesse essere fatto valere come mero effetto di tale rapporto, indipendentemente da altri contesti causali sottostanti. Tale diritto, pertanto, poteva essere fatto valere, in via indiretta, soltanto facendo ricorso al meccanismo della vendita del credito»).

dell'insolvenza di uno dei garanti gravava sul creditore nel primo caso e sugli altri congaranti nel secondo²². Se dunque il *fideiussor* provava l'esistenza di altri confideiussori solvibili, il creditore doveva limitare la sua azione alla sola quota di quel garante²³.

In relazione alla rivalsa tra *fideiussores*, le fonti escludono la sussistenza di un regresso tra i garanti²⁴.

Si riconosceva però anche nel diritto romano classico la possibilità che il fideiussore *solvens* potesse ottenere la cessione, secondo gli strumenti caratteristici dell'ordinamento romano, dell'azione contro il debitore principale e di quelle contro i congaranti²⁵: si tratta del c.d. *beneficium cedendarum actionum*, secondo un'espressione peraltro non romana²⁶. E poiché le attestazioni più consistenti concernono proprio la cessione delle azioni verso i confideiussori, mentre più esigui sono i riferimenti alla cessione delle azioni contro il debitore principale, si è osservato che, verosimilmente, era proprio il subingresso nelle pretese contro i congaranti a costituire la principale funzione del *beneficium cedendarum actionum*²⁷.

Il trasferimento della pretesa creditoria in capo al garante *solvens* poteva peraltro apparire precluso dall'estinzione della pretesa stessa per effetto del pagamento da parte del fideiussore. Per superare tale ostacolo si elaborò l'idea della vendita del credito: la prestazione del garante non veniva considerata come adempimento del debito, con inevitabile estinzione del diritto del creditore, bensì come pagamento del prezzo per l'acquisto delle azioni verso il debitore principale e i congaranti²⁸.

Il c.d. *beneficium cedendarum actionum* venne in seguito espressamente previsto «in forma generale e coattiva»²⁹ dalla Novella 4 di Giustiniano dell'anno 535 d.C.; cosicché il fideiussore che avesse adempiuto al creditore, essendo la cessione necessitata, poteva avvalersi delle azioni spettanti all'*accipiens* al verso il debitore principale³⁰.

²² Gai.3,121. Sulla diversa ripartizione del peso dell'insolvenza secondo i due regimi v. le esemplificazioni di R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., pp. 119 e 132. Poiché la *lex Furia* non si applicava fuori dall'Italia, nelle altre province *sponsores* e *fidepromissores* erano tenuti per l'intero (e senza il limite del biennio), salva l'applicazione della regola dell'*epistula divi Hadriani*; Gai.3,121a; 3,122.

²³ M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², cit., pp. 664 s.

²⁴ Gai.3,122; Mod. 2 *reg.*D. 46,1,39; C. 8, 40, 11. Ipotizza che un ulteriore e specifico rapporto interno, ad esempio di società, potesse dare adito a un regresso tra *fideiussores*, pur dando atto che non vi sono riferimenti in proposito nelle fonti, S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1090.

²⁵ Iul. 89 *dig.* D. 46,1,17; Paul. 14 *ad Plaut.*D. 46,1,36; Mod. 2 *reg.* D. 46,1,39; Pap. 12 *quaest.* D. 46,6,12; C. 8,40,11. Sul *beneficium cedendarum actionum* v. l'ampia trattazione di F. BRIGUGLIO, '*Fideiussoribus soccurri solet*', cit., spec. 209 ss.; nonché P. SCHMIEDER, *Duo rei*, cit., pp. 259 ss.

²⁶ Cfr. F. BRIGUGLIO, '*Fideiussoribus soccurri solet*', cit., p. 250, nt. 112, anche per riferimenti.

²⁷ Il rilievo è di F. BRIGUGLIO, '*Fideiussoribus soccurri solet*', cit., pp. 299 s.), il quale osserva che vi è «scarsità di fonti» circa la cessione delle azioni verso il debitore principale, mentre vi sono diverse indicazioni relative all'ipotesi dei confideiussori, «a ulteriore riprova del fatto che tale beneficio [*scil.: cedendarum actionum*], con ogni probabilità, era utilizzato prevalentemente per consentire la surrogazione del garante che pagava l'intero debito nei diritti che il creditore aveva nei confronti dei congaranti» (*op. cit.*, p. 300, nt. 259).

²⁸ Su questo ampiamente F. BRIGUGLIO, '*Fideiussoribus soccurri solet*', cit., pp. 254 ss.

²⁹ Così F. BRIGUGLIO, '*Fideiussoribus soccurri solet*', cit., p. 106.

³⁰ Nov. 4, I (a. 535); v. M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², p. 666, testo e nt. 59; ID., *Das römische Privatrecht*, II², cit., p. 460, testo e nt. 23; F. BRIGUGLIO, '*Fideiussoribus soccurri solet*', cit., pp. 8 s., 106 s.; M. TALAMANCA, voce *Fideiussione (Parte storica)*, cit., p. 339.

3. Pluralità di altre garanzie personali

Oltre che in relazione alle *adpromissiones*, l'esigenza di disciplinare la pluralità di garanti si pose, nell'esperienza giuridica romana, anche rispetto ad altre forme di garanzia personale, tra cui, in particolare, il *mandatum pecuniae credendae* e il *constitutum debiti alieni*.

Nel *mandatum pecuniae credende* il mandante dava incarico al mandatario di fare credito a un terzo³¹.

Il mandatario poteva richiedere la restituzione della somma di denaro o delle cose fungibili prestate al terzo, ma in caso di inadempimento del mutuatario poteva rivolgersi anche, in base all'*actio mandati contraria*, nei confronti del mandante, il cui vincolo svolgeva pertanto una funzione di garanzia.

Si ammette che più mandanti potessero essere tenuti ciascuno per l'intero ammontare della somma o delle *res* mutate³².

È discusso se in epoca classica spettasse a più mandanti il *beneficium divisionis* in base al rescritto di Adriano³³, mentre del beneficio di divisione *ex epistula divi Hadriani* fa peraltro espressamente parola una costituzione di Giustiniano³⁴.

Già in epoca classica il mandante che avesse rimborsato il mandatario poteva ottenere la cessione delle azioni verso il terzo mutuatario³⁵ in base alle regole proprie del mandato³⁶.

Un frammento, in particolare, prevede tale cessione anche in relazione alle azioni contro altri mandanti di credito³⁷.

³¹ In generale sul *mandatum pecuniae credendae*, M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 605; A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*⁴, cit., pp. 477 s., 559 s.; V. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*¹⁴, cit., p. 408; V. MANNINO, voce *Garanzie dell'obbligazione*, cit., pp. 618 ss.; G. PROVERA, voce *Mandato (negozio giuridico)*. a) *Storia*, in *Enc. dir.*, XXV, Milano, 1975, pp. 315 s.

³² In questo senso v. S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1031, la quale richiama le seguenti fonti: Paul. 4 *ad Plaut.* D. 15,4,5,1; Paul. 4 *resp.* D. 17,1,59,3; Ulp. 47 *ad Sab.* D. 17,1,21; Mod. 13 *resp.* D. 46,1,41,1; Pap. 11 *resp.* D. 46,1,52,3; C. 8,40,23 (Diocl.-Max.).

³³ In senso negativo v., ad es., M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 605, che considera escluso il beneficio di divisione in base alla *epistula divi Hadriani* in ipotesi di mandato di credito; A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*⁴, cit., p. 559, ritiene che il riconoscimento del beneficio di divisione sia avvenuto solo in epoca giustiniana. Lo stesso A. BURDESE, *op. cit.*, p. 559, nt. 31, e M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², p. 666, nt. 67 (ma v., per una tesi diversa, ID., *Das römische Privatrecht*, II², pp. 460 s.) ritengono interpolato il passo di Papiniano di cui a Pap. 3 *resp.* D. 27,7,7, da cui si deduce la concessione del beneficio ai mandanti. È stato anche sostenuto che forse il beneficio di divisione in ipotesi di pluralità di mandanti era stato già riconosciuto da un'opinione, tuttavia non pacifica, di epoca classica, e può darsi che tramite C. 4,18,3 (Iust.) sia stata soltanto risolta in senso affermativo tale questione: cfr. M. KASER, *Das römische Privatrecht*, II², pp. 460 s., testo e nt. 29, anche per riferimenti ulteriori. Sul punto v. anche S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1032.

³⁴ C. 4,18,3 (Iust.).

³⁵ M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 605; A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*⁴, cit., pp. 559 s.; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², p. 666 («[...] haftet dem Gläubiger der zuerst beanspruchte Mandant nur, wenn der Gläubiger diesem die Darlehnsklage abtritt»), nonché ID., *Das römische Privatrecht*, II², p. 461 (con riferimento al periodo giustiniano, «Für den Regreß wird dem Kreditmandanten das ‚beneficium cedendarum actionum‘ jetzt über einzelne schon im klassischen Recht anerkannte Fälle hinaus allgemein zugestanden»). Cfr. Gai. *ad ed. prov.* D. 17,1,27,5; Ulp. 14 *ad ed.* D. 17,1,28; Iul. 14 *dig.* D. 46,1,13; Mod. 13 *resp.* D. 46,1,41,1; Pap. 28 *quaest.* D. 46,3,95,10; Pap. 28 *quaest.* D. 46,3,95,11. Su questo v. F. BRIGUGLIO, *Fideiussoribus soccurri solet*, cit., spec. pp. 316 ss., nonché (su Iul. 14 *dig.* D. 46,1,13) pp. 255 ss.

³⁶ A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*⁴, cit., pp. 559 s.

In base alla Novella 4 di Giustiniano dell'anno 535 il *beneficium cedendarum actionum* risulta spettare anche al mandante che abbia effettuato il pagamento al creditore³⁸.

Per quanto attiene al *constitutum debiti alieni* – l'assunzione, in via non formale, dell'impegno di pagare un debito altrui preesistente a un determinato termine³⁹ – dalle fonti pare emergere la possibilità che più costituenti fossero tenuti ciascuno per l'intero debito⁴⁰.

Appare probabilmente da escludere l'operatività del *beneficium divisionis* in favore dei costituenti in epoca classica⁴¹, che viene a essi esteso in epoca giustiniana, così come, verosimilmente, il *beneficium cedendarum actionum*⁴².

³⁷ Mod. 13 *resp.* D. 46,1,41,1. Su questo v. F. BRIGUGLIO, 'Fideiussoribus succurri solet', cit., pp. 324 s.

³⁸ Cfr. A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*⁴, cit., p. 559; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, II², p. 461; S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1092.

³⁹ Sul *constitutum debiti alieni* v. in generale V. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*¹⁴, cit., p. 334 s.; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 608; V. MANNINO, voce *Garanzie dell'obbligazione*, cit., pp. 619 s.; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², pp. 583 s., 666; ID., *Das römische Privatrecht*, II², pp. 383 s., 461; A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*⁴, cit., pp. 490 ss., 560.

⁴⁰ In questo senso S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1031, che richiama Ulp. 27 *ad ed.* D. 13,5,16 pr.: «Si duo quasi duo rei constituerimus, vel cum altero agi poterit in solidum»; su questo fr., v. *amplius* P. SCHMIEDER, *Duo rei*, cit., p. 216.

⁴¹ In questo senso si esprimono V. MANNINO, voce *Garanzie dell'obbligazione*, cit., p. 619 («Appare [...] verosimile sostenere che al garante, prima dell'età giustiniana, non venisse riconosciuto il *beneficium divisionis*»); S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1032 («Für Konstituenten wurde das *beneficium divisionis* wohl erst durch Justinian eingeführt»); A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*⁴, cit., p. 560 (nel senso dell'estensione del beneficio di divisione e *cedendarum actionum* solo in epoca giustiniana).

⁴² M. KASER, *Das römische Privatrecht*, II², p. 461: «Als ein weiteres Bürgschaftsgeschäft gestaltet Justinian das *constitutum debiti alieni* aus, indem er auch darauf die *beneficia divisionis* und ‚excussionis‘ erstreckt, vermutlich auch das ‚cedendarum actionum‘»; V. MANNINO, voce *Garanzie dell'obbligazione*, cit., p. 619 («Al pari di quanto già accadeva per il *mandatum pecuniae credende*, alla fideiussio risulta poi essere applicato il *beneficium cedendarum actionum*, conformemente a quanto può rilevarsi per il *constitutum debiti alieni*»); A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*⁴, cit., p. 560. Sul *beneficium divisionis* v. C. 4,18,3 (Iust.).

CAPITOLO SECONDO

CONFIDEIUSSIONE E PLURALITÀ DI FIDEIUSSIONI INDIPENDENTI

SOMMARIO: 1. Confideiussione e pluralità di fideiussioni indipendenti come fattispecie distinte – 2. La pluralità di fideiussori come fattispecie unitaria – 3. L'orientamento della giurisprudenza – 4. Considerazioni critiche. L'esigenza di ricondurre la distinzione tra confideiussione e pluralità di fideiussioni indipendenti alla presenza di un rapporto di fonte negoziale tra i garanti

1. Confideiussione e pluralità di fideiussioni indipendenti come fattispecie distinte

Il codice civile prevede espressamente l'ipotesi in cui più persone garantiscono mediante fideiussione l'adempimento di un medesimo debito da parte di un medesimo debitore⁴³. La legge sembra considerare unitariamente il fenomeno della pluralità di fideiussioni, ponendo come unico presupposto l'identità del debitore principale e del debito garantito, senza attribuire rilievo ad altri elementi; cosicché, a prima vista, non si colgono elementi per introdurre ulteriori differenziazioni. Sennonché una parte della dottrina e la costante giurisprudenza ritengono necessario distinguere tra vera e propria confideiussione e semplice pluralità di fideiussioni indipendenti, con rilevanti conseguenze sul piano della disciplina applicabile alle due diverse fattispecie.

In base all'impostazione più nota e articolata prospettata dalla dottrina favorevole alla distinzione, la confideiussione postulerebbe un «interesse alla garanzia» che sia «comune» ai vari fideiussori⁴⁴, senza escludersi, peraltro, che la garanzia possa

⁴³ Riferimenti testuali alla pluralità di fideiussioni per uno stesso debito si ritrovano agli artt. 1239, 1946, 1947, 1954, e all'art. 1948 cod. civ. (in quest'ultima disposizione, nell'espressione «tutti i fideiussori» del debitore principale).

⁴⁴ Nell'individuare i connotati fondamentali della dicotomia tra confideiussione e pluralità di fideiussioni indipendenti si farà qui di seguito riferimento soprattutto alla ricostruzione proposta in dottrina da M. FRAGALI, *Delle obbligazioni. Fideiussione – mandato di credito. Art. 1936-1959*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1957, pp. 326 s.; nonché ID., *Confideiussione e pluralità di fideiussioni autonome*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1963, I, p. 199 (ove si fa riferimento alla «comunanza di interessi fra gli assuntori»). A sostegno della distinzione si esprimono anche numerosi altri autori: v. R. MICCIO, *Dei singoli contratti e delle altre fonti delle obbligazioni*, 2^a ed., in *Comm. cod. civ. UTET*, Torino, 1966, p. 539 («L'interesse della garanzia deve essere comune ai congaranti e la garanzia stessa deve avere carattere unitario»); M. GARUTTI, *Note in tema di confideiussione*, nota a Cass. 30 marzo 1979, n. 1843, in *Giur. it.*, 1980, I, 1, c. 301 s.; B. MORETTI, F.P. NICITA, N. VISALLI, *Sequestro convenzionale – Fideiussione – Mandato di credito – Anticresi – Transazione – Cessione dei beni ai creditori*, 2^a ed. interamente riveduta e aggiornata da B. Moretti, in *Giur. sist. civ. comm.*, fondata da W. Bigiavi, Torino, 1980, pp. 147 s.; C. FALQUI MASSIDDA, voce *Fideiussione*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XV, Roma, 1989, p. 3 (dell'estratto); M. LOBUONO, *I contratti di garanzia*, in *Tratt. dir. civ. del CNN*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2007, p. 34; G. GRIPPO, in G. GRIPPO, S. PACCHI, F. PASQUARIELLO, M. VALIGNANI, *Le garanzie personali. La fideiussione in generale, le fideiussioni bancarie, il mandato di credito*, t. I, Torino, 2007, pp. 44 ss. (con riferimento all'elemento della comunanza di interesse e alla presenza di un «accordo» [op. cit., p. 45] fra i congaranti); F. MACARIO, *Garanzie personali*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. Sacco, Torino, 2009, pp. 287 s.; G. STELLA, *Le garanzie del credito*, I, *Fideiussione e garanzie autonome*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2010, p. 527, secondo cui al

corrispondere allo «scopo proprio (interesse)» di un unico garante, purché non manchi l'«interesse» degli altri fideiussori a contribuire alla realizzazione di tale scopo; resterebbero invece al di fuori dell'ambito della confideiussione le ipotesi in cui i garanti non siano a conoscenza degli impegni fideiussori altrui, nonché i casi in cui (almeno) uno dei fideiussori si sia accordato con il creditore affinché la sua garanzia venga tenuta «distinta» rispetto a quella prestata da altri soggetti⁴⁵.

Lo schema della confideiussione non richiederebbe che le fideiussioni vengano prestate contestualmente⁴⁶, anche se la nascita di una garanzia congiunta non potrebbe farsi dipendere esclusivamente dal successivo intervento di un nuovo fideiussore, ma richiederebbe una conforme volontà del primo garante⁴⁷.

Il rapporto che lega i vari fideiussori avrebbe «origine negoziale», e potrebbe tanto sorgere contestualmente all'assunzione della garanzia quanto sussistere già in un momento anteriore⁴⁸. Non sarebbe individuabile in astratto la «causa» di tale rapporto, che potrebbe consistere in un «rapporto di società» o in una «comunione», senza potersi escludere la possibilità di una diversa regolamentazione lasciata all'autonomia delle parti⁴⁹.

confideiussione presupporrebbe «in sostanza, un accordo» fra i garanti. Il presupposto dell'accordo fra i congaranti si ritrova anche in F. MASTROPAOLO, A. CALDERALE, *Fideiussione e contratti di garanzia personale*, in F. MASTROPAOLO (a cura di), *I contratti di garanzia*, I, in *Tratt. contratti* diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, Torino, 2006, pp. 438, 443, che tuttavia non menzionano il requisito dell'interesse comune.

⁴⁵ M. FRAGALI, *Delle obbligazioni*, cit., p. 327; ID., *Confideiussione e pluralità di fideiussioni autonome*, cit., 196; ID., voce *Fideiussione*, in *Enc. dir.*, vol. XVII, Milano, 1968, p. 364. Anche secondo R. MICCIO, *Dei singoli contratti e delle altre fonti delle obbligazioni*², cit., p. 539, «non è [...] confideiussione la garanzia assunta per uno stesso debito da più persone che reciprocamente ignorano l'assunzione della rispettiva obbligazione»; similmente, B. MORETTI, F.P. NICITA, N. VISALLI, *Sequestro convenzionale – Fideiussione – Mandato di credito – Anticresi – Transazione – Cessione dei beni ai creditori*², cit., p. 148; M. GARUTTI, *Note in tema di confideiussione*, cit., 301; C. FALQUI MASSIDDA, voce *Fideiussione*, cit., p. 3; G. VILLANACCI, *Confideiussione e obbligazione solidale*, cit., pp. 23 s.; M. LOBUONO, *I contratti di garanzia*, cit., p. 35; G. GRIPPO, in G. GRIPPO, S. PACCHI, F. PASQUARIELLO, M. VALIGNANI, *Le garanzie personali*, cit., p. 46; F. MACARIO, *Garanzie personali*, cit., pp. 289 s.; G. STELLA, *Le garanzie del credito*, I, *Fideiussione e garanzie autonome*, cit., p. 528.

⁴⁶ M. FRAGALI, *Delle obbligazioni*, cit., p. 328, nonché ID., *Confideiussione e pluralità di fideiussioni autonome*, cit., 218: «il legame fra i vari vincoli non deve necessariamente esistere al sorgere di essi, né essere contestuale»; B. MORETTI, F.P. NICITA, N. VISALLI, *Sequestro convenzionale – Fideiussione – Mandato di credito – Anticresi – Transazione – Cessione dei beni ai creditori*², cit., p. 148; C. FALQUI MASSIDDA, voce *Fideiussione*, cit., p. 3; F. MASTROPAOLO, A. CALDERALE, *Fideiussione e contratti di garanzia personale*, cit., pp. 438 s.; M. LOBUONO, *I contratti di garanzia*, cit., Napoli, 2007, p. 35; G. GRIPPO, in G. GRIPPO, S. PACCHI, F. PASQUARIELLO, M. VALIGNANI, *Le garanzie personali*, cit., p. 45; F. MACARIO, *Garanzie personali*, cit., pp. 287 s.; G. STELLA, *Le garanzie del credito*, I, *Fideiussione e garanzie autonome*, cit., p. 527.

⁴⁷ M. FRAGALI, *Confideiussione e pluralità di fideiussioni autonome*, cit., 218 s. Ritiene A. RAVAZZONI (voce *Fideiussione*, in *Dig.*, 4^a ed., *disc. priv.*, sez. *civ.*, vol. VIII, Torino, 1992, p. 263) che se le fideiussioni non sono prestate contestualmente, perché vi sia confideiussione non basterebbe la mera conoscenza in capo al successivo garante della fideiussione già prestata da altri, ma sarebbe necessario che «identica sia la ragione che ha determinato l'assunzione dell'impegno fideiussorio»; così, non vi sarebbe identità fra le ragioni dei vincoli, e quindi confideiussione, tra la garanzia prestata dal genitore del debitore principale, che sia «del tutto estraneo all'attività del figlio garantito», e la fideiussione concessa «da collaboratori o persone interessate alla sua attività».

⁴⁸ M. FRAGALI, voce *Fideiussione*, cit., p. 378; secondo questa dottrina vi è, nella confideiussione, un «collegamento negoziale fra le varie fideiussioni, perché la congiunzione è riconoscibilmente voluta» (*op. cit.*, p. 196).

⁴⁹ M. FRAGALI, voce *Fideiussione*, cit., p. 378; v. altresì ID., *Delle obbligazioni*, cit., p. 437.

Si precisa che la «comunione di interessi», in presenza di una molteplicità di garanzie per un identico debito del medesimo debitore, debba ritenersi presunta, salvo che risulti l'indipendenza degli impegni fideiussori⁵⁰. Un «serio indizio» dell'assenza della «comunione di interessi», e quindi del carattere disgiunto dei vincoli, emergerebbe, ad esempio, nel caso in cui sia pattuita una c.d. fideiussione segreta⁵¹. Nel caso, poi, di una pluralità di fideiussioni prestate mediante atti distinti e che non si richiamino reciprocamente, non potrebbe ritenersi presunto il carattere solidale degli impegni di garanzia, spettando quindi al fideiussore interessato ad agire in regresso la prova della sussistenza di una confideiussione anziché di una pluralità di vincoli disgiunti⁵².

Nel rapporto tra il creditore e i diversi garanti, le due figure della confideiussione e della pluralità di fideiussioni disgiunte condividerebbero alcuni caratteri. In entrambi i casi, si afferma, sussiste una molteplicità di rapporti obbligatori, è consentito al creditore scegliere a quale fideiussore rivolgersi per esigere l'intero importo garantito e il pagamento da parte di un garante ha effetto liberatorio anche per tutti gli altri⁵³.

Ma tali aspetti comuni non impedirebbero di individuare una sostanziale differenza nell'inquadramento dogmatico delle due fattispecie⁵⁴. Anzitutto, nella confideiussione la molteplicità dei vincoli sarebbe espressione della solidarietà che lega le obbligazioni dei garanti, mentre nel caso di fideiussioni indipendenti sarebbe conseguenza dell'autonomia dei rapporti. Quanto alla *libera electio* del creditore, essa si fonderebbe, nel primo caso, sul dato che «all'esterno, il medesimo interesse si ripresenta

⁵⁰ M. FRAGALI, *Confideiussione e pluralità di fideiussioni autonome*, cit., 225: è «ovvio che la comunione di interessi si presume ove esista una pluralità di vincoli per lo stesso debito e per il medesimo debitore, se le circostanze non lasciano intendere che le obbligazioni furono assunte distintamente ed autonomamente». Si aggiunge che «non sarebbe esatto opinare che la solidarietà può escludersi soltanto mediante la prova del patto di divisione; può escludersi altresì opponendo il carattere autonomo del singolo vincolo» (*op. cit.*, 226). Cfr. inoltre ID., *Delle obbligazioni*, cit., p. 436, secondo cui «tra i confideiussori esiste sempre un rapporto fondamentale», e ritiene che «il rapporto fondamentale si presuma, ogni qualvolta vi è assunzione congiunta di garanzia da parte di più soggetti per uno stesso debito». In senso adesivo v. G. VILLANACCI, *Confideiussione e obbligazione solidale*, cit., p. 22.

⁵¹ Questa potrebbe «riguardare sia l'unico fideiussore del debitore, sia uno solo dei fideiussori di lui: questa clausola di segretezza vuole talora evitare che la fideiussione favorisca l'inadempienza del debitore o di quell'altro fideiussore che il creditore ritenga di escutare, talaltra serve al fideiussore per non far gravare la fideiussione data nella determinazione del credito che egli riscuote»: M. FRAGALI, *Confideiussione e pluralità di fideiussioni autonome*, cit., p. 226. Sul punto, v. anche ID., voce *Fideiussione*, cit., p. 364, nt. 34: «La fideiussione con clausola di riservatezza o di segretezza obbliga il creditore a non dar notizia della garanzia né ad altri fideiussori né al debitore; agli altri fideiussori per tener separata l'obbligazione di costoro, al debitore, perché la notizia dell'esistenza di un garante non lo stimoli a non adempiere o a ritardare l'adempimento». Cfr. altresì ID., *Delle obbligazioni*, cit., p. 125: «Valido è il patto fra creditore e fideiussore non ignoto alla pratica per cui il primo si obbliga a tener celata al debitore l'esistenza della garanzia (*fideiussione segreta o riservata*). La ragione della clausola è di evitare che il debitore trovi incentivo a non adempiere nella certezza dell'adempimento altrui», precisandosi che «La clausola talora impone la riservatezza *anche* verso gli altri garanti dello stesso debito o *soltanto* contro tali garanti» (*op. cit.*, p. 125, nt. 2). Su questa figura v. anche F. MASTROPAOLO, A. CALDERALE, *Fideiussione e contratti di garanzia personale*, cit., pp. 440 s.

⁵² M. FRAGALI, *Confideiussione e pluralità di fideiussioni autonome*, cit., pp. 226 s.

⁵³ M. FRAGALI, *Confideiussione e pluralità di fideiussioni autonome*, cit., p. 197. V. altresì A. GIUSTI, *La fideiussione e il mandato di credito*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, già diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, Milano, 1998, p. 211.

⁵⁴ Cfr., per le considerazioni che seguono, M. FRAGALI, *Confideiussione e pluralità di fideiussioni autonome*, cit., pp. 197 s.

integralmente verso e in ciascun fideiussore»⁵⁵, mentre nella seconda ipotesi deriverebbe dalla considerazione che «l'interesse verso e in ciascun fideiussore ha esternamente una integralità propria ed equivalente». L'effetto liberatorio generale del pagamento eseguito da un garante, infine, si spiegherebbe con il fatto che nella confideiussione, in quanto si compone di più obbligazioni congiunte, «l'adempimento dell'una è adempimento dell'altra»⁵⁶, mentre nell'altro caso, trattandosi di obbligazioni disgiunte, l'adempimento da parte di uno dei garanti alla propria obbligazione non rilevarebbe come adempimento anche di quelle dei consorti, ma ne provocherebbe l'estinzione «per conseguimento dello scopo»⁵⁷.

Sempre in relazione al rapporto tra i garanti e il creditore, sarebbe ravvisabile un'ulteriore differenza. Si sostiene che «la congiunzione di più fideiussioni rafforza l'obbligazione molto più vigorosamente di quanto non la rinvigoriscano più fideiussioni distinte: infatti moltiplica lo stimolo all'adempimento dell'obbligazione di garanzia, perché crea un interesse multiplo all'attuazione del rapporto»⁵⁸. Più specificamente, sembrerebbe che tale rafforzamento risieda nella possibilità che tra i congaranti abbia luogo «una effettiva cooperazione con il creditore per il fine dell'adempimento», cooperazione che potrebbe consistere nella «sollecitazione», da parte del fideiussore che intenda prevenire le istanze da parte del creditore nei propri confronti, a ottenere «a seconda dei casi, l'adempimento del coobbligato che ha interesse esclusivo o l'accumulo delle quote la cui somma è necessaria all'adempimento integrale»⁵⁹. Tra più fideiussori autonomi, invece, una simile cooperazione non sarebbe configurabile. Ma poiché la possibilità di una tale cooperazione non sarebbe irrilevante per il creditore, in quanto gli assicurerebbe una posizione più favorevole rispetto al caso delle fideiussioni disgiunte, la confideiussione costituirebbe lo schema preferibile agli occhi del beneficiario delle garanzie⁶⁰.

Ancora più netta è l'affermazione secondo cui nella confideiussione deve riconoscersi «l'esistenza di un'obbligazione di ciascun fideiussore verso gli altri, avente per oggetto l'adempimento della prestazione garantita». Ogni fideiussore, quindi, sarebbe obbligato all'adempimento a favore del creditore, ma al contempo sarebbe gravato da un'obbligazione (che si precisa essere «contemporanea» a quella nei riguardi del creditore) nei confronti degli altri fideiussori, in forza della quale è tenuto a eseguire la prestazione dedotta in garanzia⁶¹.

⁵⁵ M. FRAGALI, *Confideiussione e pluralità di fideiussioni autonome*, cit., p. 198.

⁵⁶ M. FRAGALI, *Confideiussione e pluralità di fideiussioni autonome*, cit., p. 198.

⁵⁷ M. FRAGALI, *Confideiussione e pluralità di fideiussioni autonome*, cit., p. 198.

⁵⁸ M. FRAGALI, *Confideiussione e pluralità di fideiussioni autonome*, cit., p. 199. Similmente M. LOBUONO, *I contratti di garanzia*, cit., p. 35.

⁵⁹ M. FRAGALI, *Confideiussione e pluralità di fideiussioni autonome*, cit., p. 199, che richiama sul punto R. MICCIO, *Dei singoli contratti e delle altre fonti delle obbligazioni*², cit., p. 552, secondo il quale la confideiussione rientrerebbe nel novero dei «negozi di cooperazione, in quanto le parti mirano tutte ad uno scopo unico che è quello di garantire l'obbligazione principale» (corsivo nel testo).

⁶⁰ M. FRAGALI, *Confideiussione e pluralità di fideiussioni autonome*, cit., 199, ove si afferma che «La congiunzione fra loro rende più accettabili al creditore le fideiussioni, e quindi più facilmente realizzabile l'interesse alla garanzia».

⁶¹ M. FRAGALI, *Delle obbligazioni*, cit., p. 437; si precisa che «L'inadempimento di uno [dei fideiussori] non è suscettibile di produrre mora con effetto verso gli altri quando vi sia bisogno di costituzione in mora, perché in tal caso questa non si propaga dall'uno all'altro dei congaranti (arg. art. 1307). Ma, se la mora sorge *ex re*, la propagazione si verifica; e il danno consequenziale deve essere risarcito al confideiussore che paga a seguito dell'inadempimento del primo escusso. Non si sfugge allora alla

Significative sono le implicazioni della distinzione tra confideiussione e pluralità di fideiussioni autonome in relazione ai rapporti interni fra i garanti.

Secondo l'orientamento in esame, l'art. 1954 cod. civ., che prevede il regresso a favore del fideiussore che ha pagato nei confronti degli altri fideiussori, si applicherebbe soltanto alla confideiussione, mentre in caso di fideiussioni disgiunte al fideiussore *solvens* non spetterebbe alcun regresso⁶².

Tra confideiussori, infatti, sussisterebbe un «rapporto fondamentale» caratterizzato dall'obbligo di ogni garante di rifondere al coobbligato che effettua il pagamento integrale la «parte della prestazione che corrisponde alla propria quota di interesse nell'obbligazione assunta dal gruppo»⁶³; la misura di tale obbligo risulterebbe dalla «ripartizione [...] fatta consensualmente fra i confideiussori»⁶⁴, ma potrebbe anche «desumersi dalla concreta sostanza dell'interesse di ciascun confideiussore nell'obbligazione comune», oppure, in difetto, venire determinata alla stregua del cpv. dell'art. 1298 cod. civ., il quale, in relazione alla divisione dell'obbligazione in solido nei rapporti interni, dispone che «Le parti di ciascuno si presumono uguali, se non risulta diversamente»⁶⁵.

Si afferma che «la regola del regresso *pro quota* del fideiussore che ha pagato contro gli altri confideiussori non è che il medesimo principio di divisibilità interna che esiste per l'obbligazione solidale in forza dell'art. 1298»⁶⁶.

Il regresso troverebbe origine nel «rapporto sottostante all'assunzione della confideiussione»⁶⁷, e si aggiunge che «La causa del negozio che dà vita al rapporto sottostante è di per sé ragione di ripartizione interna dell'obbligazione dipendente dalla fideiussione prestata in comune»⁶⁸. Il regresso vedrebbe quindi la propria giustificazione nel rapporto di carattere negoziale che necessariamente precede o si accompagna alla confideiussione, rapporto che risulterebbe determinante per stabilire la

conseguenza che esiste una obbligazione di adempiere a carico di ogni confideiussore nei confronti degli altri congaranti, oltre che nei riguardi del creditore» (*op. cit.*, p. 438).

⁶² Così anche C. FALQUI MASSIDDA, voce *Fideiussione*, cit., p. 3; G. VILLANACCI, *Confideiussione e obbligazione solidale*, cit., pp. 25, 71 s.; G. STELLA, *Le garanzie del credito*, I, *Fideiussione e garanzie autonome*, cit., pp. 546 s. («La fideiussione plurima non dà luogo ad una obbligazione solidale tra i fideiussori, in mancanza di una fonte dell'obbligazione unica per tutti i fideiussori, e non si può applicare l'art. 1299 c.c. sul regresso tra condebitori»: *op. cit.*, p. 547).

⁶³ M. FRAGALI, *Delle obbligazioni*, cit., p. 437.

⁶⁴ Non si esclude che tale ripartizione possa avere luogo successivamente alla prestazione della garanzia: M. FRAGALI, *Delle obbligazioni*, cit., p. 437.

⁶⁵ M. FRAGALI, *Delle obbligazioni*, cit., p. 437.

⁶⁶ M. FRAGALI, *Delle obbligazioni*, cit., p. 439.

⁶⁷ M. FRAGALI, *Delle obbligazioni*, cit., p. 440; l'a. contesta la tesi di L. ARU (*Della fideiussione*, in *Comm. cod. civ.* diretto da M. d'Amelio ed E. Finzi, *Libro delle obbligazioni, Dei contratti speciali*, pt. II, Firenze, 1949, p. 420), a parere del quale sono «i principî che regolano le obbligazioni solidali» che «giustificano la norma [*scil.*: art. 1954 cod. civ.]. È appunto la solidarietà che crea fra i confideiussori una reciproca obbligazione per la quota-parte di ciascuno, che si concreta a favore di quel confideiussore che ha pagato»; contro questa dottrina osserva M. FRAGALI che sarebbe «Insoddisfacente opinare [...] che il regresso è conseguenza del carattere solidale dell'obbligazione confideiussoria, dato il carattere atipico di tale solidarietà». Anche secondo G. VILLANACCI, *Confideiussione e obbligazione solidale*, cit., p. 71, «l'obbligazione di regresso (di cui il relativo diritto costituisce il lato attivo) concorre a formare il contenuto necessario del rapporto sottostante che lega i vari confideiussori. Ciò implica, dunque, che il fondamento giuridico del regresso tra confideiussori – formalizzato nell'art. 1954 c.c. – non fa capo al carattere solidale dell'obbligazione confideiussoria ma va ravvisato proprio nel suddetto rapporto sottostante all'assunzione della confideiussione di cui ne costituisce una necessaria componente contenutistica».

⁶⁸ M. FRAGALI, *Delle obbligazioni*, cit., p. 440.

legittimazione alla pretesa di rimborso e l'entità della stessa. Lo stretto legame tra regresso e «rapporto fondamentale» emerge chiaramente, in quest'ottica, allorché si afferma che «il diritto di regresso è il lato attivo di un'obbligazione che concorre a formare il contenuto giuridico del rapporto sottostante alla confideiussione»⁶⁹.

Tra più fideiussioni disgiunte, invece, mancherebbe la «comunanza di interessi» che giustifica una «ripartizione» del peso del debito adempiuto fra i garanti⁷⁰. Non appare possibile, infatti, che un'obbligazione avente ad oggetto, al momento della sua venuta ad esistenza, il pagamento integrale del debito garantito da parte del singolo fideiussore, possa frazionarsi tra i diversi garanti, né appare giustificabile una simile rifrazione dell'obbligo fideiussorio in virtù del successivo intervento di una nuova fideiussione di cui il primo garante non abbia cognizione al momento della prestazione della sua garanzia o, quand'anche tale consapevolezza in effetti sussista, la seconda garanzia non abbia alcun legame con la prima⁷¹.

Inoltre, affermare la «congiunzione automatica» delle fideiussioni per un identico debito porterebbe all'inaccettabile conclusione di attribuire al singolo garante il peso dell'insolvenza degli altri coobbligati anche se questi non avrebbe prestato fideiussione qualora avesse saputo che avrebbe concesso garanzia anche un altro soggetto di cui conosceva la probabile incapacità di far fronte all'impegno fideiussorio, e malgrado l'inconfigurabilità di un potere di recesso in caso di successiva assunzione di un'ulteriore garanzia da parte di un soggetto potenzialmente insolvente⁷². In questi casi il fideiussore, penalizzato a causa della concessione di ulteriori fideiussioni da parte di garanti in precarie condizioni patrimoniali, potrebbe solo invocare la responsabilità del creditore e del debitore principale; ma diverse considerazioni inducono a ritenere che si tratterebbe di una forma di tutela non pienamente adeguata a salvaguardarne le ragioni⁷³.

Sarebbe da escludere che il diritto spettante al fideiussore *solvens* nei confronti dei consorti rappresenti una forma di surrogazione. Chiaro sarebbe in tal senso il tenore dell'art. 1954 cod. civ., che fa riferimento al «regresso» e non già alla «surrogazione» del fideiussore adempiente. Inoltre, poiché la pretesa del garante verso i consorti è limitata alle rispettive quote, non potrebbe parlarsi di una vera e propria surrogazione, perché questa implicherebbe il subentro del garante negli stessi diritti del creditore e quindi anche nella pretesa in solido verso gli altri coobbligati. Si aggiunge che il regresso, in base alla previsione dell'art. 1954 cod. civ., può avere luogo soltanto fra i confideiussori, mentre la surrogazione consentirebbe al *solvens* di agire verso un numero più ampio di legittimati passivi⁷⁴.

⁶⁹ M. FRAGALI, *Delle obbligazioni*, cit., p. 441.

⁷⁰ M. FRAGALI, *Confideiussione e pluralità di fideiussioni autonome*, cit., pp. 199 s.

⁷¹ M. FRAGALI, *Confideiussione e pluralità di fideiussioni autonome*, cit., p. 218.

⁷² M. FRAGALI, *Confideiussione e pluralità di fideiussioni autonome*, cit., p. 219.

⁷³ M. FRAGALI, *Confideiussione e pluralità di fideiussioni autonome*, cit., p. 220, il quale, in merito alla responsabilità del creditore e del debitore principale nel caso descritto, afferma che si tratta di un presidio «[i]nsufficiente ove si ritenesse che l'uno [il creditore] o l'altro [il debitore principale] deve risarcire solo l'interesse negativo; di dubbio esito ove l'uno o l'altro opponessero circostanze che ne rivelassero la buona fede; non fruttuosa verso il creditore se questi fosse insolvente; presumibilmente infruttuosa pure verso il debitore, dato che il creditore ha ritenuto di non escuterlo o la ha escusso inutilmente».

⁷⁴ M. FRAGALI, *Delle obbligazioni*, cit., p. 441. Cfr. anche ID., voce *Fideiussione*, cit., 379.

Il fideiussore adempiente potrebbe invece agire in forza di surrogazione legale, e non in regresso, nei confronti di un soggetto che abbia assunto una fideiussione, per lo stesso debito e debitore, disgiunta dalla propria⁷⁵.

Sempre nel quadro dell'impostazione che distingue la fattispecie della confideiussione dalla semplice pluralità di fideiussioni indipendenti, è necessario richiamare la tesi che rinviene il fondamento di tale dicotomia in una differenza di carattere strutturale, e più precisamente nella sussistenza di un unico vincolo a cui partecipano più soggetti o invece nella coesistenza di una molteplicità di rapporti distinti⁷⁶.

Nel caso di confideiussione sarebbe riscontrabile un'obbligazione soggettivamente complessa, da intendersi come un vincolo unico facente capo a più soggetti, e quindi come «condebito in senso tecnico», la cui fonte sarebbe un contratto «unico», che a fronte di una «connessione tra i vari atti» di fideiussione ben potrebbe sussistere anche in presenza di una «pluralità di documenti» di assunzione delle garanzie⁷⁷.

Dall'applicazione dello schema del condebito discenderebbe, da un lato, l'inoperatività della surrogazione a favore del *solvens* nei confronti dei consorti, ferma peraltro la surrogazione nei diritti spettanti al creditore verso il debitore principale ai sensi dell'art. 1949 cod. civ.; dall'altro, la suddivisione *pro quota*, con applicabilità della presunzione d'eguaglianza delle quote ai sensi dell'art. 1298, 2° co. cod. civ., «del peso definitivo del debito», con la precisazione che il regresso contro i confideiussori di cui all'art. 1954 cod. civ. sarebbe esperibile solo in caso di previo esercizio infruttuoso delle azioni spettanti al garante contro il debitore in virtù della surrogazione *ex art.* 1949 cod. civ.⁷⁸.

Diversamente, in mancanza di «alcun rapporto tra i vari fideiussori», questi sarebbero titolari di obbligazioni «strutturalmente distinte», onde non sarebbe possibile «una divisione *pro quota*» come nel caso della confideiussione in senso proprio; in tale ipotesi la ripartizione del sacrificio patrimoniale sarebbe conseguibile non già mediante il regresso *ex art.* 1954 cod. civ., bensì tramite la surrogazione del *solvens* nei diritti e, ai sensi dell'art. 1204 cod. civ., nelle garanzie spettanti al creditore⁷⁹.

Va infine segnalata la tesi di chi, ritenuto non del tutto persuasivo il richiamo all'estremo dell'interesse comune ai garanti come presupposto della confideiussione, ritiene di dover invece far riferimento alla «concreta volontà delle parti», nel senso che in presenza di più garanti per uno stesso debito dovrebbe di regola ritenersi sussistente una confideiussione, salvo che risulti una volontà diretta a derogare al disposto dell'art. 1946 cod. civ. e alla previsione della solidarietà da esso stabilita⁸⁰.

⁷⁵ M. FRAGALI, *Delle obbligazioni*, cit., p. 448. V. anche G. VILLANACCI, *Confideiussione e obbligazione solidale*, cit., pp. 25, 71 s.; G. STELLA, *Le garanzie del credito*, I, *Fideiussione e garanzie autonome*, cit., pp. 546 s.

⁷⁶ Il riferimento è alla tesi di F.M. ANDREANI, voce *Regresso (azione di)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, pp. 717 ss.

⁷⁷ F.M. ANDREANI, voce *Regresso (azione di)*, cit., 718 s. L' a. precisa, sulla scorta del rilievo di F.D. BUSNELLI (*L'obbligazione soggettivamente complessa. Profili sistematici*, Milano, 1974, cit., 149), che «l'ammissibilità di un contratto a formazione successiva quale fonte di un'obbligazione soggettivamente complessa [è] desumibile, *de plano*, dalla disciplina di un contratto tipico, come il trasporto di cose» (*op. cit.*, 719).

⁷⁸ F.M. ANDREANI, voce *Regresso (azione di)*, cit., p. 719.

⁷⁹ F.M. ANDREANI, voce *Regresso (azione di)*, cit., p. 719.

⁸⁰ G. VILLANACCI, *Confideiussione e obbligazione solidale*, cit., pp. 33 s.

2. La pluralità di fideiussori come fattispecie unitaria

La fondatezza della distinzione tra confideiussione e semplice pluralità di fideiussioni indipendenti è contestata da un'altra parte della dottrina⁸¹, con la rilevante conseguenza che l'unico presupposto necessario per l'operatività del regresso *pro quota*, ai sensi dell'art. 1954 cod. civ., sarebbe l'identità del debito garantito dalle varie fideiussioni, senza che possa venire in considerazione la comunanza di interesse e la congiunzione dei vincoli fra i garanti⁸². Da un autore viene posta in dubbio, in particolare, l'esigenza del riferimento a un «rapporto fondamentale» tra i confideiussori quale fonte del diritto di regresso⁸³, mentre secondo un'altra opinione l'idea della «comunanza di interessi» come base del diritto di regresso, pur non da respingersi, non dovrebbe essere intesa in senso «puramente volontaristico», perché, al contrario, rileverebbe anche il semplice «parallelismo di interessi» che si crea tra fideiussori indipendenti⁸⁴.

Secondo una tesi intermedia, la solidarietà e il diritto di regresso tra i fideiussori andrebbero esclusi solo quando vi sia una «dichiarata esclusione di un collegamento» tra i vincoli dei garanti, o quando questi siano contrassegnati da «modalità [...] univocamente incompatibili» con un tale collegamento⁸⁵. Solo tali circostanze, infatti, sarebbero idonee a superare la presunzione di solidarietà posta dall'art. 1294 cod. civ., mentre non sarebbe sufficiente la semplice ignoranza reciproca dei fideiussori in ordine alle garanzie prestate dagli altri. In ogni caso, la sussistenza della solidarietà fra i garanti non richiederebbe una «comunanza di interessi»⁸⁶; essa troverebbe fondamento nella stessa legge, prescindendo dalla congiunzione dei vincoli fideiussori.

⁸¹ Cfr. U. SALVESTRONI, *La solidarietà fideiussoria*, cit., pp. 144 s., nonché ID., *Osservazioni in tema di confideiussione omnibus*, nota a Cass. 30 marzo 1979, n. 1843, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1979, II, pp. 399 s.; P.M. VECCHI, *L'azione diretta*, Padova, 1990, pp. 359 s.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, 2^a ed., Milano, 2012, p. 515; L. PICARDI, *Osservazioni sulla distinzione tra confideiussione e pluralità di fideiussioni autonome*, nota a Cass. 7 aprile 1998, n. 3575 e Trib. Milano 11 settembre 1997, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1999, II, p. 539; L. RUGGERI, *La fideiussione*, in L. RUGGERI, S. MONTICELLI, *Garanzie personali*, in *Tratt. dir. civ. CNN*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2005, spec. pp. 152 s.

⁸² Cfr. G.F. CAMPOBASSO, voce *Regresso (azione di)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXX, Roma, 1993, p. 2 (dell'estratto); D. RUBINO, *Delle obbligazioni. Obbligazioni alternative – obbligazioni in solido – obbligazioni divisibili e indivisibili. Art. 1285-1320*, 2^a ed., in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1968, pp. 142 s.; G.E. LONGO, *Solidarietà e regresso tra confideiussori*, nota a Cass. 12 luglio 1962, n. 1862, in *Giust. civ.*, 1962, I, p. 2102; E. CICCOTTI, *In tema di pluralità di fideiussori e di regresso del fideiussore «solvens»*, cit., p. 493; L. PICARDI, *op. cit.*, pp. 539 s.

⁸³ Cfr. U. SALVESTRONI, *La solidarietà fideiussoria*, cit., 145 s.

⁸⁴ Cfr. M.C. D[EL] R[E], nota a Cass. 12 luglio 1962, n. 1862, in *Foro it.*, 1962, I, c. 1446, e sulla sua scia E. CICCOTTI, *In tema di pluralità di fideiussori e di regresso del fideiussore «solvens»*, cit., p. 493, che in relazione al «collegamento costituito da un interesse comune» richiesto da Cass. 12 luglio 1962, n. 1862, cit., per la sussistenza del diritto di regresso, afferma che «Accertato che un tale collegamento non può non ritenersi obiettivamente esistente fra più obbligazioni fideiussorie prestate tutte per uno stesso debito e per uno stesso debitore, in qualunque modo siano state assunte, ben potrà ravvisarsi nella *identità di interessi* il fondamento del diritto di regresso e conferire tale diritto a tutti i diversi fideiussori» (corsivo nel testo).

⁸⁵ Cfr. G.E. LONGO, *Solidarietà e regresso tra confideiussori*, cit., p. 2101.

⁸⁶ E si afferma che «la comunanza è *in re ipsa* sol per il fatto che ognuno si troverà esonerato dall'adempire la sua prestazione allorché il congarante, richiesto dell'adempimento, la esegua»: G.E. LONGO, *Solidarietà e regresso tra confideiussori*, cit., p. 2102.

3. L'orientamento della giurisprudenza

La distinzione tra confideiussione e semplice pluralità di fideiussioni indipendenti è accolta anche dalla giurisprudenza. Si ritiene che la confideiussione e il diritto di regresso di cui all'art. 1954 cod. civ. richiedano «un collegamento tra le obbligazioni assunte dai singoli fideiussori, nel senso che occorr[e] che costoro abbiano garantito congiuntamente il medesimo debito ed il medesimo debitore»⁸⁷. Il legame tra i vincoli dei confideiussori sarebbe costituito da un «interesse comune» che rappresenterebbe anche il fondamento del diritto di regresso. L'interesse comune mancherebbe invece tra fideiussioni distinte (come quelle assunte senza la conoscenza della garanzia prestata da altri soggetti⁸⁸, o prestate pattuendo con il creditore che esse siano tenute distinte da quelle altrui), con la conseguenza che difetterebbe anche il diritto di regresso fra i congaranti. Si precisa che le garanzie possono reputarsi congiunte quand'anche prestate non contestualmente, sempreché sussista fra esse il «collegamento costituito da un interesse comune»⁸⁹. Nella giurisprudenza di legittimità si è inoltre escluso che la

⁸⁷ Cfr. Cass. 12 luglio 1962, n. 1862, in *Giust. civ.*, 1962, I, p. 2099, con nota di G.E. LONGO, *Solidarietà e regresso tra confideiussori*; in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1962, II, p. 484, con nota di E. CICCOTTI, *In tema di pluralità di fideiussori e di regresso del fideiussore «solvens»*; Cass. 30 marzo 1979, n. 1843, in *Foro it.*, 1979, I, c. 1910, con nota di G. DE FINA; in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1979, II, p. 398, con nota di U. SALVESTRONI, *Osservazioni in tema di confideiussione omnibus*; in *Giust. civ.*, 1979, I, p. 1427, con nota di A. DI AMATO, *Brevi note su fideiussione, confideiussione e contratto plurilaterale*; in *Giur. it.*, 1980, I, 1, c. 298, con nota di M. GARUTTI, *Note in tema di confideiussione*; secondo questa pronuncia, è ravvisabile un errore essenziale, avente ad oggetto la natura del contratto ai sensi dell'art. 1429, n. 1, prima parte, cod. civ., in capo al soggetto che assume una fideiussione indipendente basandosi sulla falsa rappresentazione di prestare garanzia come confideiussore; Cass. 22 maggio 1990, n. 4594, in *Rep. Foro it.*, 1990, voce *Fideiussione e mandato di credito*, n. 45, la quale, in motivazione, precisa che «L'interesse deve sussistere al momento della costituzione del negozio, cioè della prestazione delle fideiussioni»; Cass. 18 luglio 1997, n. 6635, in *Rep. Foro it.*, 1997, voce *Fideiussione e mandato di credito*, n. 42; Cass. 7 aprile 1998, n. 3575, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1999, II, p. 528, con nota di L. PICARDI, *Osservazioni sulla distinzione tra confideiussione e pluralità di fideiussioni autonome*; Cass. 18 marzo 1999, n. 2459, e in *Foro it.*, 1999, I, c. 2253, con nota di richiami; in *Giur. it.*, 2000, I, 50, con nota di A. FORCHINO; Cass. 13 maggio 2002, n. 6808, in *Foro it.*, 2002, I, c. 2694, con nota redazionale; in *Contratti*, 2003, p. 47, con nota di F. BORRELLO, *Pluralità di garanzie personali e unicità dell'operazione economica*; Cass. 6 maggio 2004, n. 8605, in *Contratti*, 2004, p. 1128, con nota di G. SCACCIA, *La confideiussione: presupposti e caratteri*; Cass. 24 ottobre 2008, n. 25748, in *Contratti*, 2009, p. 232, con nota di E. BETTO e G. RUFO CLERICI, *Confideiussione, fideiussione plurima e garanzie internazionali*; in *Riv. not.*, 2010, pag. 456, con nota di L. D'AMELIO, *Sul fondamento dell'art. 38, seconda parte, cod. civ.* V. anche Cass. 19 aprile 1973, n. 1138, in *Foro it.*, 1973, I, c. 2054, con nota di C.M. BARONE: «La fideiussione prestata dai terzi per garantire le obbligazioni dell'associazione non riconosciuta si cumula con quella per legge a carico di coloro che hanno agito in nome e per conto dell'associazione medesima, determinando una confideiussione regolata dai principî sulla solidarietà». Nella giurisprudenza di merito, v. App. Roma 22 febbraio 1978, in *Foro pad.*, I, c. 144; Trib. Milano 11 settembre 1997, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1999, II, 528, con nota di L. PICARDI, *Osservazioni sulla distinzione tra confideiussione e pluralità di fideiussioni autonome*.

⁸⁸ Si ritiene insufficiente la conoscenza sopravvenuta della garanzia altrui, in quanto «è nel momento della conclusione del contratto che le parti vogliono una confideiussione o una fideiussione autonoma [...] ed il contratto si conclude istantaneamente con lo scambio dei consensi»: Cass. 18 marzo 1999, n. 2459, cit. (nel caso di specie, il ricorrente assumeva che la consapevolezza della confideiussione dovesse ritenersi provata in base alla circostanza che egli aveva agito in regresso nei confronti di un altro fideiussore).

⁸⁹ Cfr. Cass. 12 luglio 1962, n. 1862, cit.; Cass. 30 marzo 1979, n. 1843, cit.; Cass. 22 maggio 1990, n. 4594, cit.; Cass. 18 marzo 1999, n. 2459, cit.; Cass. 13 maggio 2002, n. 6808, cit.; Cass. 9 maggio 2002, n. 6649, in *Contratti*, 2003, p. 45, con nota di F. BORRELLO, *Pluralità di garanzie personali e unicità*

confideiussione costituisca un contratto plurilaterale⁹⁰. Tale figura negoziale, si argomenta, richiede necessariamente la «convergenza delle prestazioni di ciascuno al conseguimento di uno scopo comune», come si deduce dall'art. 1420 cod. civ.; ciò significa che gli interessi facenti capo alle parti devono essere «tali da accomunare i partecipanti in una medesima esigenza e da trovare nel contratto il loro soddisfacimento attraverso una utilità dello stesso tipo per ciascuno di essi». Ma nella confideiussione non sarebbe individuabile una «comunione di scopo» a cui partecipino sia i garanti sia il creditore; questi, anzi, costituiscono «parti contrapposte» alle quali, nella fase di attuazione delle garanzie, fanno capo interessi non convergenti bensì di segno opposto⁹¹.

Per determinare le modalità della ripartizione del debito tra confideiussori dovrebbe farsi riferimento al «titolo costitutivo dell'obbligazione di confideiussione», e soltanto qualora esso nulla disponga, si potrebbe ricorrere alla regola di cui al cpv. dell'art. 1298 cod. civ. che stabilisce l'eguaglianza delle quote interne dei condebitori; per «titolo costitutivo», poi, dovrebbe intendersi non il patto di garanzia stipulato da ogni fideiussore con il creditore, ma «la ragione del collegamento tra le obbligazioni assunte dai singoli fideiussori in collegamento»⁹².

Tali considerazioni non escludono che in caso di fideiussioni distinte il *solvens* possa surrogarsi nei diritti del creditore verso gli altri garanti «in virtù della norma generale dell'art. 1203 [cod. civ.]»⁹³.

dell'operazione economica; in *Giust. civ.*, 2003, I, p. 754, con nota redazionale: «Per ricondurre allo schema della confideiussione garanzie prestate con atti separati dai diversi garanti è necessario che le parti abbiano reso le successive dichiarazioni in base ad un accordo, perciò per un interesse comune e nel comune intento di prestare garanzia insieme per il medesimo debito ed il medesimo debitore»; Cass. 6 maggio 2004, n. 8605, cit. Anche per App. Roma 22 febbraio 1978, cit., «Ogniqualevolta vi è assunzione congiunta di garanzia (anche se avvenuta con atti separati) da parte di più soggetti per uno stesso debito, il rapporto fondamentale, se non è espresso, deve necessariamente presumersi e comporta l'obbligo di ciascun confideiussore di adempiere per intero la prestazione e correlativamente di rimborsare la propria quota al confideiussore che abbia pagato la prestazione garantita».

⁹⁰ Cfr. Cass. 30 marzo 1979, n. 1843, cit.; pertanto, qualora, come nel caso di specie, l'impegno di alcuni garanti risultasse inesistente, non potrebbe affermarsi la nullità delle altre fideiussioni ai sensi dell'art. 1420 cod. civ.

⁹¹ In dottrina, in senso adesivo rispetto alla soluzione della Supr. Corte, v. A. DI AMATO, *Brevi note su fideiussione, confideiussione e contratto plurilaterale*, nota a Cass. 30 marzo 1979, n. 1843, in *Giust. civ.*, 1979, I, p. 1428; M. GARUTTI, *Note in tema di confideiussione*, nota a Cass. 30 marzo 1979, n. 1843, in *Giur. it.*, 1980, I, 1, c. 308; U. SALVESTRONI, *Osservazioni in tema di confideiussione omnibus*, nota a Cass. 30 marzo 1979, n. 1843, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1979, II, p. 399, secondo cui «Certamente da escludere, in conformità con la stessa sentenza del S.C., è invece la natura plurilaterale del contratto di confideiussione, in base alla distinzione tra comunione di interessi e di scopo», verso il quale convergono le prestazioni dedotte nei contratti plurilaterali e la semplice <comunione d'interessi> che può bensì legare i confideiussori, ma non certo il creditore, che è determinato peraltro al contratto, a nostro avviso, da un motivo comune con i primi e cioè dal motivo <legale> di garanzia»; F. MACARIO, *Garanzie personali*, cit., pp. 292 s. Secondo G. VILLANACCI (*Confideiussione e obbligazione solidale*, cit., p. 37) dovrebbe negarsi la sussistenza di una «comunione di scopo» nei rapporti tra garanti e creditore e, conseguentemente, la riconducibilità della confideiussione alla figura del contratto plurilaterale, con la precisazione che «La confideiussione costituisce, invero, solo un contratto “a parte plurisoggettiva” o “soggettivamente complessa”»; l'a., peraltro, accenna in via problematica alla possibilità di ascrivere la confideiussione alla «categoria dei contratti plurilaterali senza comunione di scopo» (*op. cit.*, p. 38).

⁹² Cfr. Cass. 11 luglio 1967, n. 1712, in *Foro it.*, 1968, I, c. 212, con nota di L. R.; in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1968, II, p. 165, con nota redazionale).

⁹³ Cfr. Cass. 12 luglio 1962, n. 1862, cit.; Cass. 7 aprile 1998, n. 3575, cit.; Cass. 18 marzo 1999, n. 2459, cit.; Cass. 2 aprile 2002, n. 4632, in *Giust. civ.*, 2002, I, 1531, con nota di G. G[IACALONE], *Fideiussione, confideiussione e domande nuove in appello*; Cass. 6 maggio 2004, n. 8605, cit. Nella

Peraltro, ferma restando la sicura operatività della surrogazione, ha dato luogo ad alcune oscillazioni la questione dell'entità del rimborso che il *solvens* può pretendere dagli altri fideiussori. In base a una prima impostazione, la surrogazione non avrebbe luogo nell'intero credito garantito, ma soltanto *pro quota*, perché in questo caso la surrogazione «essendo un mezzo per ottenere il rimborso, non può eccedere il fine e, quindi, non può operare che entro i confini in cui v'è diritto al regresso»⁹⁴. Diversamente, secondo un più recente orientamento, il fideiussore surrogatosi nei diritti del creditore potrebbe «agire nei confronti anche di uno solo degli altri fideiussori per la ripetizione di quanto egli abbia pagato ad estinzione del debito altrui, e quindi nella misura risultante dalla detrazione, da quanto da lui pagato, della sola propria quota (perché, nei limiti di questa, egli ha pagato un debito a lui pertinente), anziché soltanto *pro quota* come nel caso del regresso»⁹⁵.

4. Considerazioni critiche. L'esigenza di ricondurre la distinzione tra confideiussione e pluralità di fideiussioni indipendenti alla presenza di un rapporto di fonte negoziale tra i garanti

Come si avrà modo di verificare nel prosieguo dell'indagine, la distinzione tra confideiussione e pluralità di fideiussioni indipendenti merita di essere conservata, nonostante i dubbi che l'assenza di qualunque indicazione legislativa espressa ha fatto sorgere.

Ciò che non può essere condiviso, tuttavia, è l'enfasi posta sull'estremo dell'«interesse comune» che caratterizzerebbe la confideiussione e mancherebbe nella pluralità di garanzie indipendenti.

La formula appare vaga⁹⁶, e oltretutto non è idonea a chiarire con precisione quale sia la *fonte* dell'obbligo interno di regresso fra i garanti.

Non appare però condivisibile il tentativo di ovviare alla indeterminatezza del presupposto dell'interesse comune ritenendo che la confideiussione debba costituire l'ipotesi normale in caso di prestazione di più fideiussioni per lo stesso debito, con

giurisprudenza di merito, cfr. Trib. Milano 11 settembre 1997, cit.: «in ipotesi di fideiussioni assunte ignorando l'assunzione del medesimo impegno da parte di altra persona, è comunque esercitabile nei confronti degli altri fideiussori la surrogazione del fideiussore solvente».

⁹⁴ Cfr. Cass. 12 luglio 1962, n. 1862, cit., che fa testualmente riferimento al regresso ancorché si trattasse, nella specie, di fideiussioni indipendenti, per le quali la stessa decisione ritiene inoperante il regresso, diversamente dal caso della confideiussione.

⁹⁵ Cfr. Cass. 7 aprile 1998, n. 3575, cit. (secondo cui tale soluzione sarebbe indifferente rispetto alla circostanza che la fattispecie in esame presenti o meno gli estremi per la sussistenza di una confideiussione e del relativo diritto di regresso), nonché Cass. 18 marzo 1999, n. 2459, cit. (relativa a un caso di fideiussioni distinte), richiamate in motivazione da Cass. 6 maggio 2004, n. 8605, cit. Aderisce a quest'orientamento G. VILLANACCI, *Confideiussione e obbligazione solidale*, cit., pp. 73 s.

⁹⁶ La difficoltà di assegnare una portata precisa all'idea di interesse comune è stata messa in luce in dottrina anche in relazione all'ipotesi della c.d. parte complessa, affermandosi che «non si può escludere che il legame tra gli interessi reciproci dei singoli sia rintracciabile unicamente sul piano economico, in relazione alla natura ed al tipo di interessi implicati nella vicenda contrattuale. In altri termini, con riferimento al caso di parte contrattuale plurisoggettiva, l'espressione <unico ed unitario centro di interesse> non sembra rivestire un significato preciso e persuasivo, ove si metta adeguatamente in evidenza come non si possa escludere *a priori* che gli interessi dei partecipanti siano tra loro solo occasionalmente convergenti ad un unico risultato, potendo sussistere soltanto un legame contingente e transitorio»: G. IUDICA, *Impugnativa contrattuali e pluralità di interessati*, Padova, 1973, p. 142.

regola derogabile solo in presenza di una volontà contraria delle parti⁹⁷. Anzitutto non si precisa quali siano i soggetti la cui contraria volontà determinerebbe l'esclusione del regime della confideiussione, e, in particolare, se tutti i garanti debbano essere d'accordo o se sia sufficiente la contraria volontà di alcuni di essi, e se oltre a ciò sia necessaria la volontà del creditore. In secondo luogo, questa tesi porterebbe a ritenere sussistente una confideiussione anche in caso di fideiussioni prestate da soggetti reciprocamente ignari dell'altrui garanzia.

Sembra più corretto valorizzare quelle indicazioni che puntano nella direzione dell'esistenza di un «accordo»⁹⁸ fra i confideiussori o che, con formula sostanzialmente non dissimile, pongono in luce la natura «negoziale» della fonte del rapporto intercorrente tra essi⁹⁹. Tale rapporto potrà essere costituito, in particolare, da un rapporto di società o di un mandato¹⁰⁰.

È sulla base di questo accordo e quindi alla stregua del rapporto che da esso deriva, come si vedrà più nel dettaglio nelle pagine che seguono, che dovranno stabilirsi, fra l'altro, le quote di regresso dei garanti¹⁰¹ e le eccezioni opponibili in sede di regresso.

Un accordo fra i garanti, e quindi un rapporto particolare che da esso scaturisca, manca invece nel caso di fideiussioni prestate in via indipendente l'una dall'altra. Questa circostanza assume rilievo, fra l'altro, in relazione alla rivalsa fra i garanti¹⁰², che, come si avrà modo di constatare, non potrà che caratterizzarsi per un assetto diverso rispetto all'ipotesi della confideiussione. Non sembra di potersi condividere tuttavia – lo si anticipa – l'idea dell'insussistenza di un regresso fra garanti

⁹⁷ Il riferimento è alla proposta ricostruttiva di G. VILLANACCI, *Confideiussione e obbligazione solidale*, cit., pp. 33 s.

⁹⁸ Per il riferimento alla nozione di «accordo» v. F. MASTROPAOLO, A. CALDERALE, *Fideiussione e contratti di garanzia personale*, cit., pp. 438, 443; G. GRIPPO, in G. GRIPPO, S. PACCHI, F. PASQUARIELLO, M. VALIGNANI, *Le garanzie personali*, cit., p. 45; G. STELLA, *Le garanzie del credito*, I, *Fideiussione e garanzie autonome*, cit., p. 527; in giurisprudenza, Cass. 9 maggio 2002, n. 6649, cit.; App. Roma 22 febbraio 1978, cit., nelle rispettive motivazioni. Per l'idea che la confideiussione sorga da un contratto «unico» v. F.M. ANDREANI, voce *Regresso (azione di)*, cit., p. 718.

⁹⁹ M. FRAGALI, voce *Fideiussione*, cit., p. 378. È, questo della presenza o no fra i coobbligati di un rapporto particolare di fonte negoziale, anche uno dei motivi guida dell'amplissima indagine di S. MEIER, *Gesamtschulden. Entstehung und Regress in historischer und vergleichender Perspektive*, Tübingen, 2010, *passim*; con riguardo alla pluralità di fideiussioni v. in particolare pp. 1024 ss. Secondo l'a. (che riserva l'espressione «Mitbürge» al confideiussore in senso stretto, mentre impiega il termine «Nebenbürge» per indicare il fideiussore indipendente), «Da die Verpflichtung gemeinschaftlich übernommen wurde, besteht unter den Mitbürgen grundsätzlich immer ein Innenverhältnis, das Grundlage eines vertraglichen Anspruchs auf Auslagensatz bilden kann. Auch wenn die gemeinschaftlichen Mitbürgen untereinander keine ausdrückliche Regressvereinbarung getroffen haben, sind sie sich jedoch über den Anlass der Bürgschaft und die Lastenverteilung in der Regel einig. Der Mitbürgschaft kann ein Gesellschaftsverhältnis, im Einzelfall auch ein Auftrag zugrunde liegen» (*op. cit.*, p. 1024).

¹⁰⁰ S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1024; v. anche la nota precedente.

¹⁰¹ V. in senso analogo M. FRAGALI, *Delle obbligazioni*, cit., pp. 440 s.: «La causa del negozio che dà vita al rapporto sottostante è di per sé ragione di ripartizione interna dell'obbligazione dipendente dalla fideiussione prestata in comune. È la stessa caratteristica del rapporto che implica questa divisione interna dell'obbligazione. O essa indica che l'interesse alla garanzia è stato di uno solo dei confideiussori, e restano a carico di costui le conseguenze dell'adempimento del fideiussore, o fa conoscere che l'interesse è stato di alcuni dei confideiussori, ed esclude dalla ripartizione gli altri. O enuncia l'uguaglianza delle quote. O indica infine la diversa proporzione dell'interesse dei confideiussori e quindi una disuguaglianza di quote».

¹⁰² V., per il momento, S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1025, secondo cui «Der Ausgleich unter gesamthaftenden Nebenbürgen kann sich nicht auf ein rechtsgeschäftliches Innenverhältnis stützen».

indipendenti; nell'art. 1954 cod. civ., che dispone il regresso fra più fideiussori, non sono previste ulteriori distinzioni e, come si vedrà nel prosieguo, appare possibile ricostruire il regime della pretesa di regresso fra garanti indipendenti in modo conforme alle peculiarità di questa fattispecie e ai tratti che la differenziano dalla confideiussione.

L'esclusione della pretesa di regresso fra fideiussori indipendenti non appare, in generale, adeguatamente giustificata, e risulta verosimilmente un portato dell'assunto, a sua volta scarsamente approfondito, secondo cui i garanti indipendenti non sarebbero debitori solidali, a differenza dei confideiussori.

Senza poter affrontare in questa sede il problema della distinzione fra varie configurazioni della solidarietà (propria e impropria, perfetta e imperfetta ecc.), non sembra corretto negare che anche la pluralità di fideiussioni indipendenti presenti i connotati quantomeno di un concetto lato di solidarietà: i garanti sono tenuti tutti per la medesima prestazione in modo che il creditore può esigere a sua scelta da ciascuno dei fideiussori l'intero e l'adempimento di uno libera anche gli altri (art. 1292 cod. civ.). Se invece si ritiene che la prestazione effettuata da uno dei fideiussori non provochi la liberazione degli altri garanti come adempimento alla stregua dell'art. 1292 cod. civ., bensì ne comporti l'estinzione del vincolo per raggiungimento dello scopo, risulta difficile spiegare come queste garanzie possano ciò nonostante sopravvivere e trasferirsi mediante surrogazione in capo al *solvens*¹⁰³.

¹⁰³ In relazione ai tentativi di giustificazione dell'estinzione delle obbligazioni solidali come ipotesi di conseguimento dello scopo, H. EHMANN, *Die Gesamtschuld. Versuch einer begrifflichen Erfassung in drei Typen*, Berlin, 1972, p. 101, sottolinea l'esigenza di chiarire quale sia lo scopo il cui conseguimento porta all'estinzione delle obbligazioni gravanti sui diversi debitori in solido, giacché, in base alla disciplina positiva della solidarietà debitoria, a seguito dell'adempimento da parte di un consorte i vincoli degli altri non si estinguono ma si trasferiscono in capo al primo per la misura in cui egli ha diritto di regresso (cfr. § 426, Abs. 2, BGB); ebbene, si osserva che se tali vincoli restano in vita al fine di rafforzare la pretesa di regresso, allora non è possibile affermare che con l'adempimento da parte di uno dei consorti si sia conseguito anche lo scopo delle pretese creditorie verso gli altri («Wenn die Forderung [...] auf einen anderen übergeleitet wird, so ist ihr Zweck offensichtlich noch *nicht* erreicht»; corsivo nel testo); si conclude quindi che in questo contesto l'idea del conseguimento dello scopo non vale a spiegare nulla fino a che lo scopo in questione non venga esattamente determinato «quanto al contenuto» («*inhaltlich*»; in corsivo nel testo).

CAPITOLO TERZO

REGRESSO E SURROGAZIONE TRA DEBITORI SOLIDALI

SOMMARIO: 1. Rapporti esterni e rapporti interni nella solidarietà debitoria: prospettive «analitiche» e prospettive «sintetiche» – 2. Il momento della nascita del diritto di regresso – 3. Il regresso fra condebitori in presenza di un rapporto interno di fonte negoziale o legale – 4. L'individuazione delle eccezioni opponibili in sede di regresso: quadro delle soluzioni proposte dalla dottrina – 5. (segue) Rilievi critici. La necessità di attribuire rilievo alla presenza di uno specifico rapporto interno di fonte contrattuale o legale fra i condebitori e la scarsa significatività in relazione al regresso della distinzione fra eccezioni comuni e personali – 6. (segue) Le conseguenze nei rapporti interni della mancata proposizione delle eccezioni nei rapporti esterni verso il creditore – 7. Il problema dell'ammissibilità della surrogazione legale a favore del debitore adempiente – 8. La tesi che esclude l'esistenza di una pretesa di regresso distinta rispetto al diritto acquistato mediante la surrogazione legale – 9. Le opinioni a favore della coesistenza degli strumenti del regresso e della surrogazione legale e i tentativi di coordinamento dei due rimedi – 10. I mezzi di rivalsa del debitore adempiente nella prospettiva della comunione del debito e i pretesi limiti all'operatività della surrogazione – 11. (segue) Rilievi critici – 12. Regresso e cessione legale fra condebitori nel sistema tedesco – 13. Ammissibilità del concorso tra i due rimedi nell'ordinamento italiano – 14. Possibili deroghe alla limitazione della surrogazione e del regresso alla quota di pertinenza del debitore convenuto in rivalsa – 15. Pagamento parziale e regresso – 16. Diritto di regresso e interessi

1. Rapporti esterni e rapporti interni nella solidarietà debitoria: prospettive «analitiche» e prospettive «sintetiche»

Nella teoria dell'obbligazione solidale la dicotomia tra rapporti esterni e rapporti interni costituisce uno snodo concettuale fondamentale. Alcune impostazioni tendono a valorizzare questa contrapposizione secondo un approccio di tipo «analitico»; altre, invece, ne rilevano l'inconsistenza, o quantomeno propendono per una bipartizione meno rigida che consenta di apprezzare il fenomeno della solidarietà debitoria nel suo complesso in base a una visione unitaria o «sintetica».

Nella prima ottica si osserva che l'esigenza di rafforzare la posizione del creditore, che giustifica la solidarietà dei vincoli, cessa quando dai «rapporti esterni» tra debitori e creditori si passa a considerare i «rapporti interni» fra coobbligati. In altri termini, mentre nei confronti del creditore ciascuno è obbligato per la totalità, nei rapporti tra i condebitori, venendo meno la ragione del trattamento unitario del debito, vale a dire il vantaggio del creditore, l'obbligazione «si presenta divisa», come si ricava dall'art. 1298, 1° co., cod. civ. È a questo punto che riprende vigore «la realtà della obbligazione nella sua definitiva incidenza su ciascuno»¹⁰⁴. E la divisione nei rapporti interni riguarda

¹⁰⁴ G. AMORTH, *L'obbligazione solidale*, Milano, 1959, p. 222. Nel senso che il regresso tenderebbe a ripristinare fra i condebitori una situazione corrispondente a quella, vista come ipotesi «naturale», del debito parziario, v. K. VON SAVIGNY, *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts*, Bd. I, Berlin, 1951 (rist. Aalen, 1873), pp. 228 s., 242 (nella traduzione italiana di G. PACCHIONI, *Le obbligazioni*, vol. I, Torino, 1912, pp. 213, 226), a cui espressamente si richiamano B. KEUK, nota a BGH, 9 marzo 1972, in *Juristenzeitung*, 1972, p. 531, e W. GOETTE, *Gesamtschuldberiff und*

proprio la medesima l'obbligazione che vincolava il debitori verso il creditore, onde «quella stessa obbligazione che si presenta come solidale nei rapporti esterni [...] si presenta come parziaria nei rapporti interni»¹⁰⁵.

Anche un'altra impostazione teorica muove dal presupposto per cui la solidarietà sarebbe «una soprastruttura creata nell'interesse del creditore»¹⁰⁶. Quando l'interesse creditorio passa in secondo piano perché viene in questione la disciplina dei rapporti interni ai condebitori, la solidarietà cede il posto a quello che sarebbe stato l'«assetto naturale» delle obbligazioni in capo ai debitori, vale a dire – quando si tratti di

Regreßproblem, Bonn, 1974, pp. 126 s., 153. Giudica «dubbia» («*fragwürdig*») tale concezione S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 606, nt. 269. Nella dottrina italiana v. quanto affermato da C. GANGI, *Le obbligazioni. Concetto – Obbligazioni naturali – Solidali – Divisibili e indivisibili*, Milano, 1951, p. 256: «L'azione di regresso si deve [...] considerare come un'azione speciale, che ha [...] il suo fondamento nell'esistenza di una comunione del debito fra i condebitori, e nella conseguente divisione di esso in parti o quote, per cui è da ritenere che quando un debitore paga al creditore l'intero debito o una parte di esso, egli paga in sostanza la sua quota e quelle di ciascuno degli altri condebitori, e appunto perciò egli, dopo aver pagato, ha un diritto di rivalsa verso ciascuno di essi per la quota da lui dovuta. Coll'azione di regresso [...] il debitore che ha pagato può ripetere da ciascuno dei condebitori soltanto la parte da lui dovuta e non di più, perché nei rapporti interni ciascuno dei debitori è debitore soltanto della sua parte»; R. DE RUGGIERO, F. MAROI, *Istituzioni di diritto civile*, vol. II, 10^a ed. a cura di A. de Cupis, Milano-Messina, 1972, p. 54: «il rapporto obbligatorio, stringendo ad un creditore o ad un debitore più subbietti ad un tempo, si costituisce d'una serie di vincoli parziari colleganti ciascuno due sole persone e raccolti tutti in un fascio per l'identità della causa e dell'obbietto». Più in generale, concepisce la solidarietà (in ipotesi di obbligazione solidale a interesse comune) come «modalità dell'obbligazione parziaria» F. GIORGIANNI, voce *Obbligazione solidale e parziaria*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XI, Torino, 1965, p. 676, ritenendo che il debitore debba «il tutto, ovverosia la somma delle varie prestazioni» (corsivo nel testo), come testimonierebbero l'art. 1298 cod. civ. e la «disciplina delle eccezioni personali e della efficacia attribuita a taluni fatti e negozi giuridici limitatamente alla <parte> di ciascun debitore o creditore»; v. altresì ID., *Obbligazioni parziarie, solidali, indivisibili e connesse: lineamenti di un sistema*, in *Annali del seminario giuridico dell'Università di Catania*, vol. VI-VII (1951-53), Milano, 1953, pp. 130 s., ove si afferma che «l'o.[bligazione] solidale può costituire anzitutto una modalità dell'o. parziaria. Quando l'o. parziaria è solidale, ciascuno dei debitori sarà tenuto ad adempiere non solo la propria prestazione, ma anche quella degli altri condebitori [...]. Abbiamo così un tipo di o. solidale, il quale deriva direttamente dall'o. parziaria, di cui costituisce un possibile atteggiamento. Questo primo tipo può designarsi come: o. parziaria solidale» (*op. cit.*, p. 130); e si ribadisce che, in quest'ipotesi di solidarietà, «ciascun debitore deve la somma di tutte le varie prestazioni dei vari condebitori, compresa la prestazione da lui stesso dovuta». Critici verso l'idea della solidarietà come somma di debiti parziari sono invece G. BRANCA, *Obbligazioni solidali, correali, collettive*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, p. 157, richiamato anche da O. BUCCISANO, *La surrogazione per pagamento*, Milano, 1958, p. 17, nt. 23; A. MATTEUCCI, *Solidarietà del fideiussore e suo debito non pecuniario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, pp. 1320 ss. Alla tesi della solidarietà come somma di vincoli parziari sembrerebbe avvicinarsi l'opinione di D. RUBINO, *Delle obbligazioni. Obbligazioni alternative - obbligazioni in solido – obbligazioni divisibili e indivisibili. Art. 1285-1320*, 2^a ed., in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1968 (rist.), pp. 219, 151, ma questo a. prende tuttavia espressamente le distanze da tale concezione (cfr. *op. cit.*, p. 151, nt. 1). In giurisprudenza v. Cass., 19 gennaio 1984, n. 459, in *Giust. civ.*, 1984, I, p. 1812, con nota di M. COSTANZA, *Pagamento parziale di obbligazione solidale e azione di regresso*, in motivazione, secondo cui «Nei rapporti interni fra i condebitori cessa di operare il vincolo della solidarietà, imposto a garanzia del creditore, non essendo più in gioco l'interesse di quest'ultimo e torna ad avere esclusiva rilevanza il principio della parziarietà dell'obbligazione», nonché Cass. 7 dicembre 1998, n. 12366, in *Contratti*, 1999, p. 1101, con nota di R. PICEN, *Adempimento parziale del debito solidale e ammissibilità dell'azione di regresso*: «In tema di obbligazioni, la presunzione di solidarietà dettata con riferimento ai rapporti esterni tra creditore e pluralità di debitori non si estende ai rapporti interni tra i condebitori solidali, spiegando, per converso, efficacia, tra questi ultimi, l'opposto principio della parziarietà dell'obbligazione [...]».

¹⁰⁵ G. AMORTH, *op. cit.*, p. 250 (corsivo nel testo).

¹⁰⁶ D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit., p. 219.

obbligazioni solidali a interesse comune – «un trattamento parziario per i singoli consorti»¹⁰⁷.

Tuttavia, diversamente rispetto alla prima tesi, il risultato di ripristinare la «naturale» parziarietà dei vincoli dei debitori non si ottiene mediante la divisione della primitiva obbligazione intercorrente fra condebitori e creditore. La «divisione» dell'obbligazione fra i consorti non costituisce tanto una vera e propria rifrazione dell'obbligo, ma vuole rappresentare piuttosto «il criterio quantitativo con cui le conseguenze dei vari atti o fatti che incidono sull'obbligazione si ripercuotono nel patrimonio di ogni singolo consorte»¹⁰⁸. Non si verifica, infatti, la divisione del vincolo tra creditore e debitori, bensì la nascita di «nuove obbligazioni» fra questi ultimi¹⁰⁹. Un'autentica divisione dell'obbligazione sarebbe incompatibile con il fatto che l'adempimento nei confronti del creditore comporta l'estinzione del debito; cosicché

¹⁰⁷ D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit., p. 219; il pensiero dell'a. riguarda l'ipotesi dell'obbligazione in solido a interesse comune, la quale sarebbe «intrinsecamente» parziaria, anche se il singolo debitore, in virtù della solidarietà, nei rapporti esterni verso il creditore è tenuto per l'intero (cfr. spec. *op. cit.*, p. 151); l'intrinseca parziarietà non caratterizzerebbe invece i casi di obbligazione solidale a interesse esclusivo (cfr. *op. cit.*, pp. 153 ss.); peraltro, come si è già precisato, pur prospettando una ricostruzione per alcuni versi simile alla teoria dell'obbligazione solidale come somma di debiti parziari, questo a. espressamente dissente da tale concezione (cfr. *op. cit.*, p. 151, nt. 1). V. anche l'opinione di C.M. MAZZONI (*Le obbligazioni solidali e indivisibili*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, vol. 9, *Obbligazioni e contratti*, t. I, 2^a ed., Torino, 1999, p. 762, con richiamo, in nt. 65, a Cass., 19 gennaio 1984, n. 459, in *Giust. civ.*, 1984, I, 1812) secondo cui «Cessa, con questa norma [*scil.* 1299 cod. civ.], l'applicabilità della regola della solidarietà e ritorna il vigore del diritto comune della parziarietà nella disciplina delle obbligazioni, confermando ancora il relativo carattere di eccezionalità che la nozione di solidarietà contiene; tuttavia – si avverte – la disciplina contenuta nell'art. 1299 cod. civ. non corrisponde esattamente al regime dell'obbligazione parziaria (v. *op. cit.*, p. 763, con riferimento, in nt. 67, a Cass., 31 dicembre 1948, n. 1959, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1948, III, 817, n. 1931 [s.m.], secondo la quale «Non è applicabile al condebitore in solido, che sia divenuto cessionario del credito, la disposizione di cui al comma 1 dell'art. 1299 CC, ma resta nei suoi confronti il vincolo solidale degli altri condebitori. Pertanto egli può agire contro ciascuno di questi per l'intero debito, diminuito della sua quota estintasi per confusione»), in particolare laddove fa gravare l'insolvenza di uno dei condebitori sugli altri coobbligati (v. *op. cit.*, p. 763). V. inoltre C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, Milano, 1993 (rist. 2008), 709, il quale afferma che la «divisione «nei rapporti interni» non ha propriamente ad oggetto l'obbligazione. Non è infatti il debito verso il creditore o il credito verso il debitore a ripartirsi per quote poiché in tal caso l'obbligazione sarebbe parziaria e non solidale. L'espressione normativa indica piuttosto la divisione dell'obbligazione nel suo contenuto oggettivo, ossia della prestazione. Ciò vuol dire che nei rapporti interni è il carico della prestazione o il vantaggio della prestazione a dividersi fra i vari consorti, giustificando tra l'altro gli obblighi di rimborso e restituzione».

¹⁰⁸ D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit., pp. 219 s. (la citazione è a p. 220). V. anche, su questo, ID., *op. cit.*, pp. 147 s.

¹⁰⁹ D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit., p. 219, nonché p. 221, dove si parla di «un nuovo diritto di credito che sorge, *pro quota*, in favore di un condebitore contro gli altri», e inoltre p. 233, ove si afferma che «Quanto alla sua struttura, quello di regresso è un diritto di credito, ma un diritto nuovo, che per il suo titolare nasce per la prima volta dal fatto del pagamento, e non la continuazione dell'originario credito, che semplicemente rimanga ora limitato ad una parte dell'originaria prestazione». Altri avverte, però, che l'attribuzione al regresso della natura di «diritto nuovo», pur accettabile se intesa a significare l'indipendenza del regresso dalla «intermediazione di una vicenda successoria», non dovrebbe porre in ombra il fatto «che si tratta pur sempre di diritto derivato da quello estintosi per effetto del pagamento»: G.F. CAMPOBASSO, voce *Regresso (azione di)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXX, Roma, 1993, p. 3. Per la tesi dell'autonomia del regresso dalla surrogazione, v. P. PISCITELLO, *Rinuncia alla surroga e regresso del confideiussore che ha adempiuto parzialmente il debito garantito*, cit., pp. 375 ss., che argomenta la propria posizione anche con considerazioni in prospettiva storica.

andrebbe escluso che l'obbligo sopravviva al pagamento frazionandosi tra i condebitori¹¹⁰.

Secondo questa impostazione, il presupposto del diritto di regresso andrebbe individuato nel «puro e semplice vantaggio che gli altri consorti ritraggono dal pagamento»¹¹¹. Il debitore che esegue l'intera prestazione dovuta, si afferma, adempie «nell'interesse proprio», e l'estinzione di cui si giovano anche gli altri consorti è in realtà da ascrivere alla connessione tra i vincoli solidali (o all'identità dell'obbligo, se si accede alla tesi dell'obbligazione in solido come debito unitario). Non è richiesta l'intenzione del *solvens* di procurare un vantaggio ai consorti o di acquisire il credito di regresso¹¹². Il regresso tra condebitori non rifletterebbe lo schema della gestione d'affari altrui, per difetto dell'«*animus aliena negotia gerendi*»¹¹³; corrisponderebbe, piuttosto, ai «principii dell'arricchimento in senso ampio»¹¹⁴, benché non sia espressione specifica dell'azione di arricchimento ingiustificato ai sensi dell'art. 2041 cod. civ., la quale, per via della sussidiarietà disposta dall'art. 2042 cod. civ., non può essere invocata dal coobbligato che effettua il pagamento, poiché costui può fondare la pretesa al rimborso sui rapporti interni ai condebitori in solido, il quali già sussistono al momento dell'adempimento e della liberazione dei coobbligati¹¹⁵.

Anche altra dottrina, nel precisare la ragione giustificativa e lo scopo del regresso, che costituirebbe un diritto «nuovo e autonomo»¹¹⁶, afferma che il «regresso legale ha per fondamento il principio della ripartizione interna della prestazione», e inoltre che il riconoscimento di tale diritto è volto a realizzare il «riequilibrio interno del carico della prestazione», reso necessario dal fatto che ciascun consorte, nei rapporti esterni, è obbligato all'adempimento della totalità del debito¹¹⁷.

In un'ottica non molto dissimile si colloca anche il tentativo di rivenire il fondamento del regresso nella considerazione per cui nella solidarietà passiva i risultati

¹¹⁰ D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit., p. 221.

¹¹¹ D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit., p. 231.

¹¹² D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit., p. 231.

¹¹³ D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit., p. 231. Per l'estraneità del regresso allo schema della gestione d'affari altrui v. anche A. RAVAZZONI, voce *Regresso*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XV, Torino, 1968, p. 358; C. SCUTO, *Teoria generale delle obbligazioni con riguardo al nuovo codice civile*, pt. I, 3^a ed., Napoli, 1950, p. 318 (difetterebbe la spontaneità dell'intervento: il condebitore, pagando l'intero, tiene in realtà un comportamento a cui è giuridicamente tenuto).

¹¹⁴ D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit., p. 231, sul rilievo che «gli altri condebitori conseguono pur sempre un arricchimento, se non sotto la forma positiva dell'acquisto di un diritto, almeno sotto quella negativa della liberazione da un'obbligazione». Anche C. SCUTO (*Teoria generale delle obbligazioni con riguardo al nuovo codice civile*, I³, cit., p. 318) rinviene la ragione giustificativa del regresso, quando il regresso stesso non si basi su «rapporti speciali» tra i consorti, in quella di evitare l'arricchimento ingiustificato dei coobbligati, consistente nella liberazione dal vincolo, in danno del *solvens*. Ma secondo un'altra opinione (v. A. RAVAZZONI, voce *Regresso*, cit., p. 358), il regresso non corrisponde al modello dell'azione di ingiustificato arricchimento; quanto all'azione prevista dall'art. 2041 cod. civ. si osserva che l'adempimento del coobbligato non sarebbe privo di fondamento giustificativo e inoltre il regresso non sarebbe circoscritto necessariamente al depauperamento del condebitore adempiente, al quale, anzi, ancorché non consti che egli avrebbe destinato le somme a un impiego produttivo, spetterebbero gli interessi nella misura legale o in quella maggiore eventualmente stabilita per il credito da lui adempiuto; quanto alle ipotesi speciali di tutela a fronte di un arricchimento senza giusta causa, mancherebbe «una figura con sostanziale analogia» rispetto al regresso. In giurisprudenza, ritiene che «l'azione di regresso [...] ha il suo fondamento nel principio in senso ampio dell'arricchimento senza causa» Cass., 19 gennaio 1984, n. 459, cit.

¹¹⁵ D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit., 231.

¹¹⁶ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, cit., p. 724.

¹¹⁷ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, cit., p. 717.

del pagamento integrale, ancorché conformi alla regola posta dal vincolo obbligatorio, possono non essere congruenti rispetto all'«interesse sostanziale *proprio* delle parti a cui l'atto si riferisce»¹¹⁸, o in altri termini, risultare non adeguati rispetto al «presupposto economico sociale corrispondente»¹¹⁹. Quando ciò accade, l'ordinamento interviene per rimuovere il «depauperamento ingiustificato del *solvens*» mediante il riconoscimento in suo favore del diritto di agire in regresso¹²⁰.

Più precisamente, secondo questa prospettazione, il vincolo gravante su ogni debitore in solido corrisponderebbe a un «interesse pratico» non esclusivamente riferibile a quel particolare obbligato, ma parzialmente o integralmente riferibile ad altri consorti¹²¹; e pur dovendosi escludere che i vincoli gravanti sui debitori siano costituiti da «una somma di debiti parziali»¹²², nondimeno «parziali» sarebbero gli interessi posti alla base degli obblighi dei debitori¹²³. E così, poiché una volta eseguito il pagamento verrebbe in rilievo la «divisione» degli interessi riferibili a ciascun debitore (esclusa l'ipotesi dell'obbligazione in solido corrispondente all'interesse di un solo soggetto), sarebbe proprio alla «parte corrispondente all'interesse di ognuno» che si conformerebbe, quanto al suo oggetto, il diritto di rimborso del *solvens* verso i coobbligati¹²⁴.

Non è difficile avvedersi di come alla base delle opinioni di questo filone si ritrovi, in maniera più o meno spiccata, l'idea per cui ciascun obbligato, nei casi di solidarietà a interesse comune, sarebbe, in definitiva, propriamente tenuto per una specifica parte del debito comune, a lui riferibile in base a un nesso più stretto rispetto al resto dell'obbligazione¹²⁵.

¹¹⁸ O. BUCCISANO, *La surrogazione per pagamento*, cit., p. 11 (corsivo nel testo).

¹¹⁹ O. BUCCISANO, *La surrogazione per pagamento*, cit., pp. 12 s. Secondo l'a. citato, l'arricchimento di chi riceve il pagamento e l'impovertimento di chi lo effettua troverebbero la propria giustificazione, da un lato, nella «esigenza giuridica espressa dal rapporto obbligatorio (titolo in senso formale)», e dall'altro, nella «esigenza economico sociale (titolo in senso sostanziale) sottostante al rapporto» (*op. cit.*, p. 7); inoltre, con riferimento all'aspetto «sostanziale» alla base del rapporto obbligatorio, si precisa che «La posizione soggettiva passiva su cui si fonda l'obbligo è caratterizzata da un interesse pratico del debitore [...] ovvero da un fatto illecito (contrattuale o extracontrattuale) imputabile al debitore medesimo» (*op. cit.*, pp. 9 s.).

¹²⁰ O. BUCCISANO, *La surrogazione per pagamento*, cit., p. 13. Si precisa che il regresso tende a rimuovere il «depauperamento ingiustificato» di chi effettua il pagamento, e non l'«arricchimento ingiustificato» di un altro soggetto in ipotesi tenuto alla prestazione: infatti, un tale arricchimento consisterebbe nell'estinzione dell'obbligo, ma il regresso non presuppone necessariamente il verificarsi di tale vicenda, e quindi non richiede che l'obbligato, con la liberazione dal vincolo, ottenga un arricchimento; sicché l'azione si ricollega, piuttosto, all'impovertimento di chi esegue il pagamento (*op. cit.*, p. 65, nt. 104). Ma sul valore assegnato, in relazione al meccanismo del regresso, alla differenza tra arricchimento e depauperamento, v. i rilievi di U. SALVESTRONI, *La solidarietà fideiussoria*, cit., p. 118: «In verità la distinzione a noi sembra abbastanza evanescente essendo i fenomeni necessariamente interdipendenti; e pur tuttavia il riferimento all'arricchimento-depauperamento, in senso ampio, è certamente esatto; ma l'ampiezza con cui va inteso può far dubitare che sia utile».

¹²¹ O. BUCCISANO, *La surrogazione per pagamento*, cit., p. 16, secondo il quale «ciascun debitore è tale non soltanto nell'interesse proprio, ma anche nell'interesse di ciascuno altro».

¹²² O. BUCCISANO, *La surrogazione per pagamento*, cit., pp. 16 s., il quale (*ivi* nt. 23), rinvia alle considerazioni di G. BRANCA, *Obbligazioni solidali, correali, collettive*, cit., p. 157.

¹²³ O. BUCCISANO, *La surrogazione per pagamento*, cit., p. 16.

¹²⁴ O. BUCCISANO, *La surrogazione per pagamento*, cit., p. 18 s.

¹²⁵ Sembra evocare quest'idea anche l'affermazione di F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. III, 9^a ed., Milano, 1959, p. 545, secondo cui «Meglio del concetto di *rappresentanza reciproca*, o di *fideiussione mutua*, fra condebitori in solido [...] serve, a spiegare il diritto di regresso, nei rapporti fra i condebitori medesimi, il concetto di *comunione di interessi* (arg. 1298); per il quale, ciascun

Un diverso orientamento si pone in senso critico rispetto alle impostazioni appena esaminate. Si rileva che esse costituirebbero entrambe sviluppo della non accettabile «tesi di fondo di una solidarietà-sovrastuttura rispetto ad una sottostante struttura di obbligazione parziaria»¹²⁶. Lungi dal poter aderire a una concezione della solidarietà come mero carattere estrinseco – e concernente, in particolare, il rapporto esterno tra debitori e creditore – rispetto a un’obbligazione che conserva una natura essenzialmente parziaria, si pone l’accento sulla chiara opposizione tra solidarietà e parziarietà e si prospetta una nozione di obbligazione in solido come «modo di essere e forma complessiva di rapporti obbligatori con pluralità di soggetti e considerati nel loro rapporto esterno ed interno»¹²⁷. Un’importante implicazione di questo approccio è che «il problema dei rapporti interni tra i debitori e i creditori non è altro dalla solidarietà ma riguarda l’aspetto interno di essa e cioè la rifrazione dell’*idem debitum* nei rapporti interni tra consorti»¹²⁸. Più precisamente, la divisione dell’obbligazione fra i condebitori o i concreditori, prevista dall’art. 1298, 1° co., cod. civ., non andrebbe concepita come un «dividersi in senso naturalistico», quanto piuttosto come «un particolare atteggiarsi della obbligazione solidale *post factum* (e cioè dopo il pagamento) nei rapporti interni tra i debitori (o i creditori)»; ne deriva che il regresso a favore del *solvens* non è configurabile come «credito *ex novo*», bensì rappresenta un «effetto o aspetto dell’obbligazione solidale nel suo lato <interno>»¹²⁹.

condebitore è tenuto a corrispondere al *solvens*, la parte di debito, che gli era propria e che aveva interesse a vedere comunque estinta e che il *solvens* ha estinto. L’azione di regresso è, pertanto, il mezzo, col quale si provvede a *dividere*, fra tutti i condebitori interessati, il peso dell’adempimento. Invece, se (come la legge [1298 primo comma in fine] ammette) l’obbligazione solidale sia stata assunta nell’*interesse esclusivo* di alcuno di essi, non vi è luogo a regresso (o è ristretto fra gli interessati), poiché viene a mancare il presupposto (comunione di interessi)» (corsivi nel testo).

¹²⁶ Si fa riferimento all’opinione di A. DI MAJO, voce *Obbligazioni solidali*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, pp. 317 ss., con riguardo alle tesi di G. AMORTH e D. RUBINO, riferite *supra*. In senso adesivo rispetto a questa impostazione v. A. RICCIO, *Le diverse specie di obbligazioni: pecuniarie, alternative, solidali, indivisibili*, in M. FRANZONI (a cura di), *Le obbligazioni*, I, *L’obbligazione in generale (1173-1320 C.C.)*, t. II, Torino, 2004, pp. 1240 ss.

¹²⁷ A. DI MAJO, voce *Obbligazioni solidali*, cit., p. 319. Secondo R. MICCIO, *Delle obbligazioni in generale. Artt. 1173-1320*, 3ª ed., in *Commentario del codice civile UTET*, Torino, 1982, p. 686, l’art. 1298 «descrive gli aspetti interni dell’obbligazione in solido integrandone la nozione esterna posta con l’art. 1292».

¹²⁸ A. DI MAJO, voce *Obbligazioni solidali*, cit., p. 319.

¹²⁹ A. DI MAJO, voce *Obbligazioni solidali*, cit., p. 319; in tale prospettiva – si osserva – perderebbe di significato la ricerca di «un autonomo «fondamento» o causa del regresso che sia altro dal fondamento della stessa obbligazione solidale riguardata *post factum*». A questa ricostruzione aderiscono G.F. CAMPOBASSO, voce *Regresso (azione di)*, cit., p. 2 (dell’estratto): «Appare [...] corretto affermare che l’azione di regresso dell’obbligato solidale si presenta come istituto di carattere generale in quanto effetto *ex lege* o aspetto dello stesso vincolo solidale nel suo lato interno [...]. Effetto costante e tipico che trova fondamento assorbente nell’utilità che gli altri obbligati oggettivamente ritraggono dall’effetto liberatorio per tutti che al pagamento consegue nei rapporti esterni»; C.M. MAZZONI, *Le obbligazioni solidali e indivisibili*, cit., p. 761. V. anche, in questo filone, A. PISANI MASSAMORMILE, *Il “regresso” del fideiussione nel fallimento del debitore principale*, in *Dir. e giur.*, 1984, p. 383, nt. 90, secondo il quale il condebitore adempiente fa valere, in via di regresso, non il diritto già spettante al creditore ma «un diritto *proprio*» (corsivo nel testo), ciò che spiega, in particolare, l’impossibilità per l’attore in regresso di avvalersi delle garanzie relative al diritto del comune creditore, garanzie che si estinguerebbero con l’adempimento integrale insieme con il credito garantito; l’a. citato, richiamando in senso adesivo la tesi di A. DI MAJO, precisa che «se è giusto evitare la suggestione delle formule aderendo alla teoria del <diritto nuovo>, appare [...] più appropriato parlare di <derivazione> del diritto di regresso non dal diritto del creditore, bensì dall’obbligazione solidale complessivamente considerata».

2. Il momento della nascita del diritto di regresso

In relazione al problema del momento della nascita del diritto di regresso, due sono le soluzioni che sono state prospettate. Naturalmente si prendono qui in considerazione gli orientamenti che riconoscono autonomia al regresso, rifiutandone l'assimilazione alla surrogazione.

Una parte della dottrina, pur con varietà di formulazioni, tende ad affermare che il regresso sorge al momento dell'adempimento da parte di uno dei condebitori¹³⁰.

Diversa è l'impostazione di quanti, individuato uno stretto legame tra la figura della solidarietà e il meccanismo del regresso, preferiscono individuare la radice del regresso, più che nel pagamento da parte di uno dei debitori, nello stesso carattere solidale dell'obbligazione. Si considera, così, il regresso come «effetto od aspetto dell'obbligazione solidale nel suo lato <interno>». Un tale approccio, si sostiene, priva d'altra parte di rilevanza «il problema di un autonomo <fondamento> o causa del regresso che sia altro dal fondamento dell'obbligazione solidale riguardata *post factum*»¹³¹.

3. Il regresso fra condebitori in presenza di un rapporto interno particolare di fonte negoziale o legale

¹³⁰ Cfr. A. RAVAZZONI, voce *Regresso*, cit., p. 360, secondo il quale «l'azione di regresso sorge per il fatto del pagamento», e inoltre deve considerarsi il «momento del pagamento» quale «momento della nascita dell'azione»; v. anche G.F. CAMPOBASSO, voce *Regresso (azione di)*, cit., p. 4: il regresso sarebbe da intendere «come diritto che sorge per effetto del pagamento»; v., però, *op. cit.*, p. 2, per l'adesione alla tesi di A. DI MAJO – su cui v. *infra* – che concepisce il regresso quale «effetto *ex lege* o aspetto dello stesso vincolo solidale nel suo lato interno».

¹³¹ Cfr. A. DI MAJO, voce *Obbligazioni solidali (e indivisibili)*, cit., p. 319. Aderisce a questa ricostruzione C.M. MAZZONI, *Le obbligazioni solidali e indivisibili*, cit., pp. 761 s., che afferma: «non è il semplice fatto del pagamento presso il creditore a far sorgere il diritto di regresso. Questo infatti preesiste fin dal momento del sorgere dell'obbligazione solidale. Ne è limitato solamente l'esercizio fino al momento del pagamento» (*op. cit.*, p. 762); similmente, v. G. CORAPI, *Regresso e surrogazione nelle obbligazioni solidali*, Padova, 2010, pp. 23 ss. V. anche A. ZACCARIA, *La prestazione in luogo dell'adempimento. Fra novazione e negozio modificativo del rapporto*, Padova, 1987, p. 340: il diritto di regresso, «pur divenendo attuale soltanto con l'adempimento (o la prestazione in luogo dell'adempimento), costituisce un elemento caratterizzante l'obbligazione solidale, sul piano delle relazioni interne fra i coobbligati, sin dal momento in cui viene convenuto il vincolo»; A. RICCIO, *Le diverse specie di obbligazioni: pecuniarie, alternative, solidali, indivisibili*, in M. FRANZONI (a cura di), *Le obbligazioni, I, L'obbligazione in generale (1173-1320 C.C.)*, t. II, Torino, 2004, p. 1243 («Il diritto di regresso e gli obblighi di rimborso e di restituzione, rilevanti ai fini dei rapporti interni, nascono [...] con la costituzione del complesso rapporto obbligatorio solidale, ma il loro esercizio è subordinato alla condizione dell'estinzione del rapporto esterno, che avverrà con l'adempimento dell'obbligazione solidale»). In giurisprudenza, v., in motivazione, Trib. Milano, 16 giugno 1986, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1988, II, 366, con nota di P. PISCITELLO, *Rinuncia alla surroga e regresso del confideiussore che ha adempiuto parzialmente il debito garantito*: «È infatti esatto che, nel rapporto interno, il diritto di regresso sorge con l'assunzione dell'obbligazione solidale (e ciò, infatti, ad avviso del Collegio, legittima la richiesta da parte del coobbligato di una misura cautelare anche prima del pagamento del creditore della propria quota di debito), ma la legittimazione ad agire in via di regresso, per ottenere il rimborso di quanto pagato in più rispetto alla propria quota spetta solo dopo che un tale pagamento sia avvenuto, non prima».

In relazione alle questioni del fondamento e del contenuto del regresso fra condebitori, un particolare significato sembra da attribuire alla presenza di un particolare rapporto interno fra i condebitori di fonte legale o, soprattutto, di fonte negoziale.

Un tale rapporto di regola sussiste, come è stato persuasivamente affermato in dottrina¹³², quando più soggetti abbiano assunto «congiuntamente»¹³³, vale a dire «in reciproco accordo»¹³⁴, l'obbligazione come debitori in solido, perché in tal caso tra i condebitori vi sarà un contratto, generalmente di società o di mandato, dal quale si potranno desumere, fra l'altro, le rispettive quote di riparto interno e i presupposti del regresso¹³⁵. È di conseguenza tale contratto a costituire il «fondamento» del regresso¹³⁶.

Senza dover prendere posizione in questa sede sulla questione se tale rapporto di fonte negoziale escluda un regresso di fonte legale connesso all'obbligazione in solido come tale oppure concorra con esso¹³⁷, si può peraltro affermare che la disciplina del regresso sia quella dettata dal contratto o dal diverso rapporto particolare che lega i condebitori¹³⁸, in particolare quanto alla prescrizione e alla misura delle rispettive quote.

La previsione legislativa di un regresso per quote virili non è ciononostante priva di significato; in relazione alle obbligazioni solidali di fonte contrattuale, svolge soprattutto il ruolo di «presunzione» in favore di un regresso secondo quote uguali nei casi in cui il rapporto interno non possa essere provato o non ne possa essere determinato il contenuto¹³⁹.

Con riguardo ai casi in cui i condebitori sono legati da uno specifico rapporto interno, tendenzialmente di fonte contrattuale, il tentativo di giustificare il diritto di regresso in base ai particolari caratteri dell'obbligazione solidale trascura il fatto che in simili ipotesi la ripartizione interna fra i soggetti coinvolti non risente necessariamente del regime di responsabilità nei rapporti esterni, cosicché la questione della suddivisione del peso del debito è rimessa alle regole desumibili dal rapporto interno senza che assuma importanza il fatto che tutti i soggetti coinvolti siano tenuti in solido verso il creditore, o siano invece obbligati in via parziaria o, infine, soltanto uno di essi risulti responsabile verso il creditore¹⁴⁰. E infatti, come è stato efficacemente osservato, «l'esigenza di un regresso in caso di debiti in solido di fonte contrattuale non è maggiore dell'esigenza di un regresso in favore dell'unico responsabile [nei rapporti esterni] che non debba sopportare il debito nel rapporto interno»¹⁴¹.

4. L'individuazione delle eccezioni opponibili in sede di regresso: quadro delle soluzioni proposte dalla dottrina

¹³² S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., spec., in forma conclusiva, pp. 384 ss.

¹³³ Impiega l'espressione «gemeinschaftlich» S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 385.

¹³⁴ «[...] in gegenseitiger Abstimmung»: S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 385.

¹³⁵ Così, quasi testualmente, S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 385.

¹³⁶ S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 385.

¹³⁷ Conclude nel primo senso S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., pp. 384 ss.; perplessità su questa affermazione mostra tuttavia H. EHMANN, *Gesamtschulden – Abschied von der Einheits-Gesamtschuld?*, in *Archiv für die zivilistische Praxis*, 211, 2011, pp. 518 s.

¹³⁸ Cfr. S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 385.

¹³⁹ S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 385, che parla in proposito di «Vermutungsfunktion» del § 426 Abs. 1 BGB.

¹⁴⁰ S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., pp. 384 s.

¹⁴¹ S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 385.

Sul problema di quali siano le eccezioni opponibili da parte del condebitore convenuto in regresso non vi è unanimità di vedute fra gli interpreti¹⁴². Secondo una prima opinione¹⁴³, al condebitore che esercita il regresso potrebbero essere opposte tutte le eccezioni che spettavano verso il creditore all'obligato al quale viene chiesto il rimborso: sarebbero invocabili, quindi, le eccezioni comuni, quelle semplicemente personali e quelle strettamente personali¹⁴⁴. Il regresso, si argomenta, postula che la liberazione dal vincolo di un condebitore sia riconducibile all'attività solutoria di un altro, cosa che invece non accade se il consorte può contare su un'eccezione, eventualmente anche solo dilatoria, perché in forza di tale eccezione il condebitore convenuto avrebbe potuto contrastare la pretesa creditoria, o quantomeno ritardarne

¹⁴² In generale sui presupposti del regresso v. G. ROSSETTI, in G. ROSSETTI e M. DE CRISTOFARO, *Le obbligazioni solidali*, in *Tratt. obbl.*, diretto da L. Garofalo e M. Talamanca, vol. V, *Le figure speciali*, Padova, 2010, pp. 782 ss., e sulle eccezioni opponibili nei rapporti interni G. ROSSETTI, *op. ult. cit.*, pp. 789 s.; G. SICCHIERO, voce *Regresso*, in *Dig.*, 4^a ed., *disc. priv., sez. civ., Agg.*, VII, Torino, 2012, pp. 833 ss.; A. RICCIO, *Le diverse specie di obbligazioni: pecuniarie, alternative, solidali, indivisibili*, cit., pp. 1256 ss.

¹⁴³ Si segue in particolare il ragionamento svolto da D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit., p. 248. L'opponibilità di tutte le eccezioni in sede di regresso è sostenuta in dottrina anche da B. CARPINO, *Del pagamento con surrogazione. Art. 1201-1205*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca* a cura di F. Galgano, cit., p. 83; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, cit., p. 718 (secondo cui i condebitori convenuti in regresso potrebbero sollevare «in linea di massima le stesse eccezioni che avrebbero potuto opporre al creditore»); A. RAVAZZONI, voce *Regresso*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XV, 1968, p. 359, che così si esprime: «Il diritto di regresso deriva direttamente, come conseguenza immediata, dall'adempimento di una obbligazione. Naturalmente, tale rapporto di derivazione causale incide in modo assai rilevante sulla natura del diritto in esame (anche se, appunto, esso è diverso da quello originante dalla surrogazione). In particolare, si deve ritenere come caratteristica costante e tipica quella della possibilità, da parte dell'obligato in sede di regresso, di opporre al condebitore le eccezioni che egli avrebbe potuto opporre al creditore, se fosse stato chiamato all'adempimento»; M. TICOZZI, *Studio sulle obbligazioni solidali*, Padova, 2012, pp. 203 ss.

¹⁴⁴ Sulla distinzione tra questi tipi di eccezione v. D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit., pp. 212 ss. Secondo la dottrina richiamata, ricorre un fatto strettamente personale qualora «il fatto si verifichi solo per un condebitore o concreditore, e operi sull'obbligazione non direttamente ma attraverso un particolare stato, una particolare condizione che esso venga a determinare sulla persona di quel consorte, di guisa che gli effetti sull'obbligazione siano solo una conseguenza di quello stato, di quella condizione». Costituiscono un fatto strettamente personale, ad esempio: la sospensione della prescrizione nei confronti di uno dei consorti; l'intervenuta cessione del credito notificata ad un solo debitore e non accettata o conosciuta dagli altri; le cause che «determinano la nullità o l'annullabilità del negozio per un solo condebitore o concreditore (ad es., un vizio di capacità o della volontà)» (*op. cit.*, pp. 214 s.). Si precisa che «non sono fatti strettamente personali, e non danno luogo ad eccezioni di tal genere, le convenzioni con cui un consorte stipuli per sé solo una particolare modalità dell'obbligazione (ad es., una condizione o un termine)» (*op. cit.*, p. 217). Sono eccezioni «semplicemente personali» quelle fondate su fatti «che si verificano direttamente nei confronti di un solo condebitore o concreditore, ma operano direttamente sull'obbligazione»; se si tratta di fatti con effetti «indivisibili», si comunicheranno anche agli altri per l'intera prestazione se favorevoli, o resteranno irrilevanti se sfavorevoli; qualora gli effetti siano «divisibili», favorevoli o no, rileveranno per gli altri in misura corrispondente alla quota del condebitore interessato (*op. cit.*, p. 218; sulla distinzione tra fatti produttivi di effetti divisibili e fatti produttivi di effetti indivisibili, v. pp. 157 ss.). Le eccezioni comuni, infine, derivano da fatti «indipendenti dalla sfera personale di uno od altro singolo consorte, e che per loro natura concernono ugualmente tutti i consorti» (*op. cit.*, p. 217); rientrano in questo gruppo le circostanze concernenti, in special modo, la fonte del rapporto obbligatorio, come nel caso di contratto nullo perché privo della forma *ad substantiam* o perché caratterizzato da causa illecita; la «prestazione oggettivamente considerata», come in ipotesi di impossibilità, tanto iniziale quanto successiva; le «vicende del rapporto nel suo complesso», in particolare, tra le altre, «il pagamento, la *datio in solutum* fatta o ricevuta su accordo di tutti i consorti, la risoluzione per inadempimento dell'altra parte contrattuale» (*op. cit.*, pp. 217 s.; citazioni a p. 218).

l'esercizio. Si giustifica così l'opponibilità anche delle stesse eccezioni strettamente personali¹⁴⁵, ancorché le eccezioni di questo tipo di non siano fra quelle che il *solvens* avrebbe potuto invocare nei confronti del creditore¹⁴⁶. Se si tratta invece di eccezioni comuni o semplicemente personali, un ulteriore argomento a sostegno dell'opponibilità in sede di regresso consiste in ciò, che può rimproverarsi al condebitore adempiente di non essersene avvalso nei confronti del creditore. Sempre a sostegno dell'opponibilità di tutte le eccezioni già spettanti contro il creditore, si è poi ritenuto che questa conclusione troverebbe conferma nel «principio di fondo che preserva i condebitori solidali dagli effetti sfavorevoli dell'agire di uno di essi», principio che sarebbe invece sacrificato qualora si ritenessero non invocabili tali eccezioni¹⁴⁷.

La possibilità per il convenuto in regresso di invocare tutte le eccezioni (comuni, semplicemente o strettamente personali) che gli sarebbero spettate contro il creditore è però stata contestata da un'altra parte della dottrina.

Il regresso, data la sua indipendenza rispetto al diritto spettante al creditore¹⁴⁸, possiederebbe «caratteri strutturali e funzionali» tali da far escludere la generale opponibilità delle eccezioni nei rapporti interni¹⁴⁹. Dalla lettura congiunta degli artt.

¹⁴⁵ D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit., p. 213.

¹⁴⁶ Le conseguenze di un fatto strettamente personale a uno dei consorti non si ripercuotono sul vincolo degli altri, neppure per la sola quota del debitore a cui la circostanza si riferisce: v. D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit., p. 213, seguito da M. TICOZZI, *Studio sulle obbligazioni solidali*, cit., p. 206. In sede di regresso, la parte del debitore il cui obbligo non sussiste o viene meno a motivo di un fatto strettamente personale è sopportata dagli altri in rapporto alla quota spettante a ciascuno, similmente a quanto accade in caso di insolvenza, secondo l'art. 1299, cpv., cod. civ. (D. RUBINO, *op. cit.*, p. 216). Qualora la partecipazione di un consorte sia nulla o annullabile e la circostanza fosse ignota agli altri al momento della stipulazione del negozio da parte loro, saremmo di fronte a un errore, che potrebbe comportare, sussistendone i presupposti, l'annullabilità dell'atto; con l'annullamento, in questo caso, verrebbe caducato l'intero negozio e il rapporto eliminato *in toto*, e non semplicemente decurtato della parte riferibile al debitore in relazione al quale sussisteva l'originaria causa di invalidità. La caducazione integrale avrebbe luogo «per i contratti meramente obbligatori e per quelli traslativi in cui l'invalidità si verifici per uno degli acquirenti in solido». Diversamente, quando «in un contratto traslativo (ad es., vendita di cosa comune fatta congiuntamente da tutti i comproprietari) l'invalidità si verifica per uno degli alienanti in solido, il contratto diviene annullabile per intero, cioè anche nei confronti degli altri alienanti e per le quote di costoro, essendo la volontà delle parti nel senso che la cosa non dovesse essere alienata che per intero; ma nei confronti degli altri alienanti, cioè per le quote di costoro, l'annullabilità è invocabile solo dall'acquirente, che quindi può anche rinunziarvi, perché solo suo è l'interesse a che il trasferimento abbracci l'intera cosa» (D. RUBINO, *op. cit.*, 217, note omesse). Un'altra ricostruzione è quella proposta da C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, cit., p. 716, secondo il quale le «cause di nullità del titolo» che siano «relative solo ad alcuno dei rapporti solidali» potrebbero essere invocate contro il creditore dai condebitori estranei a tale rapporto - in deroga alla regola dell'inopponibilità delle eccezioni personali di cui all'art. 129, 1° co., cod. civ. - «nei limiti della quota del rapporto invalido»; per un'analogia soluzione, v. M. GIORGIANNI, voce *Obbligazione solidale e parziaria*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XI, Torino, 1965, p. 679, che così si esprime: «Il caso più evidente, nel quale opera il principio statuito dall'art. 1297 è costituito dalla invalidità della fonte negoziale relativamente ad uno solo dei debitori o dei creditori, a causa di una situazione personale di costui, ad es., incapacità o vizio della volontà. Si ritiene, tuttavia, giustamente, che la nullità opera per tutti, e che pertanto non è dovuta da nessuno la «parte» di quel debitore o creditore, il cui vincolo sorge da negozio nullo».

¹⁴⁷ Per questo argomento, v. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, cit., p. 718.

¹⁴⁸ Cfr. F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa. Profili sistematici*, cit., pp. 428s., che riprende l'affermazione di D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit., p. 233, secondo cui il regresso costituisce «un diritto nuovo [...] e non la continuazione dell'originario credito».

¹⁴⁹ Cfr. F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, cit., p. 429. V. anche F.M. ANDREANI, voce *Regresso (azione di)*, cit., pp. 714 s., secondo cui la tesi che volesse sostenere la piena opponibilità nei rapporti interni delle eccezioni comuni sarebbe incompatibile con l'idea dell'indipendenza del regresso rispetto al diritto spettante al creditore; non dovrebbe poi trascurarsi che

1299, 1° co., e 1297, cod. civ., si trae inoltre l'ipotesi di «una ripartizione degli ambiti di opponibilità delle varie eccezioni». Le eccezioni personali, inopponibili al creditore da parte del condebitore al quale non si riferiscono, potrebbero essere fatte valere dal loro titolare per contrastare la pretesa di un altro condebitore che agisca in regresso, mentre le altre, invocabili nei confronti del creditore da parte di tutti i condebitori, non potrebbero essere sollevate in fase di regresso. I rispettivi ambiti di rilevanza appaiono così costituiti dai «rapporti interni» per le eccezioni personali di cui all'art. 1297, 1° co., cod. civ. e dai «rapporti esterni» per le altre eccezioni¹⁵⁰. L'impossibilità di opporre tutte le eccezioni in sede di regresso si ricaverebbe altresì considerando il disposto dell'art. 1952, cpv., cod. civ. Questa norma implicherebbe l'impossibilità per il debitore di invocare contro il fideiussore le eccezioni che aveva nei confronti del creditore, ammettendo l'opponibilità di tali eccezioni solo per il caso in cui il garante non lo abbia avvisato del pagamento. Ma la stessa inopponibilità dovrebbe affermarsi anche per le ipotesi di «condebito solidale», perché l'obbligazione fideiussoria non potrebbe essere soggetta a una disciplina più severa¹⁵¹.

In una prospettiva non dissimile, sempre esclusa la rilevanza delle eccezioni comuni, si è cercato di restringere anche l'ambito delle eccezioni personali opponibili nei rapporti interni. In sede di regresso potrebbero essere invocate quelle eccezioni personali «che tendono a mettere in discussione la stessa qualità di membro del condebito», come nel caso di incapacità o di vizio del consenso¹⁵².

Altre eccezioni di carattere personale, invece, non potrebbero essere sollevate per contrastare la pretesa in regresso del condebitore adempiente¹⁵³. Si tratta, in particolare, di quelle derivanti da «un rapporto giuridico diverso dal rapporto soggettivamente

dalla lettura congiunta degli artt. 1949 e 1952 cod. civ. deriva la possibilità di una intensa restrizione anche alla proponibilità delle eccezioni nei confronti del fideiussore che eserciti la propria pretesa al rimborso verso il debitore principale mediante la surrogazione ex art. 1949, cod. civ. Va precisato che secondo l'impostazione richiamata il fideiussore non avrebbe verso il debitore principale un diritto di regresso distinto rispetto alla surrogazione, ma disporrebbe soltanto di quest'ultimo strumento (cfr. *op. cit.*, pp. 716 s.).

¹⁵⁰ Cfr. F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, cit., pp. 429 s.; aderiscono a questa ricostruzione M. ORLANDI, *La responsabilità solidale. Profili delle obbligazioni solidali risarcitorie*, Milano, 1993, pp. 303 s., e A. GNANI, *La responsabilità solidale. Art. 2055*, in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2005, p. 235. *Contra* G.F. CAMPOBASSO, voce *Regresso (azione di)*, cit., p. 4: «Urta fra l'altro contro giustizia sostanziale che un condebitore non possa vedersi opposte quelle eccezioni (comuni) che avrebbe potuto utilmente far valere nei confronti del creditore e debba invece subire quelle (personali) a lui precluse nei rapporti esterni».

¹⁵¹ Sul punto F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, cit., pp. 430 s., rinvia all'affermazione, resa in un contesto diverso, di M. FRAGALI, *Delle obbligazioni*, cit., p. 300, secondo cui la «obbligazione fideiussoria, [...] se pure solidale, non può ammettere un regime più rigoroso di quello apprestato per la obbligazione solidale ordinaria», .

¹⁵² Cfr. F.M. ANDREANI, voce *Regresso (azione di)*, cit., p. 713. L'a. citato colloca fra le eccezioni personali anche quelle «miranti a realizzare un equilibrato riparto del peso economico dell'obbligazione fra i condebitori, in proporzione alla cointeressenza di ciascuno di essi nell'affare, nonché alla gravità della colpa ai medesimi imputabile»; tali eccezioni non sono mai opponibili al creditore e la loro rilevanza è differita al momento del regresso. Per l'opponibilità nei rapporti interni delle eccezioni personali spettanti al convenuto in regresso, v. anche A. GNANI, *La responsabilità solidale*, cit., pp. 236 s., purché si tratti di eccezioni relative alla partecipazione alla comunione del debito; non sarebbe opponibile, ad esempio, l'eccezione di prescrizione in caso di coobbligati i cui vincoli verso il creditore sono soggetti a periodi prescrizionali diversi (come nel caso dell'appaltatore e del direttore dei lavori), perché una simile eccezione «non involge un discorso sulla [...] quota di condebito» del convenuto in regresso.

¹⁵³ Cfr. F.M. ANDREANI, voce *Regresso (azione di)*, cit., p. 714, testo e nt. 45.

complesso ed al quale sia estraneo il *solvens*»: fra queste si annovera l'ipotesi della «dilazione di pagamento concessa dal creditore ad uno solo dei coobbligati».

Completamente opposta è invece la prospettiva di chi sostiene che «il regime delle eccezioni in sede di regresso non può essere diverso da quello operante nei rapporti esterni»¹⁵⁴; il debitore richiesto del rimborso in via di regresso potrà di conseguenza opporre soltanto quelle eccezioni che il consorte adempiente avrebbe potuto sollevare nei confronti del creditore: saranno così opponibili le eccezioni comuni, in quanto invocabili anche dal coobbligato che ha effettuato il pagamento, ma non quelle personali al convenuto in regresso, perché il *solvens* non poteva servirsene per contrastare la pretesa del creditore¹⁵⁵.

Le eccezioni opponibili al creditore potrebbero essere fondate anche su particolari modalità dell'obbligazione di un singolo debitore (cfr. art. 1293 cod. civ.). Anche per tali circostanze si pone pertanto il problema della loro rilevanza nei rapporti interni.

Parte della dottrina propende, in via tendenziale, per la generale opponibilità anche nei rapporti interni delle modalità del singolo vincolo, senza distinguere tra quelle che trovano fondamento in un accordo con il creditore e quelle costituite da meri fatti¹⁵⁶.

Da altri si propone una ricostruzione più articolata¹⁵⁷.

Si ipotizza anzitutto che la particolare modalità dell'obbligazione di uno dei consorti venga determinata mediante un accordo, indifferentemente contestuale o posteriore al

¹⁵⁴ Cfr. G.F. CAMPOBASSO, voce *Regresso (azione di)*, cit., p. 4, che trae la regola dalla lettura dell'art. 1952, cpv., cod. civ. e dell'art. 1945 cod. civ. Si sostiene che sul garante incomberebbe il dovere di far valere contro il creditore tutte le eccezioni opponibili ai sensi dell'art. 1945 cod. civ., e che a ciò sarebbe funzionale la preventiva comunicazione del pagamento di cui al cpv. dell'art. 1952 cod. civ.; al mancato adempimento di tale dovere conseguirebbe la soggezione del garante al potere del debitore richiesto del rimborso di avvalersi delle eccezioni che gli spettavano contro il creditore.

¹⁵⁵ A questa tesi sembra aderire anche G. SICCHIERO, voce *Regresso*, cit., pp. 833 ss., il quale però osserva, alla luce della complessiva disciplina delle obbligazioni in solido, che «le eccezioni strettamente personali ad uno dei condebitori, di cui il solvens non possa giovare e non gli siano quindi opponibili nel regresso, restano in definitiva limitate a casi sporadici» (*op. cit.*, p. 835). Giunge poi a un risultato analogo, ma con argomentazioni diverse, G. AMORTH, *L'obbligazione solidale*, cit., pp. 289 s. (che muove dall'assunto per cui fra i condebitori opera soltanto la surrogazione legale e non sorge un diverso diritto di regresso): sarebbe inammissibile il risultato di precludere all'attore in regresso il recupero di quanto a lui spetta verso i consorti sulla base di eccezioni personali cui egli è soggetto nei rapporti interni (come se fosse il creditore originario) senza poterle sollevare nei rapporti esterni; si prospetta quindi l'inopponibilità nei rapporti interni delle eccezioni personali, perché «le eccezioni personali concernono non la obbligazione solidale (ché in tale caso sarebbero comuni), ma un rapporto diverso dalla obbligazione solidale, rapporto che fa capo a quella determinata persona e che non cambia affatto di titolarità per il cambiare della titolarità della obbligazione solidale. Così, per esempio se un debitore può eccepire la compensazione dell'intero, contro il creditore, non può peraltro eccepirlo contro la diversa persona che al creditore sia subentrata per surrogazione. Quindi, mutando nei rapporti interni, le persone contro cui erano opponibili le eccezioni personali, queste non sono più opponibili» (*op. cit.*, p. 290), con soluzione diversa pertanto rispetto all'ipotesi delle modalità diverse, che «ineriscono a quel determinato vincolo» e per le quali non viene in rilievo «l'elemento personale» (*op. cit.*, p. 289).

¹⁵⁶ Senza distinguere in base alla natura negoziale o no del titolo costitutivo della diversa modalità di uno dei vincoli obbligatori, afferma G. AMORTH, *L'obbligazione solidale*, cit., pp. 97 s.: «L'efficacia delle varie modalità particolari ad uno dei condebitori si esplica anche nei rapporti interni; quindi, ad esempio, come il creditore non potrebbe rivolgersi contro quel determinato debitore prima dello scadere del termine previsto a suo favore, così neppure contro di lui potrebbe rivolgersi in regresso quel condebitore che, essendo obbligato senza quella modalità, può venir costretto a pagare dal creditore»; cfr. altresì *op. cit.*, pp. 287 ss. L'a. richiamato, peraltro, ridimensiona peraltro la portata dell'affermazione, in particolare in relazione all'ipotesi della dilazione concessa dal creditore a uno dei debitori (cfr. *op. cit.*, ppp. 287 ss.).

¹⁵⁷ Il riferimento è al pensiero di D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit., pp. 180 s.

negozio fonte del debito solidale, al quale prendono parte anche gli altri coobbligati. Se si considera il rapporto dei condebitori verso il creditore, in questo caso la particolare modalità di una singola obbligazione – si pensi a un termine o a una condizione sospensiva o risolutiva – non si estenderà agli altri vincoli; se si guarda ai rapporti interni, la particolare modalità di una delle obbligazioni sarà opponibile al debitore che esercita il regresso: così, qualora il debito di uno dei coobbligati non sia esigibile perché sottoposto a termine non ancora scaduto, il condebitore che, tenuto invece ad adempiere immediatamente, abbia pagato l'intero al creditore potrà ottenere il rimborso in via di regresso nei confronti del primo consorte solo quando il termine sia decorso. L'eventuale condizione deteriore di uno dei coobbligati deriva dall'accordo alla cui costituzione ha partecipato, ed è dunque conforme alla volontà del debitore stesso¹⁵⁸.

Diversamente dovrebbe concludersi quando la modalità del vincolo di uno dei debitori sia determinata con un patto – non importa se coevo o posteriore al contratto¹⁵⁹ che fonda l'obbligazione in solido – al quale restano estranei gli altri, e senza l'intenzione dei paciscenti di generalizzare tali modalità anche agli altri obbligati¹⁶⁰. Le modalità così convenute, si sostiene, «anche nei rapporti esterni estendono la loro efficacia agli altri consorti limitatamente alla quota dello stipulante»; così, qualora sia stato stabilito un termine a favore di uno dei condebitori, il creditore potrà agire nei confronti degli altri anche prima della scadenza ma non potrà ottenere il pagamento integrale, non potendo esigere la parte del debitore alla cui obbligazione è stato apposto il termine¹⁶¹. La dottrina in esame, peraltro, non approfondisce ulteriormente il discorso in relazione ai rapporti interni fra condebitori.

¹⁵⁸ D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit., pp. 180 s.; lo segue M. TICOZZI, *Studio sulle obbligazioni solidali*, cit., pp. 33, 102 s. V. anche P. MELUCCI, *La teoria delle obbligazioni solidali nel diritto civile italiano*, Torino, 1884, pp. 53 s., seppure senza precisazioni in relazione al momento in cui interviene la stipulazione relativa alla condizione o al termine, e in ogni caso se la modalità derivi da un patto o da un mero fatto (ma le considerazioni sembrano limitate a una pattuizione contestuale al sorgere del debito; quanto a una pattuizione successiva, a cui però prenda parte, sembrerebbe, solo uno dei condebitori, infatti, v. le osservazioni dello stesso a. riportate *infra*): «l'efficacia, dirò così individuale, della condizione, del termine e del luogo, per l'adempimento della obbligazione, si produce pel correo, nel cui riguardo la modalità è stipulata, non solo di fronte all'avversario comune creditore o debitore, ma anche nei suoi rapporti con i proprii correi, condebitori o concreditori. Quindi, non solo il creditore non potrebbe rivolgersi contro il debitore vincolato sotto condizione, o a termine, o con determinazione di luogo di pagamento, prima dell'avveramento della condizione o della scadenza, o in luogo diverso; ma neppure contro di lui, fuori di queste circostanze, potrebbe rivolgersi in regresso il condebitore, obbligato puramente e semplicemente, che ha eseguito il pagamento»; a fondamento di tale conclusione si osserva: «non deve perdersi di vista, che se ciascun debitore è rappresentante dell'altro, lo è nell'interesse del creditore, il quale, concedendo il beneficio di quelle modalità in riguardo alla *persona* di un dato debitore, imponeva contemporaneamente agli altri la rinuncia virtuale al godimento di esse, anche per la quota del primo debitore; rinuncia da essi accettata nel contratto, perché formante la condizione sotto cui loro si apriva il credito eziandio per la propria quota; circostanza che costituirebbe di ogni correo, anche per l'eccedenza, quasi un *procurator in rem suam*» (*op. cit.*, p. 55; corsivo nel testo).

¹⁵⁹ La dottrina in esame considera espressamente solo l'ipotesi di obbligazione in solido derivante da contratto, senza menzionare quella derivante da altre fonti (cfr. D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit., p. 180).

¹⁶⁰ Si precisa che «Se invece la volontà dei partecipanti alla convenzione è nel senso di estendere tali modalità agli altri consorti, nei confronti di questi ultimi si tratta di gestione d'affari da parte del consorte stipulante. E sotto questo profilo possono giovare se quelle modalità sono ad essi favorevoli (cioè se la gestione è *utiliter coepta*), mentre invece non ne sono vincolati se ad essi sfavorevoli (in tal caso, infatti, manca non solo l'*utiliter gestum* ma addirittura l'*utiliter coeptum*)»: D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit., p. 181, nt. 2.

¹⁶¹ D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit., p. 181.

Si considera infine l'ipotesi in cui le modalità diverse non siano il frutto di un accordo, ma siano conseguenza di «fatti in senso stretto» che non incidano sui vincoli di tutti i condebitori o, quantomeno, li influenzino in maniera diseguale. Non si fa luogo a distinzione tra circostanze già presenti al sorgere del debito in solido e circostanze intervenute in epoca posteriore. Si tratta qui di «fatti meramente personali ad un singolo consorte», che pertanto «non estendono la loro efficacia agli altri consorti, neanche *pro quota*, e perciò neanche nei rapporti interni». Così, ad esempio, se si verifica per un debitore la decadenza dal beneficio del termine, ai sensi dell'art. 1186 cod. civ., gli altri potrebbero nondimeno continuare ad avvalersi del termine stesso e il loro debito non sarebbe esigibile prima della scadenza, neppure limitatamente alla porzione del consorte decaduto dal beneficio. Quest'ultimo, inoltre, potrebbe far valere il regresso contro gli altri solo dopo la scadenza del termine¹⁶².

Ancora diversa è la prospettazione di chi¹⁶³ ritiene inopponibili nei rapporti interni le eccezioni fondate su «un rapporto giuridico diverso dal rapporto soggettivamente complesso ed al quale sia estraneo il *solvens*», tra cui vi sarebbe l'ipotesi della «dilazione di pagamento concessa dal creditore ad uno solo dei coobbligati».

Nei rapporti esterni la dilazione non potrebbe essere invocata per paralizzare la pretesa creditoria da un condebitore diverso da quello a favore del quale era stata concessa, nemmeno per esigere che la pretesa venga ridotta in misura corrispondente alla parte di debito del consorte che ha ottenuto la dilazione. Sicché il creditore, accordata la dilazione a uno dei debitori, potrebbe agire verso un altro senza dover attendere il decorso del termine concesso al primo; ma il coobbligato che effettua il pagamento integrale non sarà costretto a differire l'esercizio del regresso allo scadere del termine a favore del beneficiario della dilazione, poiché il patto fra il creditore e quest'ultimo è inopponibile al *solvens* e non può pregiudicarne il regresso, che gli compete «*ex lege*». Il condebitore che, malgrado la dilazione riconosciutagli, abbia dovuto rimborsare un altro consorte prima del decorso del termine stabilito a suo favore potrà agire in via risarcitoria verso il creditore; per rispettare il diritto del condebitore favorito dalla dilazione ed evitare di incorrere in responsabilità, il creditore avrebbe dovuto esercitare la propria pretesa entro i confini segnati dalla parte di debito degli altri coobbligati¹⁶⁴.

5. (segue) *Rilievi critici. La necessità di attribuire rilievo alla presenza di uno specifico rapporto interno di fonte contrattuale o legale fra i condebitori e la scarsa significatività in relazione al regresso della distinzione fra eccezioni comuni e personali*

¹⁶² D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit., pp. 182 s.

¹⁶³ F.M. ANDREANI, voce *Regresso (azione di)*, cit., p. 714, testo e nt. 45.

¹⁶⁴ Propone una soluzione simile, per il caso di dilazione convenuta a favore di uno dei condebitori, G. AMORTH, *L'obbligazione solidale*, cit., pp. 287 ss.: considerando «il contenuto degli obblighi» che il creditore contrae con il patto di dilazione, si deve affermare che questi è tenuto, alternativamente, o ad attendere il decorso del termine prima di esigere l'intero dal debitore beneficiario della dilazione o a richiedere immediatamente il pagamento a un altro debitore ma scomputando la quota del beneficiario della dilazione, perché solo così rispetterebbe gli impegni assunti con l'accordo di dilazione; se invece domandasse subito l'intero ai debitori non favoriti dalla dilazione, questi non potrebbero sottrarsi al pagamento e avrebbero poi diritto di rivalersi verso il beneficiario della dilazione nonostante il mancato decorso del termine a suo favore; tuttavia, in questo caso, «il creditore dovrebbe rispondere verso [il condebitore avvantaggiato dalla dilazione] per la sua inadempienza».

Nessuna delle tesi appena analizzate sembra fornire una soluzione appagante alla questione delle eccezioni opponibili nei rapporti interni.

Contro la tesi a sostegno dell'inopponibilità delle eccezioni comuni si può obiettare che il riferimento all'indipendenza del regresso rispetto al diritto spettante al creditore non sembra un argomento sufficiente per dedurre l'irrilevanza di tali eccezioni rapporti interni, perché l'insensibilità del regresso alle eccezioni relative al diritto del comune creditore è proprio il *quid demonstrandum* e non può essere posto a premessa del ragionamento. Anche la costruzione¹⁶⁵ che instaura un nesso tra ambito di rilevanza delle eccezioni personali e comuni, da un lato, e versante interno ed esterno del vincolo solidale, dall'altro, non sembra trovare solidi riscontri normativi; a sua volta priva di riferimenti positivi, oltre che affidata a criteri distintivi troppo generici, è poi l'ulteriore suddivisione delle eccezioni personali fra eccezioni «che tendono a mettere in discussione la stessa qualità di membro del condebito» ed eccezioni derivanti da «un rapporto giuridico diverso dal rapporto soggettivamente complesso ed al quale sia estraneo il *solvens*»¹⁶⁶.

Ma neppure l'argomento basato sul confronto con la disciplina della fideiussione appare sufficiente per sostenere l'inopponibilità delle eccezioni comuni nei rapporti interni¹⁶⁷. Se l'irragionevolezza di assoggettare l'obbligazione fideiussoria a regole più severe rispetto al condebito solidale riguarda la posizione del fideiussore, non è chiaro perché l'integrale inopponibilità delle eccezioni nei suoi confronti – che la tesi in esame ritiene di desumere dal cpv. dell'art. 1952 cod. civ. – sarebbe più rigorosa rispetto all'opponibilità integrale o parziale delle eccezioni già spettanti contro il comune creditore; al contrario, affermare l'opponibilità di eccezioni contro la pretesa in regresso significherebbe aggravare la situazione del condebitore regrediente rispetto a quella del fideiussore. Se invece l'argomentazione *a fortiori* prende in considerazione la posizione del debitore principale, allora essa si rivela contraddittoria. È vero che la posizione del debitore principale che non può invocare alcuna eccezione contro la pretesa in regresso del garante è più sfavorevole rispetto a quella di un condebitore che possa invocare le eccezioni già spettantigli contro il creditore; senonché non si riesce a scorgere l'illogicità di ammettere un trattamento deteriore per un debitore in solido titolare esclusivo dell'interesse nell'obbligazione – quale è appunto il debitore principale garantito da un fideiussore – rispetto a un condebitore astretto da un vincolo solidale a interesse comune: sembra invece del tutto accettabile che il debitore interessato in via esclusiva nel debito sia soggetto a un regime più severo rispetto al partecipante a un'obbligazione in solido a interesse comune.

Quanto alla tesi che ritiene inopponibili le eccezioni c.d. strettamente personali nei rapporti interni, essa poggia su un presupposto tacito che non può ritenersi valido in tutti i casi. Questa concezione ritiene implicitamente che la presenza di un'eccezione a favore di uno dei consorti – sia essa comune oppure semplicemente o strettamente personale – non debba mai tradursi in uno svantaggio per un diverso condebitore chiamato ad adempiere. Più in particolare, il ragionamento alla base della tesi in esame sembra articolarsi in questo modo: se l'eccezione è comune o semplicemente personale,

¹⁶⁵ Si allude all'idea di F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, cit., pp. 429 s., di cui si è dato conto in precedenza.

¹⁶⁶ Il riferimento è alla tesi, sopra riferita, di F.M. ANDREANI, voce *Regresso (azione di)*, cit., spec. pp. 713 e 714, testo e nt. 45.

¹⁶⁷ Ci si riferisce all'argomento di F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, cit., pp. 430 s., ricordato *supra*.

il condebitore richiesto dell'adempimento può senz'altro invocarla contro il creditore, e non è quindi irragionevole che l'eccezione possa essergli opposta in sede di regresso; se invece l'eccezione è strettamente personale a un altro consorte, il condebitore chiamato ad adempiere non può invocarla contro il creditore, e quindi essa non potrebbe essergli opposta in sede di regresso, perché altrimenti – e qui sta la fondamentale assunzione implicita del ragionamento – il condebitore *solvens* si troverebbe a dover sopportare in via definitiva anche la parte di spettanza del convenuto che si vale dell'eccezione. Qualora, pertanto, il convenuto in regresso abbia un'eccezione strettamente personale contro il creditore, non potrà invocarla contro l'attore, che quindi potrà recuperare la quota di spettanza del convenuto; a questo punto, si apre un'alternativa: o si ritiene che il peso della quota resti definitivamente a carico del debitore il cui vincolo era interessato dall'eccezione, oppure si ammette che quest'ultimo possa agire contro il creditore per essere tenuto indenne di quanto versato in sede di regresso. In ogni caso resta escluso che la parte di debito di pertinenza di un condebitore che disponga di un'eccezione strettamente personale contro il creditore debba essere sopportata da un altro condebitore.

In realtà, la presenza di un'eccezione strettamente personale a un condebitore può tradursi in un pregiudizio che astrattamente è possibile far gravare su uno qualunque dei soggetti coinvolti; molte sono le variabili da considerare per stabilire chi deve sopportare gli svantaggi legati all'eccezione. Non vi sono ragioni per concludere che in generale essi debbano ricadere esclusivamente sul creditore o sul condebitore il cui vincolo è interessato dall'eccezione, ben potendo essere definitivamente posti a carico di un altro condebitore. Si pensi al caso di due danneggiati dei quali uno sia privo della capacità di intendere; argomentando secondo la tesi criticata, si dovrà concludere che il danneggiante capace non può essere chiamato a sopportare l'intero peso del debito risarcitorio e che, alternativamente, l'incapace dovrà pagare in via di regresso la propria quota o la quota stessa dovrà essere defalcata dal credito del danneggiato. A ben vedere, invece, non vi sono ragioni per escludere *a priori* che il danneggiante capace debba sostenere l'intero peso del debito risarcitorio per il danno cagionato.

Al rischio di considerare la risposta alla questione circa le eccezioni opponibili già scontata nell'idea del regresso come diritto nuovo si sottrae certamente l'orientamento che considera invocabili tutte le difese già spettanti al convenuto in regresso verso il creditore. Tuttavia la soluzione della generalizzata opponibilità di tutte le eccezioni può non essere accettabile quando i condebitori siano legati da un rapporto particolare di fonte negoziale o legale. Come si è già illustrato in precedenza¹⁶⁸, la dottrina più avveduta ha posto in luce che tale rapporto di regola esprime una determinata ripartizione interna del debito comune tendenzialmente autonoma rispetto ai particolari caratteri del vincolo di ciascuno obbligato con il creditore. Si pensi al caso in cui più soggetti si accordino per contrarre un mutuo in comune e uno di essi, al momento della conclusione del contratto con il mutuante, si trovi in stato di incapacità di intendere o di volere noto al mutuante. Verosimilmente in questo caso si dovrà ritenere che il debitore che ha stipulato il contratto in condizione di incapacità non possa invocare tale circostanza per sottrarsi al dovere di sopportare la propria quota del debito comune.

La tesi della generale opponibilità di tutte le eccezioni può apparire più accettabile quando i coobbligati non siano legati da alcun rapporto particolare, soprattutto quando

¹⁶⁸ Cfr. *supra*, par. 3, anche per i riferimenti.

si tratti di obbligazioni in solido di carattere risarcitorio delle quali almeno una deriva da un contratto stipulato fra creditore e debitore.

In particolare, nelle ipotesi in cui vi siano più obbligati al risarcimento di un danno e almeno uno dei debiti trovi il proprio fondamento in un vincolo di natura contrattuale, nel determinare la disciplina del regresso non può trascurarsi la considerazione per cui il convenuto in regresso non può essere soggetto a un regime più severo rispetto a quello che caratterizzava la sua responsabilità verso il creditore.

Da un lato, se la responsabilità verso il creditore del convenuto in regresso deriva da un contratto, appare condivisibile il rilievo per cui è proprio tale contratto a costituire, in definitiva, il «fondamento» del regresso stesso¹⁶⁹: in mancanza di un tale vincolo contrattuale, infatti, egli non sarebbe stato tenuto a prestare alcunché al creditore e un altro debitore che avesse risarcito il danno non avrebbe potuto agire in via di regresso nei suoi confronti; di conseguenza, il convenuto in regresso non potrà essere tenuto anche verso i consorti in termini più gravosi rispetto a quanto stabilisce il contratto concluso con il creditore.

Dall'altro lato, se tenuto in base a un contratto con il creditore è l'attore in regresso, il regime di responsabilità del convenuto non può risultare aggravato per effetto della stipulazione di un contratto a cui egli è rimasto estraneo¹⁷⁰.

Ciò detto, non si può peraltro escludere che particolari circostanze possano far propendere in alcuni casi per l'inopponibilità di determinate eccezioni; diversi elementi, inoltre, dovranno essere prese in considerazione nella risoluzione dell'ulteriore questione se il pregiudizio legato alla presenza di un'eccezione debba ricadere sul creditore oppure sul condebitore adempiente: il problema, in altre parole, è se il *solvens* che si veda opporre un'eccezione in sede di regresso e non riesca pertanto a recuperare da un altro coobbligato parte di quanto versato, debba sopportare in via definitiva il peso della quota di tale obbligato oppure possa ripetere dal creditore parte di quanto versato¹⁷¹.

In questa ipotesi risulta quindi difficile elaborare un criterio valevole in assoluto, molteplici essendo le circostanze da prendere in considerazione in ogni singolo caso.

Dalle considerazioni svolte emerge peraltro la scarsa significatività della distinzione fra eccezioni comuni e personali in relazione al versante interno del vincolo solidale. Si rivelano infatti infruttuosi i tentativi di ricavare da questa distinzione la risposta al problema dell'individuazione delle eccezioni opponibili in sede di regresso.

6. (segue) Le conseguenze nei rapporti interni della mancata proposizione delle eccezioni nei rapporti esterni verso il creditore

Ulteriori questioni pone l'ipotesi in cui eventuali eccezioni idonee a escludere o limitare la pretesa del creditore non siano state sollevate già nei rapporti esterni da parte del condebitore chiamato ad adempiere.

¹⁶⁹ S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 995.

¹⁷⁰ *Ibidem*.

¹⁷¹ Si rinvia, per una più analitica illustrazione di queste osservazioni, a quanto si dirà in tema di remissione e di transazione rispetto a uno dei debitori in solido.

Parte della dottrina, ritenendo di escludere l'applicazione dell'art. 1952, cpv., cod. civ.¹⁷² alle obbligazioni in solido¹⁷³, considera precluso all'interprete di trarre dalla norma citata la conclusione per cui non potrebbe sollevare eccezioni in sede di regresso quel debitore che non informi dell'esistenza di tali eccezioni il consorte che gli comunichi la sua intenzione di pagare al creditore. Sarebbe però conforme ai «principii generali», e in particolare al canone della buona fede, ritenere doverosa la comunicazione dell'esistenza di eccezioni comuni e semplicemente personali, vale a dire le eccezioni che potrebbero essere sollevate dal *solvens* nei confronti del creditore, escluse quindi quelle strettamente personali, invocabili esclusivamente dal debitore al quale si riferiscono. Secondo quest'orientamento, si dovrà così verificare nel caso concreto, «in base al principio generale dell'art. 1227» cod. civ., in quale misura la mancata opposizione dell'eccezione sia stata determinata dalla condotta colposa rispettivamente del condebitore convenuto in regresso e di quello che ha effettuato il pagamento. Molto probabilmente, si osserva, sarà in colpa il *solvens* che non abbia sollevato un'eccezione comune, mentre è meno remota l'eventualità che l'omissione non possa essere ascritta a una sua negligenza se l'eccezione è personale a un altro condebitore. Peraltro, anche quando non siano state invocate le eccezioni sussistenti nei confronti del creditore e ciò sia dipeso dalla colpevole mancata comunicazione della loro esistenza da parte del coobbligato successivamente convenuto in regresso, «potrà ben essere difficile l'ammettere che la sanzione di tale colpa sia che questo condebitore decada dal diritto di opporre quelle eccezioni al proprio consorte in sede di regresso»¹⁷⁴. E tuttavia si ritiene di poter pervenire a «un risultato analogo», riconoscendo a favore del condebitore che agisce in regresso una pretesa risarcitoria verso l'altro obbligato; quanto all'entità del danno, si specifica che essa «sarà pari alla quota interna del colpevole se si trattava di eccezione personale a questi, di guisa che l'adempiente possa così sostanzialmente avere azione contro il consorte per un ammontare pari a quella che sarebbe stata la quota interna di regresso»¹⁷⁵.

Secondo un'altra impostazione¹⁷⁶, in virtù del «dovere di correttezza» i coobbligati sarebbero reciprocamente tenuti a comunicare l'esistenza di eccezioni verso il creditore,

¹⁷² Art. 1952, cpv., cod. civ.: «Se il fideiussore ha pagato senza averne dato avviso al debitore principale, questi può opporgli le eccezioni che avrebbe potuto opporre al creditore principale all'atto del pagamento».

¹⁷³ Cfr. D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit., pp. 248 s., anche per le considerazioni che seguono; per l'inapplicabilità dell'art. 1952 cod. civ. alle obbligazioni in solido v. anche U. SALVESTRONI, *La solidarietà fideiussoria*, cit., p. 137: «l'art. 1952 non si applica alla solidarietà in genere, costituendo una particolarità di quella fideiussoria»; M. TICOZZI, *Studio sulle obbligazioni solidali*, cit., p. 205. Anche secondo F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, cit., p. 431 (che tuttavia propone una soluzione completamente diversa rispetto a D. RUBINO in merito alle eccezioni opponibili nei rapporti interni), in caso di obbligazione solidale «ad interesse comune» non si potrebbe dedurre dall'art. 1952 un dovere di avviso ai consorti in capo al condebitore in procinto di effettuare il pagamento, anche a fronte della mancanza di qualunque accenno in questo senso nell'art. 1299 cod. civ. Per l'inapplicabilità dell'art. 1952 cod. civ. alle obbligazioni solidali v., in giurisprudenza, Cass. 22 marzo 1968, n. 906, in *Giur. it.*, I, 1, c. 1598, con nota di G. AMORTH, *Autenticità e rassomiglianza della funzione fideiussoria*.

¹⁷⁴ Cfr. D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit., p. 249.

¹⁷⁵ Cfr. D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit., p. 249.

¹⁷⁶ Il riferimento è all'opinione di C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, cit., p. 718. Cfr. inoltre F.M. ANDREANI, voce *Regresso (azione di)*, cit., p. 714 (il quale si esprime in termini di eccezioni «reali», «inerenti al rapporto soggettivamente complesso», eccezioni che definisce anche come «endogene», seguendo la terminologia proposta da A. DONATI, *Causalità e astrattezza nella delegazione*, Padova, 1975, pp. 102 s.) secondo cui le eccezioni comuni, opponibili nei rapporti esterni da ciascun debitore (arg. *a contrario* dall'art. 1297, 1° co., cod. civ.), potrebbero essere sollevate dal condebitore

con la conseguenza che «Il condebitore non potrebbe quindi sottrarsi al pagamento del rimborso eccettuando un fatto preclusivo o estintivo del debito di cui egli non abbia tempestivamente dato notizia al debitore adempiente». Secondo questa ricostruzione, dunque, la mancata comunicazione delle eccezioni opponibili sembrerebbe comportare per il condebitore convenuto in regresso la perdita delle eccezioni stesse o, in altri termini, la decadenza dal potere di proporle.

Nel caso delle obbligazioni solidali c.d. a interesse unisoggettivo si applicherebbe poi per analogia l'art. 1952, cpv., cod. civ.; se ne deduce che in sede di regresso il coobbligato titolare esclusivo dell'interesse sotteso al debito solidale non potrebbe difendersi invocando contro il coobbligato «in garanzia»¹⁷⁷ che abbia effettuato il pagamento le eccezioni che gli spettavano verso il creditore, a meno che il *solvens* abbia ommesso di comunicargli l'intenzione di eseguire il pagamento.

Altri interpreti considerano la questione nella prospettiva di una valutazione della condotta del *solvens* e non del diverso condebitore che ha mancato di rendere note le eccezioni esistenti.

In questa prospettiva si è prospettata, «come lineare applicazione dei principi generali in tema di attuazione del rapporto obbligatorio (artt. 1175, 1375), una [...] *exceptio doli generalis* contro il condebitore agente in regresso che, nell'adempire il debito comune, non si sia comportato secondo le regole della correttezza»¹⁷⁸.

convenuto in regresso quando il *solvens* non lo abbia preavvisato del pagamento e gli abbia così impedito di comunicargli l'esistenza di eccezioni verso del creditore; la soluzione si fonda sul disposto dell'art. 1952 cod. civ., ritenuto estensibile per analogia al condebito ad attuazione solidale; non condivide invece questa lettura estensiva M. ORLANDI, *La responsabilità solidale*, cit., pp. 307 s., secondo il quale l'art. 1952 cod. civ. costituirebbe una previsione legata alla «solidarietà fideiussoria».

¹⁷⁷ Per indicare il condebitore esclusivo titolare dell'interesse per il quale è stata assunta l'obbligazione e il condebitore privo di tale interesse, la dottrina citata distingue tra debitore «principale» e debitore «in garanzia»: cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, cit., p. 719; si afferma inoltre, più in generale: «La funzione di garanzia del vincolo solidale non deve [...] essere intesa nel senso che ciascuna obbligazione solidale sia costituita a causa di garanzia. Piuttosto, l'obbligazione solidale ha la causa che di volta in volta sta a fondamento del suo titolo costitutivo (vendita, donazione, ecc.), ed assolve anche una funzione di garanzia nella misura in cui il debitore è tenuto per la parte degli altri condebitori. L'obbligazione solidale ha causa unica nella garanzia quando è assunta nell'esclusivo interesse altrui» (*op. cit.*, pp. 695 s.).

¹⁷⁸ Cfr. F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, cit., p. 431; cfr. anche M. ORLANDI, *La responsabilità solidale*, cit., p. 308; A. GNANI, *La responsabilità solidale*, cit., p. 236. Non lontano da questa posizione è anche A. RICCIO, *Le diverse specie di obbligazioni: pecuniarie, alternative, solidali, indivisibili*, cit., p. 1259, secondo cui in relazione al problema in esame «viene in rilievo l'arduo problema di tracciare il confine fra il dovere di informazione gravante sui condebitori e l'onere di autoinformazione incombente sul *solvens*. Al riguardo si potrebbe dire che, se il *solvens*, nonostante la omessa informazione dei condebitori, avesse potuto comunque conoscere l'eccezione tacita usando l'ordinaria diligenza, allora allo stesso *solvens* potrebbero essere opposte dagli altri condebitori le eccezioni medesime. Inoltre, ove il condebitore adempiente preavvisi un consorte dell'intenzione di pagare, questi ha l'obbligo di rendergli note in tempo utile le eccezioni in questione. Se non lo fa, il *solvens*, nel giudizio di regresso, ben potrebbe contrastare la pretesa del consorte convenuto, con l'*exceptio doli generalis*»; l'a. citato considera peraltro la questione anche dall'angolo visuale del dovere di preavvisare del pagamento in capo al condebitore chiamato ad adempire (cfr. *op. cit.*, p. 1258), rifacendosi all'opinione di G. SICCHIERO (voce *Regresso*, in *Dig.*, 4^a ed., *disc. priv.*, sez. civ., vol. XVI, Torino, 1997, p. 563; v. anche più di recente ID., voce *Regresso*, in *Dig.*⁴, *Agg.*, VII, cit., p. 835) secondo il quale «il *solvens* non potrà vedersi contestato il mancato esercizio di un'eccezione opponibile al creditore, ove non fosse stato tempestivamente posto nelle condizioni di farla valere, gravando sul convenuto in regresso l'onere di dimostrare, ai sensi dell'art. 2697 c.c., tanto l'esistenza e la fondatezza dell'eccezione, quanto l'inerzia del *solvens* che fosse a conoscenza della stessa. Mentre quell'opponibilità

Altri interpreti ritengono poi che la pretesa di regresso del *solvens* sarebbe soggetta all'opponibilità di eventuali eccezioni qualora il pagamento non fosse stato preceduto da un avviso ai consorti, e ciò quantomeno in forza del canone di buona fede¹⁷⁹.

7. Il problema dell'ammissibilità della surrogazione legale a favore del debitore adempiente

Una questione che a tutt'oggi non ha ricevuto una soluzione definitiva è quella concernente la spettanza a favore del condebitore *solvens* della surrogazione legale nei diritti del creditore soddisfatto¹⁸⁰. In proposito, un primo orientamento fornisce una risposta negativa, riconoscendo a favore del debitore che effettua il pagamento il solo diritto di regresso *pro quota* verso i consorti, escludendo la possibilità che il primo si surroghi nei diritti spettanti al creditore nei confronti dei secondi¹⁸¹. A sostegno di questa conclusione deporrebbe la mancata previsione della surrogazione nell'ambito della disciplina delle obbligazioni solidali, a cui corrisponde, in senso opposto, l'espressa attribuzione di tale rimedio in favore del fideiussore da parte dell'art. 1949 cod. civ.¹⁸². Neppure troverebbe applicazione l'art. 1203, n. 3, posto che il coobbligato non rientra nella nozione di «chi <aveva interesse> a pagare il debito altrui»¹⁸³. E, d'altra parte, a escludere la surrogazione a vantaggio del *solvens* varrebbe anche la considerazione che questi «non può sostituirsi nel diritto del creditore così com'era, cioè garantito dalla solidarietà del gruppo condebitorio»¹⁸⁴.

sarà da riconoscere ogni volta che il *solvens* non abbia preavvisato i condebitori dell'intenzione di pagare, consentendo a questi di comunicargli l'esistenza delle eccezioni in questione».

¹⁷⁹ Cfr. G. SICCHIERO, voce *Regresso*, in *Dig.*⁴, *Agg.*, VII, cit., p. 835, che lascia aperta la questione dell'applicabilità in via analogica dell'art. 1952 cod. civ.; A. RICCIO, *Le diverse specie di obbligazioni: pecuniarie, alternative, solidali, indivisibili*, cit., p. 1258 (ma senza il riferimento alla buona fede).

¹⁸⁰ In generale sul tema degli strumenti (regresso e surrogazione legale) in favore del condebitore *solvens* e del rapporto fra gli stessi, v. P. ZILLOTTO, *Il pagamento con surrogazione*, in *Tratt. oblig.*, diretto da L. Garofalo e M. Talamanca, I, *La struttura e l'adempimento*, t. V, *La liberazione del debitore*, a cura di M. Talamanca e M. Maggiolo, Padova, 2010, pp. 712 ss., 762 ss.; G. ROSSETTI, in G. ROSSETTI e M. DE CRISTOFARO, *Le obbligazioni solidali*, cit., p. 792; A. RICCIO, *Le diverse specie di obbligazioni: pecuniarie, alternative, solidali, indivisibili*, cit., pp. 1259 ss.; D. SINESIO, *Le obbligazioni soggettivamente complesse. Obbligazioni solidali e parziarie, divisibili e indivisibili*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, coordinato da A. Zoppini, vol. III, *Obbligazioni*, I, *Il rapporto obbligatorio*, Milano, 2009, pp. 425 ss.; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 1991, pp. 188 ss., 771 s.; M. CANTILLO, *Le obbligazioni*, in *Giur. sist. civ. comm.*, fondata da W. Bigiavi, t. III, Torino, 1992, pp. 1536 ss.

¹⁸¹ L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, I, *La struttura*, 2^a ed. (rist.), Milano, 1963, pp. 231 s. *Contra*, A. RAVAZZONI, *La fideiussione*, Milano, 1981 (rist.), pp. 227 s., nt. 35. Dà atto del problema circa la surrogazione in favore del condebitore, ma lascia aperta la questione G. LONGO, *Diritto delle obbligazioni*, Torino, 1950, 107 (v., però, p. 220, dove riconosce senz'altro la surrogazione al coobbligato in solido). In senso negativo si esprime anche C. MIRAGLIA, *Pluralità di debitori e solidarietà*, Napoli, 1984, p. 90, nt. 222. Per ulteriori riferimenti si vedano anche gli autori citati nelle note che seguono.

In senso negativo, in giurisprudenza, v. Trib. Torino, 10 dicembre 1951, in *Foro it.*, 1952, I, c. 260, con nota redazionale; in *Giur. it.*, 1953, I, 2, c. 768, con nota – critica, su questo punto – di L. FERRI.

¹⁸² L'argomento si ritrova anche in Trib. Torino, 10 dicembre 1951, cit.

¹⁸³ L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, I², p. 231. V. anche Trib. Torino, 10 dicembre 1951, cit.

¹⁸⁴ L. BARASSI *La teoria generale delle obbligazioni*, I², p. 231, e Trib. Torino, 10 dicembre 1951, cit.

Nell'ambito di quest'orientamento, un'opinione fa leva sull'estremo dell'«interesse» alla soddisfazione dell'obbligazione previsto nell'ipotesi di surrogazione di cui all'art. 1203, n. 3, cod. civ., ritenendo di escludere che tale interesse sia già scontato nella qualità di obbligato del *solvens*, perché, al contrario, esso costituirebbe «un elemento 'estrinseco', che si aggiunge al debito»¹⁸⁵. Ora, il raffronto delle ipotesi di surrogazione *ex lege* previste dall'art. 1203 cod. civ. consentirebbe di individuare un tratto di identità, costituito dal carattere di «spontaneità» del pagamento¹⁸⁶; e «spontaneo» dovrebbe qualificarsi, più specificamente, l'adempimento di un debito inesigibile¹⁸⁷. Ne deriva che la sola qualità di debitore, ancorché in solido, non sarebbe sufficiente per affermare la sussistenza dell'«interesse» richiesto dall'art. 1203, n. 3, cod. civ., interesse che sarebbe presente, viceversa, in capo all'obbligato che paghi un debito inesigibile, e quindi adempia «spontaneamente». Fermo il regresso a favore del condebitore adempiente, dunque, vi sarebbe spazio per l'ulteriore strumento della surrogazione «nelle sole ipotesi di adempimento di una prestazione solidale inesigibile»¹⁸⁸.

Da altri si afferma poi l'inconciliabilità del fenomeno surrogatorio con la nascita del regresso, pervenendo così a escludere che al condebitore adempiente spettino entrambi i rimedi. Si ritiene, infatti, che il sorgere del diritto di regresso richieda l'estinzione del credito adempiuto; ma il verificarsi di tale vicenda renderebbe inconfigurabile la surrogazione, perché questa esige la permanenza in vita del credito malgrado l'adempimento¹⁸⁹.

Si evidenzia inoltre che concedendo, nella solidarietà a interesse comune, al debitore adempiente la surrogazione quale rimedio concorrente con il regresso si finisce per conformare «la surrogazione diversamente dal suo schema istituzionale»¹⁹⁰, sottolineandosi, in particolare, la difficoltà di conciliare la figura della surrogazione con la legittimazione del *solvens* a pretendere esclusivamente la quota di pertinenza di ciascuno degli altri consorti; inoltre, l'esigenza di conservare le garanzie che assistono l'obbligazione solidale a favore del coobbligato che agisce in rivalsa, risultato reso possibile dalla surrogazione, sarebbe, a bene vedere, di dubbia consistenza, anche considerando il possibile pregiudizio che il trasferimento delle cautele può procurare al creditore. Si aggiunge che «se il fondamento necessario ed ineliminabile della surrogazione è in un pagamento di un debito *altrui*, vale a dire in un pagamento

¹⁸⁵ Cfr. M. ORLANDI, *La responsabilità solidale*, cit., p. 294; v. anche ID., *Pactum de non petendo e inesigibilità*, Milano, 2000, p. 262. *Contra* Cass. 6 giugno 1972, n. 1744, in *Foro it.*, 1973, I, c. 1544, con nota redazionale, delle cui affermazioni si darà conto più nello specifico nelle note seguenti.

¹⁸⁶ Cfr. M. ORLANDI, *La responsabilità solidale*, cit., p. 295; ID., *Pactum de non petendo e inesigibilità*, cit., pp. 262 s.

¹⁸⁷ Cfr. M. ORLANDI, *La responsabilità solidale*, cit., pp. 296 s.; ID., *Pactum de non petendo e inesigibilità*, cit., pp. 264 ss.; in via esemplificativa la dottrina richiamata fa riferimento ai benefici dell'ordine o dell'escussione, alla condizione sospensiva, al termine.

¹⁸⁸ Cfr. M. ORLANDI, *La responsabilità solidale*, cit., p. 297; ID., *Pactum de non petendo e inesigibilità*, cit., p. 262; *contra* A. GNANI, *La responsabilità solidale*, cit., p. 198: «l'equazione inesigibilità = emersione di uno specifico interesse debitorio, non è supportata dall'ordinamento – perché l'art. 1949 c.c. attribuisce il diritto di surroga al fideiussore senza limitazioni di sorta, e dunque non solo al garante che, pur fruendo del beneficio di preventiva escussione, adempia una prestazione non ancora esigibile – e prova troppo: difficile sostenere *a priori* che chi esegue una prestazione ancora inesigibile, manifesti sempre e comunque uno specifico interesse all'attuazione del rapporto» (note omesse).

¹⁸⁹ A. GNANI, *La responsabilità solidale*, cit., pp. 199 s.

¹⁹⁰ A. PISANI MASSAMORMILE, *Il "regresso" del fideiussore nel fallimento del debitore principale*, cit., p. 393.

effettuato da un soggetto che risulti essere l'originario debitore, l'istituto diventa inconciliabile col pagamento effettuato dal coobbligato solidale ad interesse comune, posto che il singolo condebitore che paga soddisfa comunque un debito *proprio* [...]. Il che, invece, non può affermarsi per il fideiussore, dato che questi è tenuto sulla base di un rapporto diverso da quello principale, sia per le diverse persone cui fa capo, sia per una diversa regolamentazione giuridica»¹⁹¹.

Secondo l'opposta ricostruzione, al *solvens* spetterebbe non solo il regresso, ma anche la surrogazione legale nel diritto del creditore al fine di conseguire da ognuno dei consorti il pagamento della quota di sua pertinenza; troverebbe applicazione, infatti, la previsione di cui all'art. 1203, n. 3, cod. civ.¹⁹². Né potrebbe attribuirsi peso, in senso

¹⁹¹ Cfr. A. PISANI MASSAMORMILE, *Il "regresso" del fideiussore nel fallimento del debitore principale*, cit., p. 395 (corsivi aggiunti). L'a. precisa inoltre, in relazione all'art. 1203, n. 3, cod. civ., che «quand'anche si volesse ad ogni costo riconnettere all'espressione «tenuto con altri» un significato giuridico diverso da quello dell'espressione «tenuto per altri», non sarebbe impossibile trovare nell'ordinamento altre ipotesi specifiche (si vuole dire: a prescindere dall'obbligazione solidale passiva ad interesse comune) collimanti rispettivamente con quelle due espressioni. Ed infatti, restando il requisito essenziale dell'*altruità* del debito soddisfatto, «tenuto con altri» può essere considerato, ad esempio, proprio il fideiussore solidale, posto che, all'esterno, vale a dire nei riguardi del creditore, egli assume posizione uguale a quella di un debitore senza che ciò escluda che tale posizione mantenga tuttora anche il «vero» debitore: sì che, insomma, i due sono ugualmente e contemporaneamente soggetti alla pretesa del creditore. L'espressione «tenuto per altri», invece, andrebbe interpretata nel senso di volersi riferire a quel soggetto che, pur non essendo originariamente il titolare del debito, appare ora, nei confronti del creditore, l'unico debitore, sì che la sua soggezione alla pretesa del creditore esclude contemporaneamente la soggezione dell'originario (vero) debitore» (*op. cit.*, p. 397, nota omessa). V. però P. PISCITELLO, *Rinuncia alla surroga e regresso del confideiussore che ha adempiuto parzialmente il debito garantito*, nota a Trib. Milano 16 giugno 1986, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1988, II, 373, che non condivide l'assunto secondo cui la surrogazione postulerebbe che il pagamento sia effettuato da un soggetto diverso dal debitore.

¹⁹² C. GANGI, *Le obbligazioni*, cit., pp. 256 ss. Per il riconoscimento di ambedue i rimedi vedi anche R. MICCIO, *Delle obbligazioni in generale. Artt. 1173-1320*, 3^a ed., in *Commentario del codice civile UTET*, Torino, 1982, pp. 683, 684 ss.; A. RAVAZZONI, voce *Regresso*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XV, Torino, 1968, p. 358; C. SCUTO, *Teoria generale delle obbligazioni con riguardo al nuovo codice civile*, pt. I, 3^a ed., Napoli, 1950, 319; M. ALLARA, *Corso di diritto civile, Delle obbligazioni*, Lezioni del prof. Mario Allara raccolte dal dott. G. Deiana, Anno accademico 1938-39, Torino, 1939, p. 76 (sotto l'impero del previgente codice civile); P. PISCITELLO, *Rinuncia alla surroga e regresso del confideiussore che ha adempiuto parzialmente il debito garantito*, cit., pp. 373 s.; ritiene ammissibile la surrogazione legale ex art. 1203, n. 3 anche W. D'AVANZO, *Dell'adempimento delle obbligazioni*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da A. D'Amelio ed E. Finzi, vol. I, *Delle Obbligazioni e dei Contratti in generale*, Firenze, 1948, p. 69, secondo cui il condebitore *solvens* «si surroga nei diritti del creditore verso gli altri condebitori per la parte che da questi gli è consentito ripetere, in via di regresso (art. 1299)»; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. III, 9^a ed., Milano, 1959, p. 546: «è applicabile, a favore del condebitore che ha pagato, l'art. 1203 n. 3 [...], con l'effetto che le eventuali garanzie del credito profittano a lui, come profittavano all'originario creditore; e che il *solvens* è assistito, verso gli altri condebitori; da un'azione autonoma, rispetto a quella di regresso, garantitagli dall'art. 1299» (corsivo nel testo), e per l'applicazione del 1203, n. 3 in favore del coobbligato in solido anche *op. cit.*, p. 259. Ammettono ambedue le azioni E. COLAGROSSO, *Il libro delle obbligazioni (parte generale)*, in *Commento al nuovo codice civile italiano*, Milano, 1943, pp. 60, 200 s.; R. DE RUGGIERO, F. MAROI, *Istituzioni di diritto civile*, II¹⁰, cit., p. 59; D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit., pp. 233 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, cit., pp. 722 ss.; M. PROSPERETTI, *Il pagamento con surrogazione*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, 9, *Obbligazioni e contratti*, t. I, 2^a ed., Torino, 1999, p. 168; F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, Padova, 2009, pp. 127 s. (secondo cui «La surrogazione nelle ragioni del creditore si presenta, per il fideiussore e per il condebitore solidale, come rimedio alternativo all'azione di regresso»); di recente anche G. CORAPI, *Regresso e surrogazione nelle obbligazioni solidali*, cit., spec. pp. 122, 157, 164 ss.; C. D'ALESSANDRO, *La transazione del condebitore solidale*, Milano, 2012, pp. 106 ss. Non escludono la surrogazione in favore del *solvens*, sia pure in una prospettiva peculiare in cui la distinzione

diverso, alla mancata previsione della surrogazione in tema di obbligazioni solidali¹⁹³ e alla ritenuta contraddittorietà dell'idea di una surrogazione in cui il credito perde il proprio originario carattere solidale. A quest'ultima obiezione, in particolare, si replica che con l'integrale pagamento «la solidarietà fra i condebitori si estingue» e ogni coobbligato resta solo «un debitore *pro parte*», cosicché tanto il regresso quanto la surrogazione non possono che essere circoscritti alla quota del singolo debitore¹⁹⁴.

tra regresso e surrogazione tende a sfumare, G. SICCHIERO, voce *Regresso*, in *Dig.*⁴, *Agg.*, VII, cit., p. 833; ID., *Regresso e surrogazione legale*, in *Contr. impr.*, 1996, p. 1016; e, verosimilmente, M. TICOZZI, *Studio sulle obbligazioni solidali*, cit., pp. 199 ss.

La giurisprudenza riconosce entrambi gli strumenti al *solvens*; v. Cass. 6 giugno 1972, n. 1744, cit.: «La surrogazione legale, nell'ipotesi di cui all'art. 1203, n. 3, cod. civ., opera anche a favore del coobbligato solidale, nei confronti del quale l'interesse al pagamento non si differenzia da quello proprio, in via generale, di ogni debitore a liberarsi dal vincolo, né è esclusa dal diritto di regresso verso gli altri condebitori, che è concesso in via alternativa»; Cass. 30 marzo 1981, n. 1818, in *Foro it., Rep.*, 1981, voce *Obbligazioni in genere*, n. 21: «La surrogazione legale, di cui all'art. 1203, n. 3 c.c., del debitore solidale che ha pagato il debito comune nei confronti degli altri condebitori non è esclusa dal diritto di regresso concesso in via alternativa a norma dell'art. 1299 c.c.»; Cass. 21 ottobre 1995, n. 10986, in *Fallimento*, 1996, p. 253, con nota redazionale («per regola generale, desumibile dall'art. 1203 n. 3 c.c., il condebitore adempiente dispone nei confronti degli altri debitori solidali dell'azione di surrogazione in via alternativa a quella di regresso»); Cass. 30 ottobre 2007, n. 22860, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, p. 762, con nota di C. LEGGIERI, *Responsabilità della banca per la consegna dei titoli di credito, custoditi in pegno in occasione dell'esecuzione di un sequestro giudiziario* (che riconosce ambedue i rimedi); Cass. 5 giugno 2007, n. 13180, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, p. 53, con nota critica di F. VENTURINI, *Surrogazione legale e regresso, a seguito dell'adempimento di obbligazioni solidali ad interesse comune da parte di uno dei codebitori*: «Il coobbligato in solido che paga al creditore ha diritto di surrogarsi nei diritti dell'*accipiens*, per cui regresso e surrogazione devono ritenersi azioni concorrenti». Il riconoscimento della surrogazione in favore del *solvens* emerge anche da altre sentenze, sia pure non relazione al suo rapporto con il regresso; cfr. Cass. 25 maggio 1955, n. 1584, in *Resp. civ.*, 1955, p. 497, con nota redazionale; Cass. 20 ottobre 1959, n. 2996, in *Foro it., Rep.*, 1959, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 134; Cass. 6 agosto 1965, n. 1883, in *Foro it.*, 1965, I, c. 1645, con nota redazionale; Cass. 14 giugno 1967, n. 1336, in *Giur. it.*, 1968, I, c. 461, con nota redazionale; Cass. 21 giugno 1971, n. 1952, in *Foro it., Rep.*, 1971, voce *Obbligazioni in genere*, n. 43 («La surrogazione legale nel pagamento, di cui all'art. 1203, n. 3, c. c., è subordinata alla duplice condizione dell'esistenza dell'obbligo giuridico del *solvens* di pagare un debito per un altro soggetto e della ricorrenza di un rapporto che attribuisca al primo un diritto di regresso verso il secondo; pertanto nel caso di fatto illecito addebitabile a più persone, il coobbligato escusso dal danneggiato ha diritto di regresso verso gli altri coobbligati nei limiti della misura determinata dalla rispettiva colpa e dall'entità delle conseguenze che ne sono derivate ed è surrogato nei confronti dei medesimi nei diritti del creditore»).

¹⁹³ «Che il codice non attribuisca espressamente al debitore che ha pagato, oltre all'azione di regresso, anche l'azione surrogatoria, non può ritenersi un argomento decisivo contro l'ammissione di essa. Molto probabilmente il nuovo codice non ne ha parlato espressamente, perché non ne parlava espressamente neanche il codice precedente. Del resto è bene notare che anche il nuovo codice nell'art. 1299, così come il codice precedente nell'art. 1199, non parla espressamente di azione di regresso ma di azione di ripetizione in genere (il debitore che ha pagato – si dice nel detto articolo - «può ripetere dai condebitori soltanto la parte di ciascuno di essi»). È soltanto nell'intitolazione dell'articolo che si parla di «regresso tra condebitori». Invece per il fideiussore si parla espressamente di regresso contro il debitore principale nel testo dell'art. 1950, oltre che nell'epigrafe di esso, e di regresso contro gli altri fideiussori nel testo dell'art. 1954, oltre che nell'epigrafe di esso. D'altra parte alla mancanza di un'espressa attribuzione dell'azione surrogatoria al debitore solidale che ha pagato l'intero debito, non si può attribuire importanza decisiva, perché tale attribuzione si desume, e a mio avviso, indubbiamente, dall'art. 1203, n. 3»: C. GANGI, *Le obbligazioni*, cit., p. 257.

¹⁹⁴ C. GANGI, *Le obbligazioni*, cit., p. 258. Gli argomenti di questo a. sono richiamati, in senso adesivo, da O. BUCCISANO, *La surrogazione per pagamento*, cit., p. 47, nt. 78. Aggiunge L. FERRI, nota a Trib. Torino, 10 dicembre 1951, in *Giur. it.*, 1953, I, 2, cc. 767 s., che a voler ritenere incompatibile la surrogazione con la perdita del carattere solidale del debito, si dovrebbe ritenere esclusa la surrogazione anche in favore del fideiussore, giacché con il pagamento al creditore egli diviene titolare di

In questa prospettiva, quindi, il debitore che adempie al creditore può avvalersi della surrogazione legale per pretendere dai consorti il pagamento delle rispettive quote. Il coobbligato può considerarsi «tenuto con altri o per altri al pagamento del debito» e portatore di un interesse alla soddisfazione del debito, secondo quanto richiesto dall'art. 1203, n. 3, cod. civ. per l'operatività della surrogazione *ex lege*¹⁹⁵.

8. La tesi che esclude l'esistenza di una pretesa di regresso distinta rispetto al diritto acquistato mediante la surrogazione legale

Secondo una prospettazione dottrinale, talora seguita anche dalla giurisprudenza¹⁹⁶, non solo spetterebbe al *solvens* la surrogazione nei diritti del creditore, ma questa

un'obbligazione (quella verso il debitore principale) soggettivamente semplice, non più solidale; e inoltre si potrebbe avere un'ipotesi di successione accompagnata dal venir meno della solidarietà in ipotesi di successione a causa di morte di un unico soggetto a più debitori in solido.

Anche secondo A. RAVAZZONI, *La fideiussione*, cit., p. 228, nt. 35, con la surrogazione viene meno, nel credito, «la sua natura solidale». Ma v. F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, cit., p. 128, secondo cui la surrogazione (a differenza del regresso) si estenderebbe all'intero debito, detratta solo la quota del *solvens*.

¹⁹⁵ G. AMORTH, *L'obbligazione solidale*, cit., pp. 232 ss. A proposito dell'interesse a soddisfare il debito, previsto dall'art. 1203, n. 3, cod. civ., v. quanto afferma Cass. 6 giugno 1972, n. 1744, cit., secondo la quale nel caso del coobbligato in solido tale interesse sarebbe quello «di ogni debitore a liberarsi dal vincolo»; la Corte rileva che «se pure fosse esatto che la previsione dell'interesse al pagamento, inteso nel senso sopra indicato, si risolve in una tautologia allorché viene applicata all'obbligazione solidale, non sarebbe, questo, un motivo sufficiente per escludere tale obbligazione dal novero di quelle cui si riferisce l'art. 1203, n. 3, o per ipotizzare la necessità di un ulteriore più specifico interesse [...]. Più ragionevole sarebbe infatti considerare che il requisito in discorso è posto in via generale e può rivelarsi superfluo in taluni rapporti. Ma il vero è che anche per l'obbligazione in solido esiste la possibilità di un pagamento inadeguato, per carenza di interesse, a giustificare la surrogazione: ciò accade quando non v'era bisogno attuale di effettuarlo; non essendo, per esempio, scaduto il termine [...] o realizzata la condizione»; a sostegno dell'operatività dell'art. 1203, n. 3, cod. civ., la decisione fa inoltre riferimento all'«ampia formulazione della norma». V. inoltre Cass. 14 giugno 1967, n. 1336, in *Foro it., Rep.*, 1967, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 149 (seppur senza riferimento testuale alla surrogazione): «Il debitore solidale, che abbia adempiuto l'obbligazione, può ripetere dai condebitori la parte spettante a ciascuno di essi, purché risulti che egli abbia avuto interesse a soddisfarla; qualora si contesti dai condebitori l'esistenza di tale interesse, sotto il profilo che l'obbligazione non era ancora scaduta, l'accertamento dell'avvenuta scadenza da parte del giudice di merito, compiuto in base all'interpretazione di una convenzione, è insindacabile in cassazione».

¹⁹⁶ Cfr. Cass. 28 marzo 2001, n. 4507, in *Foro it., Rep.*, 2001, voce *Obbligazioni in genere*, n. 56: «Nell'azione di regresso fra condebitori, prevista dall'art. 1299 c.c., il debitore che ha adempiuto il debito comune fa valere il suo diritto alla surrogazione legale a norma dell'art. 1203 n. 3 c.c., con la conseguenza che diventano a lui opponibili non solo le eccezioni relative al rapporto interno di solidarietà, ma anche quelle opponibili al creditore in solido, relative a limitazioni, decadenze e prescrizioni inerenti al diritto che ha formato oggetto di surrogazione; in tale azione, inoltre, il termine d'inizio della prescrizione coincide con quello in cui il debitore in solido abbia adempiuto l'intera obbligazione»; Cass. 4 maggio 1995, n. 4852, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1996, p. 310; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, I, p. 703, con nota di A.G. LANA, *Brevi considerazioni su una "svista" del nostro S.C. in ordine all'applicazione delle convenzioni uniformi e delle norme di diritto internazionale privato in materia di trasporto aereo*; in *Dir. trasporti*, 1997, p. 479, con nota critica di V.R. CERVELLI, *Convenzione di Varsavia e regresso fra vettori* (che aderisce alle precedenti pronunce in base alle quali il regresso sarebbe, «in sostanza, un'azione di surrogazione»); Cass. 18 marzo 1982, n. 1762, in *Foro it., Rep.*, 1982, voce *Obbligazioni in genere*, n. 40: «L'azione di regresso spettante al debitore solidale che abbia effettuato il pagamento è in sostanza un'azione di surrogazione, mediante la quale egli subentra nei diritti del creditore soddisfatto nelle stesse condizioni di questo, di modo che, se il creditore non poteva

rappresenterebbe l'unico strumento di rivalsa a sua disposizione, perché dovrebbe escludersi l'esistenza di un ulteriore diritto di regresso. La lettera dell'art. 1299 cod. civ. non offrirebbe elementi per affermare la sussistenza di un tale diritto di regresso in aggiunta alla surrogazione legale. In particolare, si osserva, mediante questa disposizione «il legislatore *non stabilisce il regresso, ma la disciplina del regresso*, non stabilisce che al condebitore solidale solvente spetta, oltre al diritto di surrogarsi, anche il diritto di agire in regresso, ma pone le modalità e limiti in cui il regresso si attua»¹⁹⁷; la funzione di tale norma sarebbe allora «non già di attribuire uno speciale diritto, ma di disciplinare, precisandone i limiti, il diritto di surrogazione già attribuito con l'articolo 1203»¹⁹⁸. Concedere un diritto di regresso indipendente rispetto al diritto originariamente spettante al creditore porterebbe all'inaccettabile esito di consentire il recupero dell'esborso anche quando il pagamento avrebbe potuto essere evitato sulla base di eccezioni opponibili al creditore¹⁹⁹.

più agire nei confronti di uno dei condebitori solidali (nella specie: a seguito di sentenza dichiarativa della prescrizione del credito, per la parte da lui dovuta), il medesimo, convenuto in via di regresso, ha diritto di eccepire al condebitore attore che al momento del pagamento egli non era più debitore»; Cass. 2 marzo 1973, n. 577, in *Foro it.*, 1973, I, c. 2126, con nota redazionale, nella cui motivazione si afferma che «l'azione di regresso spettante al debitore solidale è in sostanza un'azione di surrogazione, mediante la quale egli subentra nei diritti del creditore, nelle stesse condizioni di esperibilità in cui questi li aveva»; respinge invece espressamente l'idea per cui il regresso sarebbe «in sostanza un'azione di surrogazione» Cass. 21 ottobre 1995, n. 10986, cit., in motivazione.

¹⁹⁷ G. AMORTH, *L'obbligazione solidale*, cit., p. 243 (corsivo nel testo); con identico tenore, ID., *Considerazioni sui rapporti tra surrogazione e regresso nella obbligazione solidale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, p. 142. V. anche U. SALVESTRONI, *La solidarietà fideiussoria*, Padova, 1977, p. 128 s., secondo il quale, salvi i casi «in cui l'azione di regresso assume una specifica rilevanza anche processuale, come nella legge cambiaria (artt. 49 ss. R.D. 14 dicembre 1933, n. 1669)», appare possibile affermare una «fusione» della figura della surrogazione e del regresso; si perviene così a «dare degli artt. 1203 n. 3 e 1299, e degli artt. 1949 e 1950, un'interpretazione combinata ed unitaria: più precisamente, mentre con le norme sulla surrogazione la legge appresta il mezzo tecnico onde risolvere il problema del regresso, con norme apposite segna l'estensione e la misura di questo regresso». V. inoltre M. CANTILLO, *Le obbligazioni*, t. III, cit., p. 1111 («l'azione di regresso spettante al debitore solidale, tanto nelle ipotesi di solidarietà uguale quanto in quelle di solidarietà disuguale, configura di per sé un'azione di surrogazione»).

¹⁹⁸ G. AMORTH, *L'obbligazione solidale*, cit., p. 244, e con identico tenore, ID., *Considerazioni sui rapporti tra surrogazione e regresso nella obbligazione solidale*, cit., p. 143. L'a. osserva inoltre che «il *quid novi* contenuto nella norma citata [art. 1299, 1° co., cod. civ.] non consiste nel prevedere la possibilità del recupero di quanto pagato attribuendo allo scopo un'azione, poiché tale possibilità già discendeva come necessaria conseguenza della divisione della obbligazione solidale nei rapporti interni prevista nell'art. 1298, e aveva altresì trovato una specifica considerazione nell'azione di surrogazione prevista nell'art. 1203, n. 3, ma consiste nel sancire i limiti della ripetizione esperibile dal debitore solvente. Lo scopo della norma non sta nel «può ripetere»; ma nel «può ripetere *soltanto*» (*L'obbligazione solidale*, cit., pp. 263 s., corsivo nel testo). Ancora sull'effettivo significato di tale disposizione, si rileva che «la facoltà di richiedere ai condebitori la parte, e soltanto la parte, discenda prima di tutto dalla struttura della solidarietà, e che nel primo comma dell'art. 1299 si possa riconoscere una norma eminentemente chiarificativa» (*L'obbligazione solidale*, cit., p. 265).

¹⁹⁹ G. AMORTH, *L'obbligazione solidale*, cit., p. 249, e con identico tenore, ID., *Considerazioni sui rapporti tra surrogazione e regresso nella obbligazione solidale*, cit., p. 148, che fa riferimento alla «assurda conseguenza che il condebitore potrebbe vantare il rimborso del pagamento anche se questo non era dovuto». In senso critico v. R. MICCIO, *Delle obbligazioni in generale. Artt. 1173-1320*³, cit., p. 687 (favorevole alla coesistenza di un diritto di regresso distinto rispetto all'originario credito trasferito in virtù della surrogazione): «non si può dire che la regola che limita in questo modo la difesa del convenuto in via di regresso sia assurda, poiché non si deve dimenticare che, in linea generale, il convenuto in via di regresso ha un vincolo obbligatorio non solo col creditore, ma anche col coobbligato, per cui se si limita a non pagare senza difendersi pregiudica anche quest'ultimo e non può più, dopo la sentenza che sancisce il

Come la disciplina posta dall'art. 1299 cod. civ. non vale a fondare un diritto di regresso autonomo rispetto al diritto acquistato mediante surrogazione, ma a determinare l'entità in cui ha luogo il subingresso nel credito previsto dall'art. 1203, n. 3, cod. civ., così eventuali regole ulteriori, di fonte pattizia o legale e concernenti i rapporti fra i condebitori nel caso specifico, detteranno i criteri per l'attuazione della surrogazione legale, concorrendo a tal fine con quanto sancito dallo stesso art. 1299 cod. civ.²⁰⁰.

9. Le opinioni a favore della coesistenza degli strumenti del regresso e della surrogazione legale e i tentativi di coordinamento dei due rimedi

Secondo un'altra impostazione il condebitore adempiente ha a sua disposizione, oltre al regresso, anche la surrogazione legale nel diritto del creditore. Si è così affermato che il regresso e la surrogazione non rappresentano due aspetti di un fenomeno identico, non attribuiscono una pretesa unitaria; fondano invece azioni diverse che spettano in concorso alternativo al soggetto legittimato, il quale può quindi decidere di avvalersi della prima o della seconda²⁰¹. La surrogazione ha luogo nei limiti della parte del debito di pertinenza del consorte a cui viene richiesto il rimborso, non nell'intero credito dedotta la quota del *solvens*, in quanto la «divisione» nei rapporti interni, di cui all'art. 1298, 1° co., cod. civ., opera anche per la surrogazione, oltre che per il regresso. Lo scopo della previsione di un regresso e di una surrogazione soltanto *pro quota* sarebbe quello di «evitare inutili giri di regresso», esito che invece conseguirebbe a un subingresso che avvenisse nella totalità del credito, tolta solo la parte di chi esige il rimborso²⁰²; oltre a ciò, la regola risponderebbe all'esigenza di ripristinare una situazione tendenzialmente conforme²⁰³ a quello che, se non fosse stata

pagamento, eccipire verso il coobbligato l'insussistenza del debito che gli ha lasciato tranquillamente pagare. Assurdo sarebbe proprio il contrario, che cioè il condebitore insolvente dopo aver lasciato tranquillamente pagare gli altri condebitori, convenuto in via di regresso per il rimborso della quota da lui dovuta, eccipisse contro costoro motivi di invalidità del debito, che essi non possono più far valere verso il creditore soddisfatto».

²⁰⁰ G. AMORTH, *L'obbligazione solidale*, cit., pp. 249 s.; ID., *Considerazioni sui rapporti tra surrogazione e regresso nella obbligazione solidale*, cit., p. 148.

²⁰¹ Cfr. D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit., 233. A favore dell'idea del «concorso alternativo» si esprimono anche B. CARPINO, *Del pagamento con surrogazione. Art. 1201-1205*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1988, p. 83, e G. CORAPI, *Regresso e surrogazione nelle obbligazioni solidali*, cit., pp. 165 ss., secondo i quali la scelta per uno dei due rimedi precluderebbe il ricorso all'altro. In relazione alle due azioni, osserva R. MICCIO, *Delle obbligazioni in generale. Artt. 1173-1320*³, cit., pp. 687 s., che «esperita l'una non si dovrebbe poter esercitare la seconda, data la sostanziale identità del *petitum*». Secondo App. Catania, 24 marzo 1999, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2001, II, p. 699, con nota di S. RESCIGNO (in relazione a alla rivalsa di uno dei confideiussori verso l'altro) il regresso sarebbe riconosciuto dall'ordinamento «in via alternativa e non cumulativa» rispetto alla surrogazione legale.

²⁰² «Si ritiene inoltre pacificamente che questa divisione, sia dell'azione di regresso che di quella in surrogazione, sia stata voluta dalla legge per evitare inutili giri di regresso, quali invece si avrebbero se il condebitore adempiente potesse chiedere ad un altro debitore l'intero meno la propria quota, e il consorte adito per primo in via di regresso potesse a sua volta fare altrettanto con un altro coobbligato ancora, e via dicendo»: così D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit., pp. 234 s.

²⁰³ Si parla di «risultati analoghi»: cfr. D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit., p. 235.

disposta la solidarietà a maggior tutela della posizione del creditore, sarebbe stato l'«assetto naturale» dei vincoli obbligatori, e cioè il debito parziario²⁰⁴.

Non condivisibile sarebbe il tentativo di negare la configurabilità di un autonomo diritto di regresso, distinto dalla surrogazione nel credito originario²⁰⁵. I limiti di questa scelta sarebbero evidenti, in particolare, in caso di debito «infungibile», in presenza del quale non potrebbe verificarsi la surrogazione perché il comportamento dovuto, già attuato nei confronti del creditore, è insuscettibile di essere ripetuto a favore del condebitore surrogante²⁰⁶; ma anche quando l'oggetto della prestazione è costituito da «cose fungibili»²⁰⁷, ancorché non da una somma di denaro, e quindi non vi sarebbero ostacoli al subingresso nel credito, il coobbligato solitamente «ha interesse a recuperare dagli altri debitori non (una proporzionale parte di) cose del medesimo genere, bensì il loro valore (*pro quota*), cioè il loro equivalente in denaro»²⁰⁸. In queste ipotesi emerge la necessità del riconoscimento di un diritto di regresso distinto dalla surrogazione. Nel primo caso, soltanto il regresso consente a colui che esegue l'intera prestazione di ottenere da ciascun consorte un ristoro pecuniario proporzionale alle rispettive quote del debito originario; nel secondo, l'azione di regresso diretta al rimborso monetario si affianca a quella in surrogazione, cosicché il condebitore può avvalersi in alternativa dell'una o dell'altra.

La surrogazione nel diritto spettante al creditore si estende alle garanzie, ai sensi dell'art. 1204 cod. civ. Come conseguenza dell'indivisibilità della garanzia ipotecaria e pignorataria, quando uno dei debitori in solido abbia prestato un pegno o un'ipoteca a garanzia dell'intero credito, questi potrà impedire che il bene sia espropriato dal surrogante solo con il pagamento di tutto il debito, dedotta soltanto la quota di pertinenza del richiedente, e non semplicemente della parte di propria spettanza²⁰⁹.

Recentemente l'idea del «concorso alternativo» fra i rimedi della surrogazione e del regresso è stata ribadita in base all'osservazione che mentre la surrogazione presuppone la permanenza in vita del rapporto obbligatorio (tanto nella posizione dell'obbligo quanto in quella del diritto), il regresso (pur sorgendo già con la nascita del vincolo solidale) diviene esigibile soltanto con l'adempimento del debito solidale e la sua estinzione. Di conseguenza, la permanenza in essere del rapporto che caratterizza la surrogazione sarebbe incompatibile con l'esercizio del regresso, e per converso l'estinzione del rapporto che costituisce presupposto di esigibilità del regresso escluderebbe la possibilità del verificarsi di un fenomeno surrogatorio²¹⁰.

²⁰⁴ Cfr. D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit., 235.

²⁰⁵ Cfr. D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit., pp. 236 s.; analogamente, G.F. CAMPOBASSO, voce *Regresso (azione di)*, cit., p. 3.

²⁰⁶ In questo senso anche B. CARPINO, *Del pagamento con surrogazione*, cit., p. 83, e G. CORAPI, *Regresso e surrogazione nelle obbligazioni solidali*, cit., p. 165 (secondo cui nelle «obbligazioni di *facere* [...] non è riscontrabile, una volta che l'obbligazione solidale sia stata adempiuta, la permanenza dell'obbligazione in capo al debitore, con la conseguente esclusione del meccanismo surrogatorio»).

²⁰⁷ Cfr. D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit., p. 237.

²⁰⁸ Cfr. D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit., p. 237. Che la tesi criticata – la quale prospetterebbe, peraltro, una «forzata lettura dei dati legislativi (artt. 1299 e 1950 c.c.)» – sia irricevibile a motivo dell'impossibilità di ipotizzare la surroga nel credito con prestazione infungibile è sostenuto anche da G.F. CAMPOBASSO, voce *Regresso (azione di)*, cit., p. 3.

²⁰⁹ Cfr. D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit., p. 238, secondo cui la soluzione sarebbe avallata dall'art. 754, 1° co., cod. civ., che, riguardando la garanzia ipotecaria di un debito parziario, a maggior ragione giustificerebbe una responsabilità integrale (dedotta la quota del richiedente) in caso di debito solidale.

²¹⁰ G. CORAPI, *Regresso e surrogazione nelle obbligazioni solidali*, cit., pp. 165 ss. Per la rigida alternatività dei rimedi v. già B. CARPINO, *Del pagamento con surrogazione*, cit., p. 83, secondo cui la

Parzialmente diversa è la soluzione indicata da un'altra parte della dottrina. Regresso e surrogazione legale non potrebbero identificarsi né dirsi del tutto indipendenti; alla surrogazione si riconosce una «funzione essenzialmente recuperatoria», e questa circoscriverebbe il subingresso nel credito entro i confini segnati dalla pretesa di regresso, fino ad escluderlo qualora il regresso non sussista, ed escluderebbe il cumulo delle due pretese, pur consentendo il ricorso «in via complementare» a entrambi gli strumenti, così da permettere al *solvens* di ottenere in via di regresso la parte di rimborso che supera l'importo che potrebbe esigere mediante la surrogazione²¹¹.

Un'opinione dottrinale avanza poi, seppure in via dubitativa, l'ipotesi che il rapporto tra regresso e surrogazione vada ricostruito intendendo «la surrogazione come ipotesi sussidiaria»²¹².

La distinzione delle due azioni sembra invece sfumare seguendo un'altra prospettiva. La regola di cui all'art. 1203, n. 3, cod. civ., da cui si desume l'operatività della surrogazione legale a vantaggio del condebitore in solido, costituirebbe «un criterio di rafforzamento e di tutela del diritto di regresso che opera nei limiti di tale funzione»²¹³. Si esclude così che l'azione fondata sulla surrogazione e quella basata sul regresso concorrano tra loro; la surrogazione *ex lege*, si afferma, «è una pura e semplice conseguenza prodotta dal pagamento del condebitore solidale», qualificabile come «effetto legale» se si ritiene che la surrogazione si produca in via

surrogazione e il regresso si trovano in «concorso alternativo»: a seguito del pagamento il *solvens* dispone di ambedue i rimedi, e può avvalersi dell'uno o dell'altro ma non ne può «cumulare i vantaggi», perché optando per un'azione rinuncia necessariamente all'altra.

²¹¹ Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, cit., pp. 722 ss., spec. 724, nonché, seppure non specificamente in relazione all'obbligazione in solido, ma più in generale in tema di surrogazione per pagamento, 362 ss., ove, quale esempio di esercizio in via complementare delle pretese in regresso e in surrogazione, si prospetta la possibilità di chiedere in via di regresso, invocando il «rapporto di provvista» tra il *solvens* e il debitore, la rifusione delle spese e il pagamento degli interessi al saggio pattuito tra *solvens* e debitore, che non potrebbero essere richieste facendo valere, mediante la surrogazione, l'originario diritto spettante al creditore (*op. cit.*, 364). Esclusivamente in una particolare ipotesi anche D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit., p. 244, ammette che «il *solvens* possa cumulare la surrogazione e il regresso»; si tratta del caso in cui l'adempiente abbia effettuato delle spese per il pagamento che non siano «mai diventate un credito del creditore originario»: di queste spese non potrebbe essere richiesta la rifusione tramite la surrogazione, ma all'uopo potrebbe essere utilizzato lo strumento del regresso. La possibilità di un esercizio in via complementare dei due rimedi è divisata anche dalla giurisprudenza di legittimità; cfr. Cass. 30 ottobre 2007, n. 22860, cit., secondo cui «In tema di obbligazioni solidali, il regresso trova fondamento nella corresponsabilità ed è volto ad evitare l'ingiustificato depauperamento del *solvens* che ha adempiuto a titolo di garanzia; a quest'ultimo spetta, altresì, la surrogazione nei confronti del debitore garantito, caratterizzata da presupposti e contenuto diversi, sicché esse sono complementari pur se non cumulabili, potendo essere esercitate entrambe le relative azioni nei limiti in cui il regresso sia diretto ad ottenere quanto spettante in eccedenza rispetto al credito oggetto della vicenda successiva della surrogazione» (ma si tratta di affermazione non rilevante ai fini del decidere); ma in senso contrario sembrerebbe Cass. 21 ottobre 1995, n. 10986, cit., in motivazione, secondo cui i «due rimedi non possono essere contemporaneamente esperiti» e «l'esercizio di uno dei due rimedi esclude l'esperibilità dell'altro, non potendo gli stessi essere cumulati»; tuttavia si tratta di affermazioni, oltre che, anche in questo caso, non decisive nel caso di specie, non del tutto univoche nell'escludere la possibilità di un esercizio in via (non cumulativa bensì) complementare dei due strumenti.

²¹² Cfr. M. PROSPERETTI, *Il pagamento con surrogazione*², cit., p. 168.

²¹³ G. SICCHIERO, voce *Regresso*, in *Dig.*⁴, *Agg.*, VII, cit., p. 833; cfr. anche ID., *Regresso e surrogazione legale*, cit., p. 1016, secondo cui la surrogazione consente al condebitore adempiente di beneficiare delle garanzie spettanti al creditore «nei limiti in cui il regresso è dato».

automatica, oppure come «diritto potestativo» se si richiede che venga manifestata la volontà di subentrare nella posizione del creditore²¹⁴.

10. I mezzi di rivalsa del debitore adempiente nella prospettiva della comunione del debito e i pretesi limiti all'operatività della surrogazione

Una particolare ricostruzione dei rimedi spettanti al debitore *solvens* per il recupero, totale o parziale, di quanto versato al creditore è quella che emerge nel contesto della concezione per cui la solidarietà sarebbe uno «strumento di attuazione» suscettibile di applicazione in relazione sia a casi di vera e propria comunione nel debito sia di plurime obbligazioni connesse²¹⁵.

È opportuno richiamare brevemente gli snodi fondamentali di questa tesi, con particolare riguardo ai rapporti fra lo schema dell'obbligazione soggettivamente complessa e l'idea della solidarietà debitoria.

L'impostazione tradizionale si atterrebbe all'assunto secondo cui l'obbligazione solidale deve presentare gli elementi costitutivi propri dell'obbligazione soggettivamente complessa²¹⁶, comunemente individuati nella pluralità di soggetti, nell'unicità della prestazione (*eadem res debita*) e nell'unicità del fatto costitutivo (*eadem causa obligandi*)²¹⁷. Così opinando, tuttavia, sorgerebbero rilevanti difficoltà quando si voglia offrire una giustificazione alle ipotesi di obbligazioni solidali caratterizzate dall'interesse esclusivo di un unico debitore (obbligazioni solidali «ad interesse unisoggettivo»), nelle quali manca l'*eadem causa obligandi* e talvolta anche l'identità della prestazione dovuta. I tentativi di superare tale ostacolo circoscrivendo la categoria della solidarietà autentica alle obbligazioni caratterizzate dall'*eadem causa obligandi*, e costruendo la figura della solidarietà c.d. «impropria», «spuria» o «imperfetta» onde ricondurvi le obbligazioni solidali ad interesse unisoggettivo²¹⁸, si porrebbero in contrasto con il dato normativo, che non necessariamente dispone la solidarietà solo in presenza di un'obbligazione soggettivamente complessa. Neppure accettabili sarebbero gli sforzi volti a estendere lo schema dell'obbligazione soggettivamente complessa per adattarlo anche alle obbligazioni solidali a interesse unisoggettivo, perché ne risulterebbe una nozione di obbligazione plurisoggettiva eccessivamente generica. Ciò dimostrerebbe, secondo l'impostazione in esame, che l'obbligazione solidale non può essere ricondotta senza residui nell'ambito delle obbligazioni soggettivamente complesse, e che si deve quindi rinunciare a definire «un concetto omogeneo di obbligazione solidale» per accogliere invece «una nozione unitaria di solidarietà»; solidarietà che può alternativamente rappresentare un possibile «strumento di attuazione» delle obbligazioni con pluralità di soggetti, come accade nelle obbligazioni solidali «ad interesse comune», oppure costituire un «vincolo», anche in

²¹⁴ G. SICCHIERO, *Regresso e surrogazione legale*, cit., p. 1016. Sembra aderire a questa impostazione M. TICOZZI, *Studio sulle obbligazioni solidali*, cit., pp. 199 s.

²¹⁵ Il riferimento è alla concezione di F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, cit., *passim*.

²¹⁶ Cfr., per la trattazione che segue, F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, cit., pp. 53 ss.

²¹⁷ Cfr. F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, cit., pp. 2 s.

²¹⁸ Parla ad esempio di «figure spurie» ad es. D. RUBINO, *Delle obbliazioni*², cit., p. 140; A. RAVAZZONI, *La fideiussione*, Milano, 1981 (rist.), p. 82, parla, in relazione alla fideiussione, di «solidarietà del tutto impropria».

questo caso rilevante «in fase di attuazione», tra rapporti obbligatori connessi ma distinti, quali si rinvencono nei casi di obbligazioni solidali «ad interesse unisoggettivo»²¹⁹.

Constatato che la questione della «struttura» del rapporto obbligatorio sarebbe mal formulata in relazione al complessivo fenomeno della solidarietà, il problema dell'unità o pluralità dei vincoli andrebbe più correttamente impostato in relazione all'obbligazione soggettivamente complessa²²⁰. Viene così avanzata l'ipotesi ricostruttiva in base alla quale l'obbligazione soggettivamente complessa costituisca una comunione nel debito (o nel credito)²²¹. La rilevanza dello schema della comunione nel debito emergerebbe dall'art. 1294 cod. civ., che riferendosi ai «condebitori» richiamerebbe l'idea del «condebito», inteso quale autentica forma di comunione²²². Si precisa che la «comunione di interessi» tra i debitori, che secondo la Relazione al codice civile²²³ giustifica la c.d. presunzione di solidarietà di cui all'art. 1294 cod. civ., non rappresenterebbe «un qualsiasi legame comunitario rilevante sul piano economico», ma dovrebbe essere intesa quale «vera e propria comunione del debito»²²⁴.

Dal punto di vista logico-dogmatico, partendo dalla distinzione tra «titolarità» ed «esercizio» delle situazioni giuridiche soggettive, non sussisterebbero difficoltà ad ammettere che la titolarità di un obbligo possa far capo a una pluralità di soggetti. Infatti, il profilo della titolarità esprime una «necessità di agire», la quale può essere riferita così ad un singolo come a una molteplicità di soggetti. E le attività esecutive poste in essere dai debitori in osservanza dell'obbligo su di essi incombente non rilevano come congegni attuativi di distinte situazioni giuridiche particolari, ma concorrono all'attuazione dell'unica obbligazione riferibile alla pluralità dei consorti. L'«unicità» del dovere di condotta dei coobbligati, d'altra parte, è implicata dall'«unicità dell'interesse del creditore»²²⁵.

Uno dei «principi» qualificanti della comunione dei diritti, compresa la comunione del credito e del debito, sarebbe quello della «parità di trattamento» tra i contitolari²²⁶. Anzitutto, dall'art. 1298, cpv., cod. civ. (che stabilisce l'uguaglianza della parte spettante a ciascun consorte nei rapporti interni a meno che non consti un diverso criterio di suddivisione) emergerebbe «un segno indubbio dell'intento del legislatore di favorire, in via dispositiva, una partecipazione paritaria dei varî consorti

²¹⁹ Cfr. F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, cit., pp. 60 s.

²²⁰ Cfr. F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, cit., pp. 60 ss.

²²¹ Cfr. F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, cit., p. 87: «il problema centrale di una ricerca sulla struttura della obbligazione soggettivamente complessa verte essenzialmente sulla ammissibilità logica e la positiva configurabilità di un'unica obbligazione con più soggetti (creditori e/o debitori), e, correlativamente, di una contitolarità del diritto e/o dell'obbligo tra cui intercorre l'obbligazione stessa. L'importanza di questo problema è resta manifesta, oltre tutto, dall'ovvio rilievo che una conclusione negativa condurrebbe necessariamente a togliere ogni valore tecnico-giuridico alla stessa espressione «obbligazione soggettivamente complessa», dovendosi, in tal caso, parlare piuttosto di un complesso di obbligazioni (connesse), e, sotto il profilo delle situazioni soggettive implicate, di un concorso di diritti (di credito) e/o di obblighi» (note omesse).

²²² Cfr. F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, cit., pp. 90

²²³ Cfr. Relazione del Ministro Guardasigilli al codice civile, n. 597.

²²⁴ Cfr. F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, cit., pp. 124 ss.

²²⁵ Cfr. F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, cit., pp. 211 s.

²²⁶ Cfr., per l'analisi del principio di parità di trattamento e l'esame delle sue implicazioni in relazione all'obbligazione soggettivamente complessa, F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, cit., pp. 360 ss.; per l'affermazione che quello della parità di trattamento rappresenti «uno dei principi fondamentali» in materia di comunione, anche dei diritti di credito, v. p. 370.

all'obbligazione soggettivamente complessa, fin dal momento della sua costituzione»²²⁷, indice che, con riguardo alla successiva fase della cessazione del vincolo obbligatorio, sarebbe confermato dagli artt. 1298, 1° co. (relativo alla «divisione» dell'obbligazione nei rapporti interni fra condebitori o concreditori) e 1299, 1° co., cod. civ. (che riconosce al condebitore *solvens* il diritto di regresso *pro quota* verso i consorti)²²⁸. Il rilievo della parità di trattamento fra contitolari emergerebbe inoltre dalla disposizione, in tema di comunione dei diritti reali, di cui all'art. 1101, cpv., cod. civ., secondo cui «Il concorso dei partecipanti, tanto nei vantaggi quanto nei pesi della comunione, è in proporzione delle rispettive quote». La portata di tale regola non andrebbe necessariamente circoscritta ai diritti reali; di contro, sarebbe plausibile affermare che essa sia suscettibile di «una generale applicabilità a tutte le ipotesi in cui un diritto soggettivo spetti in comune a più titolari»²²⁹.

L'unicità del vincolo che caratterizza l'obbligazione soggettivamente complessa non sarebbe conciliabile con la surrogazione del *solvens* nel diritto del creditore soddisfatto, perché la conservazione dell'obbligo nonostante l'avvenuto pagamento, che necessariamente caratterizza il fenomeno surrogatorio, contrasterebbe con l'unitarietà del debito in capo ai consorti²³⁰. Non si accorderebbe inoltre con il «vincolo di comunione tra i condebitori» la facoltà, tipicamente legata alla surrogazione, di sollevare nei confronti del debitore surrogato «tutte le eccezioni da quest'ultimo opponibili (o anche opposte) al creditore comune»²³¹. Da ultimo, comprometterebbe la «parità di trattamento» la possibilità per il debitore che effettua il pagamento di surrogarsi nelle garanzie che assistono il credito adempiuto: nel caso di garanzia pignorizia o ipotecaria prestata da un coobbligato, il carattere indivisibile proprio di tali cautele implicherebbe che a impedire l'esecuzione forzata sul bene in garanzia non sarebbe sufficiente il pagamento della singola parte del condebitore, ma richiederebbe la soddisfazione dell'intero credito, dedotta soltanto la porzione del richiedente²³².

²²⁷ Cfr. F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, cit., p. 368.

²²⁸ Anche se – si precisa – gli artt. 1298 e 1299 sono dettati in relazione alle obbligazioni solidali, ciò non esclude che si possa riconoscere al loro «fondamento» una portata più ampia rispetto all'area delle obbligazioni soggettivamente complesse di carattere solidale; e tale «fondamento» consisterebbe nell'«esigenza di un riparto proporzionato (alle quote dei consorti) dei vantaggi – o dei pesi, in caso di condebito –, derivanti dalla esecuzione della prestazione» (F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, cit., p. 369).

²²⁹ Cfr. F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, cit., p. 370, seguito da A. GNANI, *La responsabilità solidale*, cit., p. 192; anche A. DI MAJO, voce *Obbligazioni solidali*, cit., p. 319, testo e nota 118, rinviene una nesso tra gli art. 1292, cpv., 1101 cod. civ. e il principio di «parità di trattamento».

²³⁰ Cfr. F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, cit., p. 427, nt. 152.

²³¹ Cfr. F.D. BUSNELLI, *op. loc. ultt. citt.*, che a sostegno dell'affermazione richiama le considerazioni di P. MELUCCI (*La teoria delle obbligazioni solidali nel diritto civile italiano*, cit., p. 156), secondo cui «è ben naturale che un cointeressato si affidi all'opera dell'altro per le sorti di un giudizio comune [...] Che se realmente l'inabilità o l'indolenza del correo convenuto possano pregiudicare la più robusta difesa, che gli altri avrebbero saputo opporre al creditore, *imputent sibi* di aversi associato un cointeressato, contro il quale bene essi sapevano che il creditore poteva rivolgersi a sua scelta; e non è forse per questo che i correi rispondono perfino della colpa e della mora di ciascuno di essi (art. 1191)?».

²³² Cfr. F.D. BUSNELLI, *op. loc. ultt. citt.*, facendo propri i rilievi di D. RUBINO (*Delle obbligazioni*², cit., p. 238). Va precisato che D. RUBINO si limita a illustrare le conseguenze dell'indivisibilità del pegno e dell'ipoteca in relazione alla surrogazione fra condebitori, senza dedurne l'incompatibilità della surrogazione stessa con lo schema della solidarietà, anche eventualmente con quelle sole obbligazioni che, nella prospettiva sistematica elaborata da F.D. BUSNELLI, possono indicarsi come soggettivamente complesse (quindi corrispondenti a un interesse comune ai condebitori); chiaramente nel senso dell'operatività della surrogazione legale tra debitori in solido, v. infatti D. RUBINO, *op. ult. cit.*, p. 233.

Nel caso di obbligazione soggettivamente complessa, quindi, non potrebbe operare a vantaggio del debitore solidale che adempie integralmente la surrogazione legale prevista dall'art. 1203, n. 3, cod. civ., in favore di chi «essendo tenuto con altri o per altri al pagamento del debito, aveva interesse di soddisfarlo»²³³.

Per contro, intimamente connesso con il principio di parità di trattamento, essendo destinato ad assicurare l'eguaglianza delle situazioni dei condebitori una volta intervenuto l'integrale adempimento da parte di uno di essi, sarebbe il regresso di cui all'art. 1299, 1° co., cod. civ.²³⁴. In presenza di un'obbligazione plurisoggettiva regolata dalla disciplina della solidarietà, il pagamento integrale ad opera di uno dei debitori comporta l'estinzione del vincolo, sicché il riferimento alla rifrazione dell'obbligazione nei rapporti fra consorti, contenuto nell'art. 1298 cod. civ., risulta «improprio», e ad esso deve essere attribuito al massimo un «valore descrittivo»²³⁵. Ciò che consegue alla soddisfazione del creditore, quindi, non è la divisione dell'originaria obbligazione, bensì il sorgere di «tante nuove obbligazioni» non solidali, volto a consentire al *solvens* di essere reintegrato dell'esborso effettuato in eccedenza rispetto alla propria parte di debito²³⁶.

L'idea dell'obbligazione soggettivamente complessa come ipotesi di comunione nel debito costituisce un assunto posto alla base di un'ulteriore tesi avanzata in dottrina²³⁷.

Nell'ambito di incidenza della figura della contitolarità nel debito, l'impostazione in esame accoglie la ricostruzione del regresso, da intendersi come «diritto nuovo» rispetto all'originario credito soddisfatto, come rivolto a garantire la «parità di trattamento» nei rapporti interni fra i comunisti²³⁸. Si esclude, peraltro, che il regresso possa essere giustificato come un rimedio contro un arricchimento senza causa dei condebitori non adempienti²³⁹.

Condivisi sono anche i rilievi in senso sfavorevole rispetto all'operatività della surrogazione legale ex art. 1203, n. 3, cod. civ. nel caso di condebito solidale²⁴⁰; a ciò si aggiunge che la surrogazione attribuirebbe al *solvens* il potere domandare, ove tale

²³³ Cfr. F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, cit., pp. 427 s. Certamente compatibile, si puntualizza, sarebbe invece la surrogazione con le ipotesi di solidarietà caratterizzata dall'interesse esclusivo di uno dei debitori (chiaramente depone in tal senso la previsione della surrogazione a favore del fideiussore, ex art. 1949 cod. civ.): v. *op. cit.*, pp. 426 s.

²³⁴ Cfr. F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, cit., p. 428.

²³⁵ Cfr. F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, cit., p. 152, mutuando l'espressione da D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit., p. 220.

²³⁶ Cfr. F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, cit., p. 152, nonché pp. 428 s.

²³⁷ Il riferimento è a F.M. ANDREANI, voce *Regresso (azione di)*, cit., pp. 704 ss.; per l'adesione alla teoria del condebito, cfr. spec. p. 705.

²³⁸ F.M. ANDREANI, voce *Regresso (azione di)*, cit., p. 705.

²³⁹ In senso critico rispetto all'opinione di D. RUBINO, si osserva da questa dottrina che il regresso a favore del *solvens* può sorgere anche in assenza di un arricchimento per i consorti, come accade, ad esempio, nell'ipotesi di cui all'art. 1310, 2° co., cod. civ., in cui viene riconosciuto il regresso al condebitore adempiente nei cui confronti opera una causa di sospensione della prescrizione ancorché verso degli altri obbligati il credito originario fosse prescritto, cosicché questi non traggono una locupletazione, costituita dalla liberazione dall'obbligo, in virtù del pagamento, posto che già avrebbero potuto opporre al creditore l'intervenuta prescrizione; F.M. ANDREANI, voce *Regresso (azione di)*, cit., pp. 704 s.

²⁴⁰ F.M. ANDREANI, voce *Regresso (azione di)*, cit., p. 711, il quale osserva altresì che «È improprio [...] ed equivarrebbe ad ipotizzare un'autentica *factio iuris* il riconoscimento della surrogazione al coobbligato solidale che ha pagato l'intero, poiché il diritto che gli spetta sulla base dell'art. 1299 c.c. manca di una delle prerogative essenziali originariamente inerenti al lato attivo del rapporto obbligatorio, ossia il potere di esigere l'intero da ciascun condebitore» (*op. cit.*, p. 710).

prerogativa competesse al creditore surrogante, l'annullamento o la rescissione del titolo, consentendogli di ottenere che venga pronunciata l'inefficacia del negozio sulla base di una propria determinazione individuale, esito inaccettabile se si considera che «l'affare da cui è sorta l'obbligazione soggettivamente complessa non è imputabile al *solvens* singolarmente, ma alla collettività dei condebitori, nel cui interesse è stato eseguito il pagamento ed è stata accettata, eventualmente, la controprestazione»²⁴¹.

La surrogazione di cui all'art. 1203, n. 3, cod. civ., deve allora essere riconosciuta «unicamente al *solvens* che abbia adempiuto a titolo di garanzia», posto che in tale ipotesi, caratterizzata dalla presenza non di un'unica ma di più obbligazioni, possono prodursi gli effetti caratteristici del meccanismo surrogatorio, vale a dire l'estinzione della pretesa creditoria accompagnata dalla permanenza in vita dell'obbligo del debitore²⁴².

Le ipotesi di condebito sarebbero quindi caratterizzate dal diritto di regresso a favore del soggetto adempiente, e ciò malgrado l'eventuale assenza di una disposizione attributiva di tale diritto, mentre in presenza di una pluralità di obbligazioni distinte la sussistenza del regresso dovrebbe essere esplicitamente affermata dalla legge²⁴³.

Anche un'altra tesi dottrinale fa proprie, da un lato, l'idea dell'unicità del rapporto nelle obbligazioni solidali «ad interesse comune» e, dall'altro, la considerazione della solidarietà come possibile «strumento di attuazione» di un'obbligazione soggettivamente complessa o come «vincolo», caratterizzante anch'esso il momento dell'«attuazione», tra obbligazioni distinte ancorché in rapporto di connessione; parzialmente differenti, tuttavia, sono le soluzioni che prospetta in relazione alla surrogazione e al regresso del condebitore adempiente²⁴⁴.

Anche secondo questa impostazione, nelle obbligazioni solidali «ad interesse comune», stante l'unicità del vincolo, l'obbligo non potrebbe sopravvivere al pagamento da parte di uno dei debitori, ma dovrebbe necessariamente estinguersi, onde una surrogazione nel diritto del creditore non sarebbe concepibile²⁴⁵.

²⁴¹ F.M. ANDREANI voce *Regresso (azione di)*, cit., p. 712.

²⁴² F.M. ANDREANI, voce *Regresso (azione di)*, cit., pp. 712 e 705 s. In relazione alle garanzie per debito altrui, l'a. precisa che il fideiussore e il terzo datore di ipoteca si surrogerebbero nel diritto del creditore soddisfatto ai sensi dell'art. 1203, n. 3, c.c., ma non godrebbero, in aggiunta, di un distinto diritto di regresso verso il debitore principale, a dispetto delle previsioni di cui agli art. 1950 e 2871, 1° co., cod. civ., che apparentemente riconoscono tale diritto; la disposizione di cui all'art. 1950, cod. civ., in particolare, «rappresenta una vera e propria superfetazione, limitandosi a disciplinare aspetti puramente accessori (ad esempio, interessi) del credito in cui è investito il fideiussore *solvens* e il cui contenuto appare assai più consono all'idea di una successione nel diritto del creditore soddisfatto che non allo schema del regresso, che [...] è un diritto autonomo rispetto al primo» (*op. cit.*, p. 716); per il riconoscimento della sola surrogazione, con esclusione del regresso, a favore del fideiussore, v. anche A. GNANI, *La responsabilità solidale*, p. 199 nt. 44.

²⁴³ F.M. ANDREANI, voce *Regresso (azione di)*, cit., p. 723 s. Per alcune considerazioni critiche rispetto a questa ricostruzione, v. A. GNANI, *La responsabilità solidale*, cit., pp. 193 s., secondo cui il regresso sarebbe istituito non confinato all'obbligazione soggettivamente complessa in senso stretto, come dimostra il fatto che l'art. 1299, 3° co., cod. civ., in tema di regresso, considera l'ipotesi di obbligazione in solido a interesse unisoggettivo.

²⁴⁴ L'opinione richiamata è quella di B. GRASSO, *Surrogazione legale e solidarietà*, in *Rass. dir. civ.*, 1984, pp. 100 ss. Per l'adesione alle tesi di F.D. BUSNELLI sulla unitarietà del vincolo nelle obbligazioni solidali «ad interesse comune», pur con alcune puntualizzazioni in relazione alle argomentazioni addotte a sostegno della possibile contitolarità nel debito o nel credito, cfr. spec. pp. 113-117. Dello stesso B. GRASSO si veda anche il contributo *Ancora in tema di surrogazione per pagamento e fideiussione con beneficio dell'escussione*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, pp. 400 ss.

²⁴⁵ B. GRASSO, *Surrogazione legale e solidarietà*, cit., p. 117.

L'impostazione in esame, però, va oltre le conclusioni alle quali perveniva la precedente ricostruzione, giacché esclude l'operatività della surrogazione anche in relazione alle obbligazioni solidali con molteplicità di vincoli.

Il fenomeno della surrogazione si caratterizzerebbe per la sopravvivenza dell'obbligo nonostante l'attuazione della pretesa creditoria²⁴⁶. Tuttavia, l'estinzione dell'obbligo che viene evitata con la surrogazione non può essere quell'estinzione che si ricollega in via «diretta» all'estinzione del diritto del creditore, ma solo quella che deriva quale «effetto <riflesso>»²⁴⁷; in particolare, l'ipotesi di surrogazione di cui all'art. 1203, n. 3, cod. civ., non può riguardare il condebitore il solido, posto che la prestazione di questi non può non rilevare tanto al fine della «realizzazione del diritto di credito» quanto a quello dell'«attuazione del contenuto dell'obbligo»²⁴⁸. In altri termini, il ragionamento pare svilupparsi in questo modo: il soddisfacimento della pretesa dell'*accipiens* mediante l'esecuzione della prestazione da parte dell'obligato comporta, insieme all'estinzione del diritto di credito, l'estinzione dell'obbligo incombente sul debitore²⁴⁹; sicché, per la necessaria estinzione dell'obbligo, la surrogazione non potrebbe operare nei casi in cui il diritto del creditore venga attuato attraverso l'adempimento da parte del soggetto obbligato. Di conseguenza, la surrogazione può verificarsi solo quando la vicenda estintiva dell'obbligo sia qualificabile come «effetto <mediato> o <riflesso> dell'estinzione del diritto di credito realizzato dal terzo»²⁵⁰.

Si pone allora la questione se un'estinzione dell'obbligo quale conseguenza «mediata» o «riflessa» della soddisfazione del creditore possa verificarsi in caso di adempimento di un'obbligazione solidale «ad interesse unisoggettivo», e quindi caratterizzata dalla pluralità dei vincoli. Escluso che il pagamento integrale da parte di un condebitore vada considerato come attività esecutiva dell'obbligo gravante sul *solvens* per la porzione del debito di sua pertinenza e come adempimento dell'obbligo altrui quanto al residuo debito²⁵¹, deve ritenersi che ciascun debitore in solido sia «autonomamente tenuto per l'intero»²⁵². Ora, il pagamento del totale da parte di uno dei debitori realizza integralmente l'«interesse materiale del creditore», e tale risultato non può non influire anche sui rapporti obbligatori tra l'*accipiens* e gli altri obbligati in solido: che la *solutio* di uno dei consorti produca necessariamente effetto sul vincolo degli altri è stabilito dall'art. 1292 cod. civ., il quale ricollega la generale liberazione dei coobbligati all'adempimento da parte di uno di essi²⁵³; non si tratta, peraltro, di estinzione nei soli confronti del creditore, con permanenza in vita dell'obbligazione nei «rapporti interni» fra debitori²⁵⁴. L'adempimento da parte di uno dei debitori in solido,

²⁴⁶ B. GRASSO, *Surrogazione legale e solidarietà*, cit., pp. 102-108.

²⁴⁷ B. GRASSO, *Surrogazione legale e solidarietà*, cit., pp. 108 s.

²⁴⁸ B. GRASSO, *Surrogazione legale e solidarietà*, cit., pp. 109 s. Cfr. anche *op. cit.*, p. 112, ove si fa riferimento al «principio generale secondo cui quando la realizzazione del diritto di credito si accompagna all'attuazione dell'obbligo (e cioè al pagamento da parte di chi è debitore) l'effetto immediato e diretto è l'estinzione dell'intero rapporto obbligatorio».

²⁴⁹ Cfr. B. GRASSO, *Surrogazione legale e solidarietà*, cit., p. 112, ove si fa riferimento al «principio generale secondo cui quando la realizzazione del diritto di credito si accompagna all'attuazione dell'obbligo (e cioè al pagamento da parte di chi è debitore) l'effetto immediato e diretto è l'estinzione dell'intero rapporto obbligatorio».

²⁵⁰ B. GRASSO, *Surrogazione legale e solidarietà*, cit., p. 109.

²⁵¹ B. GRASSO, *Surrogazione legale e solidarietà*, cit., 124, sul rilievo che così opinando «non si riuscirebbe a giustificare le singole posizioni di <dovere> rivolte al <tutto>».

²⁵² B. GRASSO, *Surrogazione legale e solidarietà*, cit., 124.

²⁵³ B. GRASSO, *Surrogazione legale e solidarietà*, cit., p. 124.

²⁵⁴ B. GRASSO, *Surrogazione legale e solidarietà*, cit., pp. 125 s.

dunque, provoca l'estinzione di tutti gli obblighi «in via diretta ed immediata»; ne deriva l'impossibilità di ipotizzare la surrogazione del *solvens* nei diritti del creditore soddisfatto²⁵⁵.

La conclusione così formulata sembrerebbe in contrasto con la previsione della surrogazione a favore del fideiussore adempiente, ai sensi dell'art. 1949 cod. civ.²⁵⁶; in realtà, si dovrebbero distinguere due figure di garanzia fideiussoria, a seconda che sia pattuito o no il beneficio di escussione. Solo in assenza di tale beneficio, si afferma, il fideiussore è tenuto in solido con il debitore principale; in questo caso il primo può rivalersi sul secondo mediante l'azione di regresso *ex* art. 1950 cod. civ., mentre non ha a disposizione lo strumento della surrogazione di cui all'art. 1949 cod. civ. Diversamente accadrebbe per la fideiussione beneficiata o semplice; questa figura si collocherebbe al di fuori dell'ambito della solidarietà, perché il garante e il debitore non possono dirsi obbligati alla medesima prestazione²⁵⁷ e il creditore non ha la facoltà di pretendere l'intero pagamento da qualsivoglia obbligato. Se la fideiussione è semplice, dunque, può operare la surrogazione a favore del garante, perché il suo pagamento non comporta l'estinzione «in via diretta» dell'obbligo del debitore principale, come accadrebbe se i due soggetti fossero tenuti con vincolo di solidarietà; il garante, però, non può avvalersi del diritto di regresso ai sensi dell'art. 1950 cod. civ., riservato al fideiussore solidale²⁵⁸. Si soggiunge, peraltro, che il disposto dell'art. 1949 cod. civ. non si limita a ribadire per la particolare ipotesi della fideiussione la più generale regola stabilita dall'art. 1203, n. 3, cod. civ., perché, a rigore, questa seconda norma non consentirebbe la surrogazione a vantaggio del fideiussore. Infatti, sebbene l'obbligazione del debitore principale e quella del garante non siano caratterizzate dalla *eadem res debita*, l'utilità che il fideiussore (con beneficio di escussione) deve procurare al creditore «equivarrà sempre, in concreto, a quanto ancora dovuto dal debitore garantito (dopo un'escussione parziale), perché, proprio per la necessaria

²⁵⁵ B. GRASSO, *Surrogazione legale e solidarietà*, cit., p. 127. *Contra*, sulla incompatibilità della surrogazione con la solidarietà a motivo del necessario effetto estintivo del pagamento, P. PISCITELLO, *Rinuncia alla surroga e regresso del confideiussore che ha adempiuto parzialmente il debito garantito*, cit., p. 373.

²⁵⁶ Per le argomentazioni che seguono, cfr. B. GRASSO, *Surrogazione legale e solidarietà*, cit., pp. 128-134.

²⁵⁷ «[S]e il creditore può chiedere l'adempimento dell'obbligazione di garanzia soltanto dopo aver inutilmente escusso i beni del debitore garantito che il fideiussore stesso ha indicato e limitatamente al residuo ancora dovuto dopo tale escussione il vincolo della solidarietà, è spezzato, [...] per il venir meno di quell'elemento, a questa essenziale, dell'*eadem res debita*, [...] (poiché anche quando il garante sarà tenuto – in concreto – alla stessa prestazione del debitore principale perché l'escussione è stata completamente negativa, non ricorrerà mai l'identità di «contenuto giuridico» delle varie prestazioni quando il debitore sussidiario sarà tenuto non alla medesima prestazione, ma solo a quanto risulterà ancora dovuto dopo l'escussione, anche se, in via di «fatto», ciò potrà risultare coincidente con l'intero)»: B. GRASSO, *Surrogazione legale e solidarietà*, cit., pp. 129 s.

²⁵⁸ Si precisa che «[l]'impressione di una contrapposta corrispondenza tra azione di regresso e fideiussione solidale da un lato, e surrogazione e fideiussione non solidale dall'altro, non potrebbe essere messa in dubbio per la ragione che sovente il termine «regresso» viene usato anche con riferimento alla fideiussione non solidale (si pensi così agli artt. 1951, 1952, e 1953 c.c.), perché qui quel termine viene utilizzato quale sinonimo di «rivalsa» o di «rimborso» riferendolo genericamente ai rapporti tra fideiussore e debitore principale» (B. GRASSO, *Surrogazione legale e solidarietà*, cit., p. 131), aggiungendo che «[d]'altra parte tutta la normativa, dall'art. 1949 c.c. all'art. 1953 c.c., è compresa nella sezione III (del capo XXII) intitolata «Rapporti fra fideiussore e debitore principale» e perciò ben può pensarsi che quando si parla genericamente di «regresso» il sistema intenda riferirsi al rimborso al quale ha diritto il fideiussore utilizzando gli strumenti della surrogazione o dell'azione di regresso» (*op. cit.*, p. 131, nt. 95).

natura «satisfattoria» di ogni fideiussione tipica, non può non essere commisurata all'obbligazione garantita adempiuta»²⁵⁹; sicché in capo al fideiussore «non sarebbe mai riscontrabile l'interesse ad evitare le conseguenze dell'altrui inadempimento – e cioè il pagamento dovuto dell'obbligo di garanzia – mediante il pagamento dell'altrui debito e, cioè, della obbligazione garantita», vale a dire quell'«interesse» alla soddisfazione del debito al quale l'art. 1203, n. 3, cod. civ. subordina la surrogazione nei diritti del creditore²⁶⁰.

Ferma quindi l'ipotesi della surrogazione a favore del fideiussore con beneficio di escussione, prevista dall'art. 1949 cod. civ., il soggetto «tenuto con altri o per altri al pagamento del debito» deve essere «terzo rispetto al rapporto adempiuto»²⁶¹; più specificamente, dunque, questi «non è il debitore, ma chi sarebbe comunque tenuto a sopportare il peso economico dell'altrui adempimento»²⁶². Per identificare chi possa, adempiendo il debito di altri, surrogarsi *ex lege* nei diritti del creditore, deve farsi riferimento all'«interesse» al pagamento menzionato nell'art. 1203, n. 3, cod. civ.; il *solvens* deve quindi avere «interesse» ad effettuare la prestazione dovuta dal debitore per non essere costretto a subire gli effetti del mancato adempimento da parte del soggetto obbligato. Un tale interesse sarebbe riscontrabile in capo al terzo datore di ipoteca o acquirente dell'immobile ipotecato, che potrebbe voler soddisfare il debito garantito onde impedire l'espropriazione forzata²⁶³; potrebbe inoltre sussistere in caso di garanzia autonoma, e quindi di tipo «indennitario», quando il garante autonomo preferisca eseguire la prestazione del debitore anziché quella a cui si era obbligato assumendo la garanzia, perché, ad esempio, l'importo dovuto a titolo di garanzia fissato *ex ante* si rivela in concreto più elevato del debito effettivamente gravante sul garantito²⁶⁴; infine, andrebbe riconosciuto al promittente in caso di promessa del fatto del terzo, ai sensi dell'art. 1381 cod. civ., quando questi intenda effettuare la prestazione oggetto della promessa anziché indennizzare il beneficiario con un importo, in ipotesi, maggiore rispetto all'entità della prestazione del terzo²⁶⁵.

11. (segue) Rilievi critiche

All'assunto secondo cui la surrogazione, presupponendo la sopravvivenza dell'obbligo all'avvenuto pagamento, ripugnerebbe alla struttura unitaria dell'obbligazione soggettivamente complessa²⁶⁶, un'altra parte della dottrina obietta che sui condebitori in solido non grava un singolo vincolo comune a tutti, ma una pluralità di obblighi distinti²⁶⁷.

²⁵⁹ B. GRASSO, *Surrogazione legale e solidarietà*, cit., p. 134.

²⁶⁰ B. GRASSO, *Surrogazione legale e solidarietà*, cit., pp. 133 s., nonché p. 139. In senso contrario rispetto alla lettura dell'art. 1949 cod. civ. basata sulla distinzione tra fideiussione solidale e fideiussione semplice, v. A. GNANI, *La responsabilità solidale*, cit., p. 200 nt. 45.

²⁶¹ B. GRASSO, *Surrogazione legale e solidarietà*, cit., p. 136.

²⁶² B. GRASSO, *Surrogazione legale e solidarietà*, cit., p. 137.

²⁶³ B. GRASSO, *Surrogazione legale e solidarietà*, cit., p. 137.

²⁶⁴ B. GRASSO, *Surrogazione legale e solidarietà*, cit., pp. 137 ss., spec. p. 140, testo e nt. 141.

²⁶⁵ B. GRASSO, *Surrogazione legale e solidarietà*, cit., pp. 140 s.

²⁶⁶ Il riferimento è all'opinione di F.D. BUSNELLI, *op. cit.*, p. 427 nt. 152.

²⁶⁷ B. CARPINO, *Del pagamento con surrogazione*, cit., p. 81; la pluralità degli obblighi emergerebbe dalla disciplina in tema di solidarietà, e in particolare dagli artt. 1293, 1300, 1° co., 1301, 1° co., 1304, 1305, 1306 cod. civ.; lo segue G. CORAPI, *Regresso e surrogazione nelle obbligazioni solidali*, cit., pp. 144 s.

Al *solvens* tenuto in solido con altri soggetti spetterebbe, dunque, la surrogazione legale: «il condebitore nell'adempire al proprio obbligo, adempie contemporaneamente all'obbligo altrui determinando ad un tempo l'estinzione del credito per la parte da lui adempiuta e subentrando nel credito di cui ha procurato il soddisfacimento, per la parte alla quale era tenuto con altri (debitori)»²⁶⁸.

Quanto alla possibile compromissione della parità di trattamento fra i coobbligati ipotizzabile nei casi di pegno o ipoteca prestati a garanzia del debito solidale da uno dei consorti, si osserva che quand'anche tale principio di parità fosse effettivamente ricavabile dall'ordinamento, la sua operatività ben potrebbe subire delle limitazioni; e d'altra parte, si rileva ancora, quando il condebitore offre la garanzia reale fa senz'altro i conti con la possibilità che il creditore esiga proprio da lui l'adempimento per il totale²⁶⁹.

Quanto alla tesi che ritiene il regresso un rimedio tipico della sola obbligazione in solido a interesse comune, mentre nei casi di solidarietà a interesse unisoggettivo tale strumento sussisterebbe solo in presenza di un'espressa previsione legislativa per ammettere il regresso, si scontrerebbe con alcune indicazioni normative di segno contrario, come ad esempio l'art. 1299, 3° co., cod. civ., che, proprio in tema di regresso regola il caso dell'insolvenza del debitore esclusivamente interessato nel debito²⁷⁰; e si è ritenuto privo di sufficienti riscontri normativi il collegamento del regresso con le obbligazioni in solido a interesse comune e della surrogazione con le ipotesi in di adempimento che avviene «a titolo di garanzia»²⁷¹.

Al paventato rischio che la surrogazione legale consenta al *solvens* di recuperare più di quanto gli spetterebbe in base al regresso, si obietta che, nel caso dell'obbligazione in solido, con la surrogazione l'obbligazione perde il suo carattere solidale, divenendo «parziaria», per la necessità di armonizzare il subingresso nel credito adempiuto con il regresso *pro quota* previsto dall'art. 1299 cod. civ.²⁷².

12. Regresso e cessione legale fra condebitori nel sistema tedesco

²⁶⁸ B. CARPINO, *Del pagamento con surrogazione*, cit., p. 81.

²⁶⁹ B. CARPINO, *Del pagamento con surrogazione*, cit., pp. 81 s.

²⁷⁰ A. GNANI, *La responsabilità solidale*, cit., pp. 193 s.

²⁷¹ G. CORAPI, *Regresso e surrogazione nelle obbligazioni solidali*, cit., pp. 155 ss.

²⁷² B. CARPINO, *op. cit.*, p. 82, il quale afferma che l'art. 1299 cod. civ. «perderebbe ogni valore se non si riferisse anche alla surrogazione» (*op. cit.*, p. 83, sulla scia di D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit., p. 234); in ottica analoga v. G. CORAPI, *Regresso e surrogazione nelle obbligazioni solidali*, cit., p. 154, secondo cui «non è consentito al debitore solidale adempiente, che agisce in regresso, di ripetere da un coobbligato l'intera somma pagata, detratta solo la quota in capo al medesimo gravante nei rapporti interni, inevitabile essendo, altrimenti, la violazione dell'art. 1299 cod. civ.». Nel senso che la surrogazione non può attribuire una pretesa più ampia rispetto al regresso, e che pertanto il *solvens* può agire verso i consorti soltanto *pro quota*, v. anche G. SICCHIERO, voce *Regresso*, in *Dig.*⁴, *Agg.*, VII, cit., p. 832, il quale sottolinea anche, sul piano processuale, che «l'esecuzione forzata deve essere preceduta dalla notifica del titolo esecutivo e [...] questo può attenere solo al debito del convenuto e cioè – ex art. 1298-1299 c.c. – alla quota a suo carico: essendo evidente la petizione di principio che si annida nell'assumere la garanzia del debito come titolo per il regresso integrale»; v. anche ID., *Regresso e surrogazione legale*, cit., pp. 1008 ss., nonché 1014 ss.; in senso adesivo M. TICOZZI, *Studio sulle obbligazioni solidali*, cit., pp. 199 s.

Ai sensi del § 426, Abs. 1, Satz 1, BGB i debitori in solido sono obbligati nei rapporti interni secondo quote uguali, salvo che non sia stabilito diversamente²⁷³. Il § 426, Abs. 2, Satz 1 prevede poi che nella misura in cui un condebitore soddisfa il creditore ed è legittimato al regresso nei confronti degli altri debitori, il credito di titolarità del creditore passa in capo al *solvens*²⁷⁴.

Si parla di rapporto di accessorietà tra il diritto di regresso (diritto principale) e il credito acquisito mediante la cessione legale (diritto accessorio) e di funzione di rafforzamento spettante alla cessione legale rispetto alla pretesa in regresso²⁷⁵. Come

²⁷³ «Die Gesamtschuldner sind im Verhältnis zueinander zu gleichen Anteilen verpflichtet, soweit nicht ein anderes bestimmt ist».

²⁷⁴ «Soweit ein Gesamtschuldner den Gläubiger befriedigt und von den übrigen Schuldern Ausgleich verlangen kann, geht die Forderung des Gläubigers gegen die übrigen Schuldner auf ihn über».

²⁷⁵ Assai chiaramente H. REICHEL, *Die Schuldmitübernahme (Kumulative Schuldübernahme)*, München, 1909, pp. 566 ss.; secondo questo a., «Der Nachschubregreß ist ein Akzessorium des Erstattungsregresses» (*op. cit.*, p. 567) e «Der Nachschußanspruch steht also und fällt mit dem Ausgleichsanspruche. In ihm sind die Wurzeln seiner Kraft wie seines Siechtums. Er steigt und fällt mit ihm wie die Quecksilbersäule mit der Wärme und Kälte der Luft. Ein solcher Anspruch aber hat den ausgesprochene Charakter des Nebenanspruchs, er steht zu dem Hauptanspruche in dem Verhältnis der Akzessorietät» (*op. cit.*, p. 566); chiaramente l'a. afferma che il regresso tra condebitori non può essere fondato esclusivamente sul § 426 Abs. 2, perché l'acquisto del diritto del creditore non vale a costituire un diritto di regresso, bensì ne presuppone l'esistenza; il trasferimento del diritto dipende infatti dall'esistenza di uno «schlichter Erstattungsregreß», definito come «de[r]jenige[...] Regreß, der, von § 426 Abs. 2 ganz absehend, lediglich auf die internen Rechtsbeziehungen zwischen dem befriedigenden Gesamtschuldner und seinem Mitschuldner sich stützt (zu diesem gehört auch die durch § 426 Abs. 1 begründete)» (*op. cit.*, p. 566, nt. 1). *Ex multis*, v. poi D. REINICKE e K. TIEDTKE, *Kreditsicherung*, 5. Aufl., Neuwied, 2006, RdNr. 75, p. 22: «Von der Regel, dass die Forderung gegen die übrigen Schuldner auf den Zahlenden nur dann übergeht, wenn er von ihnen Ausgleich verlangen kann, besteht keine Ausnahme; ohne Ausgleichsforderung aus dem Innenverhältnis findet der Übergang nicht statt. [...] Die Innenforderung ist [...] die Hauptforderung, der übergegangene Anspruch stellt ein Nebenrecht dar»; e con identico tenore anche EID., *Gesamtschuld und Schuldsicherung durch Bürgschaft, Hypothek, Grundschuld, Pfandrecht an beweglichen Sachen und Rechten*, 2. Aufl., Neuwied, 1988, p. 83; P. BYDLINSKI, *sub* § 426, in *Münchener Kommentar zum BGB*, 6. Aufl., München, 2012, RdNr. 44, p. 2909 («[...] die Zession nach Abs. 2 nur bestärkend ist („soweit ... Ausgleich verlangen kann“)»); U. NOACK, *sub* § 426, in *J. von Staudingers Kommentar zum BGB*, Neubearb. 2005, Berlin, 2005, RdNr. 121, pp. 550 s.: «Der gesetzlich angeordnete Forderungsübergang nach Abs 2 S 1 dient der Sicherung des Ausgleichsanspruchs nach Abs 1 S 1, sog bestärkende Legalzession»; RdNr. 124, p. 551: «Aufgrund der akzessorisch zu nennenden Abhängigkeit des übergehenden Anspruchs vom Ausgleichsanspruch [...] richtet sich der Umfang der Legalzession nach dem Ausgleichsanspruch des Abs 1 S 1»; RdNr. 127, p. 552 («Sicherungsfunktion»); nonché RdNr. 129, p. 552, ove si parla di «Akzessorietät» tra le due pretese; e per considerazioni di identico tenore vedi il nuovo aggiornamento ad opera di D. LOOSCHELDERS, *sub* § 426, in *J. von Staudingers Kommentar zum BGB*, Neubearb. 2012, Berlin, 2012, rispettz. RdNr. 135, p. 605; RdNr. 130, p. 607; RdNr. 142, p. 608; U. SCHWEDHELM, *Das Gesamtschuldverhältnis. Entstehung – Wirkung – Ausgleich*, Berlin, 2003, RdNr. 198, p. 169, afferma che la cessione legale sia utile alla «Sicherung des Ausgleichsanspruch nach § 426 Abs. 1 S. 1 BGB»; K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Bd. I, *Allgemeiner Teil*, 14. Aufl., München, 1987, p. 649: «[...] die übergegangene Forderung [...] nur die Sicherung des Ausgleichsanspruchs dient»; K. TIEDTKE, *Aufrechnungsfragen beim gesetzlichen Forderungsübergang*, Diss. Münster, 1966, p. 15: «Der Anspruch aus der kraft Gesetzes erworbenen Forderung ist deshalb ein akzessorischer Anspruch, der nur entsteht, wenn Ausgleichsansprüche vorhanden sind; er verfolgt den Zweck, diese zu sichern»; nel senso dell'accessorietà si esprime anche P. OERTMANN, *Recht des Schuldverhältnisse*, Erste Abteilung, §§ 241 bis 432, 5. Aufl., Berlin, 1928, *sub* § 426, Anm. 4, b), p. 508; H. LUMM, *Zu den Voraussetzungen und der Funktion des Ausgleiches unter Gesamtschuldnern*, Diss. Hamburg, 1968, p. 154 («Der Rückgriff aus § 426 Abs. 2 BGB verhält sich [...] zum Ausgleichsanspruch nach Absatz 1 dieser Vorschrift akzessorisch»); J. ESSER, E. SCHMIDT, *Schuldrecht*, Bd. I, *Allgemeiner Teil*, Teilband 2, 8. Aufl.,

chiaramente indica la norma di cui al § 426, Abs. 2, Satz 1, la cessione avviene «Soweit ein Gesamtschuldner [...] von den übrigen Schuldnern Ausgleichung verlangen kann»; essa pertanto si verifica purché sussista un diritto di regresso e solo nella misura in cui tale diritto spetta al *solvens*; inoltre, l'estinzione del diritto di regresso comporta anche l'estinzione del credito acquistato mediante cessione legale²⁷⁶. Così, qualora vi sia una sentenza passata in giudicato che escluda la sussistenza di un diritto di regresso in base ai rapporti interni, il condebitore *solvens* non potrà avvalersi utilmente nemmeno della rivalsa basata sulla cessione legale²⁷⁷. Anche qualora sia inutilmente decorso un termine di decadenza (*Abschlussfrist*) relativo alla pretesa di regresso e questa si sia pertanto estinta, il *solvens* non potrà far ricorso alla pretesa acquistata in via di surrogazione²⁷⁸, e quando sia intervenuta la prescrizione prima di quando essa si sarebbe verificata per il diritto del creditore²⁷⁹, il condebitore convenuto potrà nondimeno opporre la

Heidelberg, 2000, § 39, III, 3, p. 351: «Der in § 426 II angeordnete *Übergang der Forderung auf den leistenden Gesamtschuldner* verhindert, daß die getilgte Forderung untergeht, soweit jener Ausgleich verlangen kann. Die Aufrechterhaltung ist ein rechtstechnisches Mittel zugunsten des Regreßberechtigten, soll allein seine und nicht etwa die Stellung der befriedigten und deshalb ja auch gar nicht mehr interessierten Gläubigerin verbessern»; v. inoltre *op. cit.*, p. 353: «Die subrogierte Forderung tritt im Umfang der Befriedigung der Gläubigerin und der vorhandenen Regreßansprüche *neben* letztere, ob sie nun aus § 426 I oder aus einem anderweit vorhandenen Innenverhältnis folgen. Insofern liegt echte Anspruchskonkurrenz vor, und der Ausgleichsberechtigte kann aus dem Rechtsgrund klagen, der ihm die besseren Erfolgsaussichten bietet. [...] Die subrogierte Forderung steht [...] in *akzessorischer Abhängigkeit zum Ausgleichsanspruch*. Der Ausgleichsberechtigte erwirbt durch die Subrogation die Rechte der Gläubigerin nur in der Höhe seiner anteiligen Ausgleichsansprüche im Innenverhältnis» (corsivi nel testo); D. LOOSCHELDERS, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, 9. Aufl., München, 2011, RdNr., p. 410: «Der Umfang des Forderungsübergangs ist von der Höhe des Ausgleichsanspruchs nach § 426 I abhängig. Diese *Akzessorietät* erklärt sich daraus, dass die Legalzession letztlich nur den Ausgleichsanspruch des leistenden Gesamtschuldners verstärken soll. [...] Soweit sich aus der Akzessorietät der übergebenen Forderung keine Besonderheiten ergeben, stehen der Ausgleichsanspruch aus § 426 I und die übergebene Forderung (§ 426 II) selbständig nebeneinander. Es besteht *Anspruchskonkurrenz*» (corsivi nel testo); parla di due distinte pretese, delle quali quella fondata sul diritto acquistato *ex lege* dal creditore dipende dall'altra, quella in regresso, quanto alla sussistenza e all'ampiezza R. WEBER, *sub* § 426, in *BGB-RGRK*, 12. Aufl., Berlin-New York, 1978, RdNr. 62, p. 113. In giurisprudenza, v. BGH 19 febbraio 1953, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen*, vol. 9, 1953, p. 65 (nonché in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1953, p. 785), secondo cui «[...] der Anspruch aus § 426 Abs. 2 BGB akzessorischer Natur ist und ein Übergang nur dann eintritt, wenn und soweit ein Ausgleichsanspruch nach § 426 Abs. 1 BGB gegeben ist».

²⁷⁶ Per tutti, v. U. NOACK, *sub* § 426, in *J. von Staudingers Kommentar zum BGB*, cit., RdNr. 129, p. 552, e con tenore identico D. LOOSCHELDERS, *sub* § 426, in *J. von Staudingers Kommentar zum BGB*, cit., RdNr. 144, p. 608: «Die Akzessorietät zeigt sich nicht nur hinsichtlich des Umfangs des übergehenden Anspruchs. Wenn der Ausgleichsanspruch nach Abs 1 erlischt, erlischt auch die nach Abs 2 übergebene Forderung».

²⁷⁷ In questo senso v. S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 430; diversamente orientato appare J. DENCK, *Gesamtschuldnerregreß und Aufrechnungsschutz nach § 406 BGB*, in *Juristenzeitung*, 1976, p. 670.

²⁷⁸ S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., pp. 430; E. VON OLSHAUSEN, *Gläubigerrecht und Schuldnerschutz bei Forderungsübergang und Regreß*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1988, p. 167; in giurisprudenza v. BAG 24 aprile 1986, che può leggersi, fra l'altro, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1986, p. 3104, e in *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1986, 1333.

²⁷⁹ H. REICHEL, *Die Schuldmittelübernahme (Kumulative Schuldübernahme)*, p. 568; S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 431; *contra* tuttavia P. BYDLINSKI, *sub* § 426, in *Münchener Kommentar zum BGB*⁶, cit., RdNr. 44, p. 2910: «schadet der Ablauf einer für Abs. 1 geltenden kürzeren Frist dem Rückgriff nach Abs. 2 verjährungsrechtlich nicht»; così parrebbe anche K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, 2. Bd., *Besonderer Teil*, 12. Aufl., München, 1981, § 64 III, p. 479, con riferimento all'ipotesi della rivalsa del fideiussore, secondo cui in caso di differenza di regime giuridico risultante dalla disciplina del regresso e di quella della surrogazione, e così ad es. per quanto attiene ai termini di

prescrizione al *solvens* pur quando quest'ultimo agisce in rivalsa sulla base del diritto spettante all'originario creditore. Peraltro la cessione legale comporta un vantaggio in questo caso, poiché ai sensi del § 216 il debitore che agisce in rivalsa può continuare ad avvalersi delle garanzie prestate per il credito, come ad esempio un pegno o un'ipoteca (ma non una fideiussione), anche se esso è prescritto²⁸⁰.

L'importanza del subingresso nella pretesa spettante all'originario creditore risiede in modo particolare nella possibilità per il *solvens* di avvalersi delle garanzie che assistono il debito solidale²⁸¹.

Le due pretese (quella in regresso e quella acquistata *ex lege* dal creditore) sono distinte²⁸² e tra esse sussiste un «concorso di pretese» (*Anspruchskonkurrenz*), laddove il condebitore che abbia diritto al rimborso è libero di scegliere quale delle due esercitare²⁸³.

prescrizione, andrebbero applicate le «disposizioni più favorevoli» al garante; il passaggio non è più presente, tuttavia, nella successiva edizione dell'opera (K. LARENZ, C.W. CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II Bd., *Besonderer Teil*, 2. Halbband, 13. Aufl., München, 1994).

²⁸⁰ § 216 Wirkung der Verjährung bei gesicherten Ansprüchen: (1) Die Verjährung eines Anspruchs, für den eine Hypothek, eine Schiffshypothek oder ein Pfandrecht besteht, hindert den Gläubiger nicht, seine Befriedigung aus dem belasteten Gegenstand zu suchen. (2) Ist zur Sicherung eines Anspruchs ein Recht verschafft worden, so kann die Rückübertragung nicht auf Grund der Verjährung des Anspruchs gefordert werden. Ist das Eigentum vorbehalten, so kann der Rücktritt vom Vertrag auch erfolgen, wenn der gesicherte Anspruch verjährt ist. (3) Die Absätze 1 und 2 finden keine Anwendung auf die Verjährung von Ansprüchen auf Zinsen und andere wiederkehrende Leistungen. Sul punto v. S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 431.

²⁸¹ V., per tutti, U. NOACK, *sub* § 426, in *J. von Staudingers Kommentar zum BGB*, cit., RdNr. 122, p. 551: «Die praktische Hauptbedeutung liegt in dem Mitübergang akzessorischer Sicherungsrechte gem §§ 412, 401», e, con identico tenore, D. LOOSCHELDERS, *sub* § 426, in *J. von Staudingers Kommentar zum BGB*, cit., RdNr. 136, p. 605; P. BYDLINSKI, *sub* § 426, in *Münchener Kommentar zum BGB*⁶, cit., RdNr. 39, p. 2908: « Ganz entscheidend ist [...] der Mitübergang von für den Gläubigeranspruch bestellten Sicherheiten».

²⁸² In contrasto con l'opinione dominante v. però la tesi di A. VON TUHR, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, 1. Bd., *Allgemeine Lehren und Personenrecht*, Berlin, 1910 (rist. Berlin, 1957), § 16, pp. 280 s., secondo cui nel caso della rivalsa del condebitore in solido e del fideiussore non si avrebbero due pretese distinte, ma si verserebbe in un caso di «Gesetzeskonkurrenz», ovverosia di «concorso di norme», e la pretesa sarebbe unica e non già duplice: si avrebbe infatti sia «*Identität des Inhalts*», giacché in entrambi i casi la *cessio legis* ha luogo entro i limiti di quanto spetta in base al rapporto interno con il condebitore o il debitore principale, sia la «*Identität des Tatbestandes*», poiché le circostanze da allegare da parte del condebitore o del garante per agire facendo valere il regresso basato sul rapporto interno o il diritto acquistato *ex lege* dal creditore sono identiche (secondo l'a. quella del trasferimento del credito sarebbe un retaggio dell'esperienza romana non più conciliabile con il diritto attuale, stante la «contraddizione», «*Widerspruch*» insita nell'idea del trasferimento di un credito estinto: v. *op. cit.*, nt. 41, p. 281); con riferimento alla rivalsa del fideiussore, v. anche K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, 2. Bd., *Besonderer Teil*, 12. Aufl., München, 1981, § 64 III, p. 479 (la presa di posizione non è più presente nella successiva edizione dell'opera; v. K. LARENZ, C.W. CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II Bd., *Besonderer Teil*, 2. Halbband, 13. Aufl., München, 1994), secondo il quale è preferibile parlare, anziché di «due pretese dirette allo stesso scopo (c.d. concorso di pretese)» («zwei auf dasselbe Ziel gerichtete Ansprüche (sog. „Anspruchskonkurrenz“»), di «un'unica pretesa di regresso fondata in egual misura su più disposizioni di legge, che solo per ragioni di tecnica legislativa è rivestita della forma del trasferimento del credito» («ein[...] einzige[r], aus mehreren Gesetzschriften gleichermaßen begründete[r] Rückgriffsanspruch [...], der nur aus gesetzestechnischen Gründen in die Form des Forderungsübergang gekleidet ist»).

²⁸³ U. NOACK, *sub* § 426, in *J. von Staudingers Kommentar zum BGB*, cit., RdNr. 127, p. 127: «Der übergegangene Anspruch steht dem Gesamtschuldner neben dem Ausgleichsanspruch aus Abs 1 S 1 und einem eventuellen Anspruch aus einem bereits bestehenden Rechtsverhältnis zu dem ausgleichspflichtigen Gesamtschuldner zu [...] Der Gesamtschuldner kann zwischen den beiden bzw drei

13. Ammissibilità del concorso tra i due rimedi nell'ordinamento italiano

L'esperienza tedesca dimostra che non vi è alcun ostacolo logico ad ammettere che il condebitore *solvens* possa subentrare nella titolarità del credito adempiuto, e che tale fenomeno non è precluso dal riconoscimento della diversa pretesa di regresso in favore dell'adempiente.

A ben vedere, il timore che tramite la surrogazione il *solvens* possa ingiustificatamente ottenere più di quanto gli spetterebbe con il regresso, in contrasto con l'esigenza di un riparto tendenzialmente paritario fra i consorti, deriva dall'assunto non divisibile per cui la surrogazione non potrebbe che aver luogo nell'intero diritto spettante al creditore e senza perdita del suo carattere solidale.

Non sembra invece da escludere la possibilità di un subingresso nel credito adempiuto nei limiti in cui al *solvens* spetti il regresso verso un altro obbligato.

Quanto al rilievo per cui ammettendo la surrogazione l'attore in rivalsa sarebbe esposto alle eccezioni opponibili all'originario creditore in contrasto con il «vincolo di comunione tra i condebitori»²⁸⁴, può obiettarsi che quando i condebitori sono legati da un particolare rapporto interno, è da quest'ultimo che dovrà desumersi quali eccezioni siano opponibili nei rapporti interni; quando invece un tale rapporto manchi, e specie quando si tratti di obbligazioni di carattere risarcitorio di cui almeno trova il suo antecedente in un contratto, appare una posizione accettabile, quantomeno come punto di avvio per eventuali successive specificazioni, quella per cui il condebitore convenuto possa opporre tendenzialmente tutte le difese che avrebbe potuto invocare contro il comune creditore.

La tesi che invece nega autonomia al regresso, riducendolo a mero criterio di determinazione della «disciplina» della surrogazione, ha il pregio di porre in luce la necessità che il condebitore convenuto in rivalsa debba poter opporre all'attore le difese che gli sarebbero spettate contro il creditore, obiettivo che la surrogazione, appunto perché consiste nel subingresso nel credito così come spettante al comune creditore, permette di conseguire; senonché tale conclusione, se intesa in via assoluta, è in

Ansprüchen wählen; es besteht eine Anspruchskonkurrenz»; nel senso della «Anspruchskonkurrenz» anche U. SCHWEDHELM, *Das Gesamtschuldverhältnis*, cit., RdNr. 202, p. 173; secondo W. SELB, *Mehrheiten von Gläubigern und Schuldern*, cit., p. 115: «Die Konkurrenz des zedierten Anspruchs mit dem Ausgleichsanspruch aus § 426 Abs 1 und uU mit dem aus dem besonderen Innenverhältnis der Gesamtschuldner gibt dem Ausgleichsgläubiger die freie Wahl, welche Rechtsgrundlage er geltend machen will» (corsivo nel testo); H. EHMANN, *sub* § 426, in *Erman BGB Kommentar*, herausgegeben von H.P. Westermann, I, 12. Aufl., Köln, 2008, RdNr. 32, p. 1789: «Der gem § 426 II übergegangene Anspruch und der eigene Regressanspruch aus § 426 I, auch der uU hinzutretende dritte Anspruch aus eigenem Recht [...] beruhen auf verschiedenen Rechtsgründen und sind selbständige, in Anspruchskonkurrenz zueinander stehende Ansprüche è [...] Der Regressberechtigte kann frei wählen, welchen der verschiedenen Ansprüche er geltend machen will [...] er kann selbstverständlich auch beide Ansprüche gemeinsam geltend machen»; L. BÖTTCHER, *sub* § 426, in *Erman BGB Kommentar*, herausgegeben von H.P. Westermann, B. Grunewald, G. Maier-Reimer, I, 13. Aufl., Köln, 2011, RdNr. 53, p. 1775, secondo il quale il condebitore può scegliere tra le due pretese, che sono indipendenti e si trovano in regime di *Anspruchskonkurrenz*; secondo K. TIEDTKE, *Aufrechnungsmöglichkeit des Schuldners gegenüber dem Bürgen mit einem ihm gegen den Gläubiger zustehenden Anspruch?*, in *Der Betrieb*, 1970, p. 1721, ritiene che «Der Übergang der Außenforderung nach § 426 Abs. 2 BGB ist nur ein technisches Mittel, um dem Gesamtschuldner [...] [die] Nebenrechte zu verschaffen»; e con identico tenore, D. REINICKE e K. TIEDTKE, *Gesamtschuld und Schuldsicherung*², cit., 1988, p. 84.

²⁸⁴ F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, cit., p. 427, nt. 152.

condivisibile solo in alcune ipotesi, e soprattutto quando i coobbligati siano legati da uno specifico rapporto, la generalizzata opponibilità di tutte le eccezioni spettanti contro il creditore potrebbe invece contrastare con la disciplina di tale rapporto. E proprio in questo caso appare evidente l'impossibilità di negare l'esistenza di un diritto di regresso con presupposti e contenuto diversi rispetto al credito adempiuto: la pretesa di regresso potrebbe infatti caratterizzarsi per un differente termine di prescrizione o saggio di interessi, per la presenza di specifiche garanzie o la previsione di particolari termini decadenziali ecc. In presenza di simili diversità di regime giuridico, ben difficilmente si potrebbe rinunciare a distinguere la pretesa in regresso da quella acquisita tramite la surrogazione.

Appare quindi corretto ritenere che al *solvens* spetti la surrogazione nel diritto del creditore entro i limiti del suo diritto di regresso. Fermo restando che le due pretese non possono essere esercitate dal *solvens* in via cumulativa per ottenere più di quanto gli spetti in base al suo diritto di regresso, non si può tuttavia aderire alla tesi che, pur riconoscendo entrambi i rimedi all'adempiente, ritiene che la scelta di uno di essi escluda automaticamente la proponibilità dell'altro.

In realtà non vi è ragione di contestare l'identità del presupposto per l'esercizio del regresso e per l'operare della surrogazione, presupposto da rintracciarsi nel pagamento in favore del creditore e nella correlativa liberazione di tutti i consorti. L'originario credito è ciononostante mantenuto in vita tramite la surrogazione *pro quota* solo allo specifico fine di agevolare la rivalsa dell'adempiente.

D'altra parte le difficoltà logiche di ammettere la sopravvivenza del credito nonostante il pagamento non sono tipiche del campo dell'obbligazione in solido, ma caratterizzano più in generale lo stesso schema della surrogazione per pagamento, quando si riconosca carattere successorio a tale vicenda²⁸⁵.

Appare corretto ritenere, in relazione al fenomeno del pagamento con surrogazione, che la prestazione eseguita dal terzo abbia un effetto estintivo dell'obbligazione adempiuta, e che la surrogazione possa essere concepita come «vicenda traslativa di un credito già adempiuto», dovendosi intendere l'estinzione prodotta dal pagamento come una «estinzione relativa»²⁸⁶, locuzione che sta a indicare «la compatibilità dell'attuazione del diritto di credito con il realizzarsi di un fenomeno successorio»²⁸⁷.

Risulta quindi più conforme con la funzione di rafforzamento del regresso svolta dalla surrogazione la tesi di chi propende per una complementarietà fra i rimedi²⁸⁸. Il *solvens* potrebbe basarsi sulla surrogazione per ottenere quanto gli spetta alla stregua del

²⁸⁵ Il problema non può essere trattato *ex professo* in questa sede; si rinvia pertanto alla completa disamina svolta da A. FINESSI, *Frazionamento volontario del credito e obbligazione plurisoggettiva*, Milano, 2007, spec. pp. 126 ss.

²⁸⁶ V. in questo senso le considerazioni, svolte con precipuo riguardo alla surrogazione volontaria ma a nostro avviso estensibili anche alla surrogazione legale e, più in particolare, alla surrogazione a favore del condebitore adempiente, di A. FINESSI, *Frazionamento volontario del credito e obbligazione plurisoggettiva*, cit., pp. 130 ss., anche per ulteriori riferimenti.

²⁸⁷ Le parole sono di A. FINESSI, *Frazionamento volontario del credito e obbligazione plurisoggettiva*, cit., p. 134.

²⁸⁸ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, cit., pp. 722 ss., spec. 724, nonché, seppure non specificamente in relazione all'obbligazione in solido, ma più in generale in tema di surrogazione per pagamento, 362 ss., ove, quale esempio di esercizio in via complementare delle pretese in regresso e in surrogazione, si prospetta la possibilità di chiedere in via di regresso, invocando il «rapporto di provvista» tra il *solvens* e il debitore, la rifusione delle spese e il pagamento degli interessi al saggio pattuito tra *solvens* e debitore, che non potrebbero essere richieste facendo valere, mediante la surrogazione, l'originario diritto spettante al creditore (*op. cit.*, 364).

suo diritto di regresso, avvalendosi di eventuali garanzie che assistevano il credito originario, senza peraltro poter ottenere in via di surrogazione più di quanto gli spetterebbe in base al regresso. Egli potrebbe in aggiunta invocare il regresso per ottenere quanto a lui compete soltanto in base a quest'ultima pretesa, come in particolare in caso di un maggior tasso di interessi ecc.

14. Possibili deroghe alla limitazione della surrogazione e del regresso alla quota di pertinenza del debitore convenuto in rivalsa

Di regola il condebitore adempiente può agire contro i consorti in base alla pretesa di regresso o al diritto del creditore acquistato mediante surrogazione soltanto entro i limiti della quota di pertinenza di ciascun convenuto²⁸⁹.

Frequentemente si invoca, a sostegno di questa conclusione, l'argomento per cui se si ammettesse il *solvens* ad agire contro un altro consorte per l'intero debito pagato dedotta soltanto la propria quota, si darebbe vita a un «circuito di azioni»²⁹⁰.

L'argomento era già stato impiegato da POTHIER per escludere che gli altri condebitori fossero obbligati in solido verso il *solvens* al rimborso dell'intera somma pagata dedotta la sola quota dell'adempimento stesso. Il giurista francese paventava il rischio che l'attore in rivalsa, dopo aver ottenuto il rimborso dell'intero detratta soltanto la sua parte, potesse essere a sua volta convenuto dallo stesso condebitore che lo aveva rimborsato, perché anche quest'ultimo, essendosi col suo pagamento a propria volta surrogato nei diritti del creditore, avrebbe lo stesso diritto di pretendere in via solidale da ciascuno degli altri condebitori, ivi compreso colui che ha pagato il creditore e ha esercitato per primo la rivalsa, l'intero debito dedotta la propria porzione²⁹¹.

²⁸⁹ G. LONGO, *Diritto delle obbligazioni*, Torino, 1950, p. 107, ritiene che «il regresso e l'azione relativa non si possono esercitare verso gli altri condebitori che per la parte di ciascuno di essi; quindi, anche ammettendo la surrogazione nell'azione del creditore, questa non potrebbe – per espressa disposizione di legge – avere contenuto e finalità diversi. L'azione indivisa sarebbe esercitabile solamente in caso di cessione del credito o di acquisto di questo». Anche secondo E. COLAGROSSO, *Il libro delle obbligazioni (parte generale)*, cit., pp. 200 s., la surrogazione non opererebbe che *pro quota*, «data la estinzione del vincolo di solidarietà», e inoltre per non dare luogo all'«inutile circuito di azioni» che si verificherebbe consentendo la surrogazione per l'intero, dedotta solo la quota del *solvens*. *Contra* F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, cit., p. 128, secondo cui la surrogazione, diversamente dal regresso, comprende l'intero credito adempiuto, detratta esclusivamente la porzione del consorte che ha effettuato il pagamento, giacché (*op. cit.*, p. 128, nt. 53) «nei limiti di questa, [il *solvens*] ha pagato un debito proprio, mentre la surrogazione opera a favore di chi paghi un debito altrui».

²⁹⁰ E. COLAGROSSO, *Il libro delle obbligazioni (parte generale)*, cit., pp. 200 s.; D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit., pp. 234 s. («Si ritiene inoltre pacificamente che questa divisione, sia dell'azione di regresso che di quella in surrogazione, sia stata voluta dalla legge per evitare inutili giri di regresso, quali invece si avrebbero se il condebitore adempiente potesse chiedere ad un altro debitore l'intero meno la propria quota, e il consorte adito per primo in via di regresso potesse a sua volta fare altrettanto con un altro coobbligato ancora, e via dicendo»); G.F. CAMPOBASSO, voce *Regresso (azione di)*, cit., p. 4. V., invece, O. BUCCISANO, *La surrogazione per pagamento*, cit., p. 46, nt. 78, ove l'a. si mostra scettico rispetto alla tradizionale motivazione della divisione del regresso nei rapporti interni con l'argomento del «circuito di azioni», e ritiene che essa si fondi piuttosto sulla «divisione degli interessi sottostante alla obbligazione solidale».

²⁹¹ R.-J. POTHIER, *Trattato delle obbligazioni secondo le regole tanto del foro della coscienza quanto del foro esteriore*, trad. it. F. Foramiti, t. I, Venezia, 1833, num. 281, pp. 297 s.: «colui fra i miei condebitori, da cui io mi fossi fatto pagare la totalità del debito, dedotta soltanto la mia parte, avrebbe diritto, pagando, di essere surrogato nelle azioni del creditore, dedotto ciò a cui egli stesso è tenuto, e in virtù di questa surrogazione avrebbe diritto di esigere da me, dedotta la sua parte, ciò che mi avesse

Parte della dottrina – pur condividendo l’idea che il *solvens* può agire in via surrogatoria soltanto *pro quota* per evitare la «serie di regressi» che si verificherebbe se il debitore adempiente potesse agire verso uno dei consorti per pretendere l’intera somma sborsata (dedotta la propria quota) e questi, a sua volta, potesse rivolgersi, sempre per l’intero decurtato della sua parte, a un altro condebitore – obietta che un autentico «circuitto di azioni» non potrebbe verificarsi, essendo escluso che possa esercitarsi il regresso contro chi ha esercitato la rivalsa per primo²⁹².

Secondo altre argomentazioni, la ragione della limitazione alla quota risiederebbe nel venir meno della solidarietà in conseguenza del pagamento al creditore, con la conseguenza che i condebitori restano tenuti soltanto per la propria parte²⁹³, mentre per altri sarebbe il rilievo da attribuirsi all’interesse proprio di ciascun debitore a spiegare perché la surrogazione avvenga *pro quota*: con il pagamento viene attuata la pretesa creditoria e viene quindi meno la ragione per cui i debitori erano tenuti in via solidale all’esecuzione della prestazione; per questa ragione «il *solvens* è surrogato nei diritti del creditore nella misura del suo interesse al regresso»²⁹⁴.

Si evidenzia da altri che nei rapporti interni il regresso è limitato alla quota del singolo debitore e non ha carattere solidale vista l’esigenza di assicurare la «parità di trattamento» fra i consorti e di evitare che ciascun obbligato debba, anche in sede di regresso, «garantire il pagamento degli altri»²⁹⁵.

È stata però avanzata in dottrina la tesi per cui in alcuni casi l’attore in regresso potrebbe rivolgersi a ciascuno degli altri consorti per pretendere l’intera somma alla quale ha diritto a titolo di rivalsa, senza dover agire contro ogni coobbligato limitandosi a richiedere la rispettiva quota. Il ragionamento parte dalla considerazione che l’esclusione della solidarietà nei rapporti interni risponde all’esigenza di prevenire un «circuitto di azioni», quale si verificherebbe se il *solvens* potesse domandare a uno qualsiasi dei consorti il rimborso dell’intera somma pagata, previa deduzione della propria parte nel debito; ma tale rischio non sussisterebbe quando il debitore «abbia regresso per l’intero nei confronti di più obbligati», onde in questi casi non vi sarebbero ostacoli ad ammettere che i debitori in via di regresso siano tenuti in solido verso colui che ha effettuato il pagamento, secondo lo schema previsto dall’art. 1951, cod. civ. («Se vi sono più debitori principali obbligati in solido, il fideiussore che ha garantito per tutti ha regresso contro ciascuno per ripetere integralmente ciò che ha pagato»), e dall’art. 54, 3° co., l. camb., (che estende la responsabilità in solido del traente, dell’accettante, del girante e dell’avallante della cambiale, che il 1° co. dell’articolo dispone a favore del portatore della cambiale, a «ogni firmatario che abbia pagato la cambiale») ²⁹⁶.

pagato, giacché io stesso sono tenuto alla solidarietà: ed io per difendermi da questo circuito di azioni non potrei dire che non sono più tenuto per aver già pagato il creditore, essendo che mediante la surrogazione il pagamento da me fatto non ha estinto il debito se non che nella parte alla quale io era per me stesso tenuto e non pel di più; perché col mezzo della surrogazione io ho piuttosto acquistato il credito del creditore pel di più, di quello che io lo abbia soddisfatto. Ma essendo io rimborsato dal mio condebitore, il quale avesse egualmente richiesta la surrogazione, questo credito pel di più, e fatta deduzione della parte a cui egli stesso è tenuto, passerebbe nella di lui persona, cosicché non più io, ma egli sarebbe il *procurator in rem suam* del creditore, e in questa qualità avrebbe diritto di esercitare contro di me le azioni del creditore per questo di più, e di farmi restituire ciò che mi ha pagato».

²⁹² C. SCUTO, *Teoria generale delle obbligazioni con riguardo al nuovo codice civile*³, cit., pp. 319 s.

²⁹³ C. GANGI, *Le obbligazioni*, cit., p. 258.

²⁹⁴ O. BUCCISANO, *La surrogazione per pagamento*, cit., p. 46, nt. 78.

²⁹⁵ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L’obbligazione*, cit., pp. 719 s.

²⁹⁶ G.F. CAMPOBASSO, voce *Regresso (azione di)*, cit., p. 4. A conclusioni analoghe perviene C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L’obbligazione*, cit., p. 720: «Mentre in generale le obbligazioni di rimborso

L'idea di una rivalsa «a cascata»²⁹⁷ (il *solvens* agisce contro un altro consorte per la rifusione dell'intero dedotta solo la propria quota, e il convenuto agisce poi a sua volta contro un altro obbligato per riottenere quanto pagato al primo detratta la propria porzione e così via) anziché *pro quota* è poi ammessa, come si è già anticipato, dalla più recente giurisprudenza in relazione alla surrogazione in favore del fideiussore *solvens* contro un altro fideiussore, quantomeno in caso di fideiussioni indipendenti.

Al riguardo si può osservare che non sembrano sussistere ostacoli particolari all'ammissibilità di una rivalsa «a cascata», essendosi dimostrato infondato il rischio di un vero e proprio «circuitto di azioni». Ciò che invece non apparirebbe corretto sarebbe una giustificazione di tale risultato basata sulle peculiarità dello strumento della surrogazione rispetto al regresso; in altre parole, qualora si ritenesse che una rivalsa «a cascata» sia concepibile solo mercé la surrogazione, trattandosi di subentro nell'originario diritto all'intero spettante al creditore, e non in base al regresso, perché questo sarebbe rigorosamente limitato alla quota interna del convenuto.

In realtà non sembra ammissibile sciogliere il rapporto di strumentalità della surrogazione rispetto al regresso, il vincolo di accessorietà tra la pretesa in regresso e quella acquisita tramite la surrogazione; cosicché sarà configurabile una rivalsa «a cascata» (o anche per l'intero, in caso di rivalsa esercitata dal condebitore privo di interesse nel debito) solo quando si ammetta la possibilità che il regresso possa essere esercitato per l'intero, dedotta solo l'eventuale quota di spettanza del regrediente, contro uno degli altri consorti. Solo in tal caso vi sarà anche la possibilità di esercitare nella stessa misura anche il diritto acquistato in via di surrogazione.

15. Pagamento parziale e regresso

In base all'art. 1299, 1° co., cod. civ., il diritto di ripetere dai condebitori le rispettive parti spetta al debitore che abbia «pagato l'intero debito»; nondimeno, secondo l'opinione che appare maggioritaria in dottrina, ha diritto di regresso nei confronti dei consorti anche il condebitore che non abbia soddisfatto integralmente il debito ma abbia effettuato un adempimento soltanto parziale²⁹⁸, sempreché l'importo pagato superi la sua quota interna; in tale ipotesi, il regresso è peraltro limitato alla parte pagata oltre la porzione di spettanza del *solvens*²⁹⁹. Una parte della dottrina giustifica

sono parziarie, carattere solidale deve invece riconoscersi alle obbligazioni di rimborso dei condebitori principali verso il condebitore in garanzia. Al riguardo trova infatti applicazione analogica la norma che è dettata in tema di confideiussione (1951 cc), la quale ha fondamento nell'esigenza di fare gravare il rischio dell'insolvenza a carico dei debitori principali». Sembra orientato in senso diverso D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit., p. 226: «Se [...] il pagamento al creditore è compiuto dal debitore privo di interesse, questi ha regresso per l'intero contro il debitore con interesse esclusivo; se i debitori con interesse proprio sono più d'uno, ha regresso contro tutti costoro, *per quote* che fino a prova contraria si presumono uguali; se esistono altri coobbligati ancora privi di interesse proprio, il *solvens* non ha regresso contro questi ultimi» (corsivo aggiunto).

²⁹⁷ L'espressione «*Kaskadenregress*» è impiegata da S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., pp. 408 ss., ove anche ampia disamina storica e comparatistica dell'alternativa fra rivalsa «a cascata» e *pro quota*.

²⁹⁸ In generale sul problema del regresso in caso di adempimento parziale v. G. ROSSETTI, in G. ROSSETTI e M. DE CRISTOFARO, *Le obbligazioni solidali*, cit., pp. 784 s.; A. RICCIO, *Le diverse specie di obbligazioni: pecuniarie, alternative, solidali, indivisibili*, cit., p. 1251 ss.

²⁹⁹ Cfr. D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit., pp. 243 s., richiamato in senso adesivo da B. CARPINO, *Del pagamento con surrogazione*, cit., p. 82 nt. 7; nello stesso senso, v. M. TICOZZI, *Studio sulle obbligazioni solidali*, cit., pp. 184 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, cit., p. 721; P.

tale soluzione affermando che se il pagamento corrisponde alla quota del condebitore adempiente o è di entità minore rispetto ad essa, vi sarà un «vantaggio» anche per gli altri consorti, perché a loro favore si verifica una liberazione parziale dal vincolo nei confronti del creditore; mancherà però un «vantaggio» nei rapporti interni fra i coobbligati, cosicché il regresso, che presuppone un tale vantaggio, non potrà dirsi operante³⁰⁰. Inoltre, ammettere il regresso anche per pagamenti pari o inferiori alla

PISCITELLO, *Rinuncia alla surrogazione e regresso del confideiussore che ha adempiuto parzialmente il debito garantito*, nota a Trib. Milano, 16 giugno 1986, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1988, II, 379 ss., sostenendo che il regresso in caso pagamento parziale sarebbe ammissibile, fra l'altro, alla luce del disposto dei cui all'art. 1205 cod. civ., con argomento condiviso, in relazione all'ipotesi della confideiussione, da G. VILLANACCI, *Confideiussione e obbligazione solidale*, cit., pp. 77 s.; G. AMORTH, *L'obbligazione solidale*, cit., pp. 266 s. e 271, il quale però puntualizza: «In realtà anche un pagamento nei limiti della parte darebbe adito al regresso, avendo procurato una parziale liberazione di tutti gli altri. Però in pratica nell'ipotesi si verificherà normalmente una delle situazioni previste nei nn. 1 e 2 dell'art. 1311, e vi sarà quindi rinuncia alla solidarietà a favore di chi ha pagato la parte». V. inoltre A. RAVAZZONI, voce *Regresso*, cit., p. 360, che si esprime in senso favorevole al regresso anche in caso di adempimento parziale, senza però differenziare tra pagamento eccedente o no rispetto alla quota interna del *solvens*. Cfr. anche G. SICCHIERO, voce *Regresso*, in *Dig.*⁴, *Agg.*, VII, cit., p. 824, e ID., *Regresso e surrogazione legale*, cit., p. 1013, il quale sottolinea l'opportunità di concedere la rivalsa anche in caso di pagamento parziale per evitare che prima del pagamento integrale il patrimonio dei consorti possa subire diminuzioni tali da compromettere le possibilità di regresso del condebitore adempiente. Favorevole al regresso in caso di pagamento parziale superiore alla quota interna dell'obbligato è anche R. MICCIO, *Delle obbligazioni in generale. Artt. 1173-1320*³, cit., p. 683. In argomento v. anche G.F. CAMPOBASSO, voce *Regresso (azione di)*, cit., pp. 3 s.; G. CORAPI, *Regresso e surrogazione nelle obbligazioni solidali*, cit., pp. 35 ss. Anche la giurisprudenza afferma che «L'azione di regresso, ai sensi dell'art. 1299, comma 1, c.c., spetta al debitore che ha pagato l'intero debito od anche una parte di esso, purché superiore alla sua quota interna e soltanto per l'eccedenza»: Cass., 19 gennaio 1984, n. 459, cit., che espressamente si distanzia da una precedente decisione, resa in tema di confideiussione, secondo cui «Il confideiussore che ha pagato anche solo parte del debito garantito ha regresso nei confronti degli altri confideiussori per ripetere, in proporzione delle loro rispettive quote, le porzioni di quanto egli ha erogato, anche se il pagamento è stato da lui effettuato per un ammontare non superiore alla sua quota dell'intero debito» (Cass., 30 ottobre 1980, n. 5857, in *Rep. Foro it.*, 1980, voce *Fideiussione e mandato di credito*, n. 16); conf. Cass. 29 gennaio 1998, n. 884, in *Foro it.*, *Rep.*, 1998, voce *Obbligazioni in genere*, n. 63: «Il condebitore solidale, sia *ex contractu*, sia *ex delicto*, che paga al creditore una somma maggiore rispetto alla parte incumbentegli (art. 1299 e 2055 c.c.), ha diritto di regresso anche se non ha corrisposto l'intero, perché la ratio delle norme è il depauperamento del suo patrimonio oltre il dovuto e il corrispondente indebito arricchimento dei condebitori»; Cass. 7 dicembre 1998, n. 12366, cit.: «In tema di obbligazioni, la presunzione di solidarietà dettata con riferimento ai rapporti esterni tra creditore e pluralità di debitori non si estende ai rapporti interni tra i condebitori solidali, spiegando, per converso, efficacia, tra questi ultimi, l'opposto principio della parziarietà dell'obbligazione, con la conseguenza che, nella ipotesi di pagamento parziale del debito solidale, al condebitore adempiente spetta l'azione di regresso nei confronti degli altri condebitori soltanto se la somma da lui pagata ecceda la quota di sua spettanza, e soltanto nei limiti di tale eccedenza, previa concreta dimostrazione, in sede giudiziaria, che la prestazione da lui eseguita risulti effettivamente superiore alla sua quota»: si v. inoltre Cass. 7 febbraio 1975, n. 491, in *Giur. it.*, 1975, I, 1, c. 834, con nota redazionale, secondo cui «Nei rapporti interni fra più coobbligati in solido al risarcimento dei danni per dannosa circolazione stradale (nella specie, proprietario e conducente dell'autoveicolo) (art. 2054, 3° comma codice civile), il *solvens*, anche se non ha adempiuto al risarcimento per l'intero, può esperire l'azione di regresso nei confronti del condebitore solidale, ove sia provato che il fatto dannoso sia in concreto imputabile non al *solvens* ma esclusivamente alla controparte (art. 1203, n. 3, codice civile)».

³⁰⁰ Anche secondo la giurisprudenza di legittimità (Cass., 19 gennaio 1984, n. 459, cit., in motivazione) «Il debitore che paghi al creditore una somma pari o inferiore alla sua quota estingue, sì, parzialmente il debito comune, ma nei confronti dei condebitori non adempie che al suo debito parziario (in tutto o in parte), non versa più di quanto gravi su di lui e nulla, invece, di quanto gravi sui consorti. Perciò costoro non vengono liberati né dai loro singoli debiti parziari né verso il creditore, il quale potrà sempre pretendere da ciascuno di essi il pagamento del residuo, qualunque ne sia l'ammontare. Non

quota del *solvens* darebbe origine a «inutili duplicati e complicazioni di azioni di regresso»³⁰¹.

Un'altra parte della dottrina, invece, propende per l'opposta conclusione, esprimendosi nel senso della concessione del regresso anche per pagamenti che non superano la parte del debitore adempiente³⁰². Alla parziale estinzione dell'obbligazione, si argomenta, non può non corrispondere una pretesa di regresso in capo a chi effettua il pagamento³⁰³. Altri afferma³⁰⁴, poi, che non sarebbe corretto ritenere che il condebitore adempiente porti un vantaggio agli altri consorti solo con un pagamento eccedente la propria quota, sulla base dell'osservazione che un simile pagamento sarebbe in realtà diretto all'adempimento della sola parte di debito di sua pertinenza; tale conclusione sarebbe il portato dell'idea della solidarietà concepita quale «sovrastruttura di un'obbligazione parziaria»: i vari coobbligati sono in realtà tenuti solo per una parte del complessivo debito, e solo nei rapporti con il creditore essi vengono assoggettati al dovere di prestare l'intero. In realtà, la solidarietà non esaurisce la propria rilevanza nei rapporti fra i condebitori e il comune creditore, ma coinvolge anche il lato interno. Va tenuto presente, da una parte, che tra i condebitori in solido sussiste un «interesse comune» (quantomeno fuori dalle ipotesi di solidarietà a interesse unisoggettivo), e dall'altra, che nei rapporti interni non si verifica un effettivo frazionamento dell'obbligazione. In questo quadro, il pagamento non assume rilievo in quanto provochi l'estinzione della parte di debito gravante sul *solvens* e sugli altri debitori, e dunque non costituisce attuazione di interessi particolari; esso, al contrario, realizza un interesse «comune» ai condebitori. Ed è tale considerazione del pagamento quale «atto diretto a soddisfare un interesse comune» che legittima il riconoscimento del regresso a

verificandosi, pertanto, la liberazione dei condebitori e non prestando il *solvens* più della propria quota, manca il presupposto che legittima l'azione di regresso, che ha il suo fondamento nel principio in senso ampio dell'arricchimento senza causa». Altra parte della dottrina non sembra operare questa distinzione tra vantaggio nei rapporti esterni e nei rapporti interni; cfr. G. AMORTH, *L'obbligazione solidale*, cit., p. 267, secondo cui anche nel caso di pagamento parziale ma superiore alla quota propria del *solvens* «si verifica il presupposto per l'esercizio del regresso, che è la estinzione del rapporto esterno, anche se parziale con parziale liberazione degli altri condebitori».

³⁰¹ Per questi argomenti, cfr. D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit., p. 243, seguito da M. TICOZZI, *Studio sulle obbligazioni solidali*, cit., pp. 185 s. Altri, invece, non condivide la distinzione fra ipotesi in cui il pagamento parziale supera la quota dell'adempiente da quelle in cui l'esborso è inferiore o pari alla quota stessa; si ritiene che individuando solo nel primo caso un «vantaggio» a favore dei condebitori estranei al pagamento non si terrebbe conto del «vantaggio» che sempre si verifica ogni volta che vi sia una soddisfazione, anche parziale, del comune creditore, sebbene circoscritta alla parte del *solvens* o ad essa inferiore: così, si afferma, «Il semplice fatto di non dover anticipare un pagamento, di non rimanere, sia pure provvisoriamente, privati della disponibilità di una somma di denaro e di non correre, quindi, gli inevitabili ed intuitivi rischi a tutto ciò connessi (posto che, oltre tutto, l'eventuale insolvenza del coobbligato dovrebbe essere comunque da loro sopportata: a. 1299, co. 2°, c.c.), reca già un evidente vantaggio ai coobbligati che quel pagamento (per quella somma) non dovranno più effettuare e/o anticipare» (v. A. PISANI MASSAMORMILE, *Il "regresso" del fideiussore nel fallimento del debitore principale*, cit., pp. 381 s.).

³⁰² Cfr. C. GANGI, *Le obbligazioni*, cit., pp. 255 s., e, in relazione alla surrogazione, p. 258; M. COSTANZA, *Pagamento parziale di obbligazione solidale e azione di regresso*, nota a Cass. 19 gennaio 1984, n. 459, in *Giust. civ.*, 1984, I, p. 1815. Secondo G. SICCHIERO, *Regresso e surrogazione legale*, cit., p. 1013, anche un pagamento che non sopravanzi la quota interna del debitore potrebbe dare luogo alla surrogazione ai sensi dell'art. 1205 cod. civ.

³⁰³ Per questa affermazione, cfr. C. GANGI, *Le obbligazioni*, cit., pp. 255 s.

³⁰⁴ Il riferimento è alla tesi di M. COSTANZA, *Pagamento parziale di obbligazione solidale e azione di regresso*, cit., pp. 1814 s. In senso critico, v. G. VILLANACCI, *Confideiussione e obbligazione solidale*, cit., p. 79.

favore del debitore adempiente³⁰⁵; il pagamento, infatti, è «un atto a cui tutti i consorti debbono collaborare in ragione del proprio interesse». Così inteso il pagamento da parte di uno dei condebitori, la natura di comportamento attuativo di un interesse comune, come tale costituente idoneo fondamento di una pretesa in regresso, sussiste quale che sia l'entità dell'esborso effettuato, eventualmente anche inferiore alla quota di pertinenza del *solvens*.

Parte della dottrina evidenzia tuttavia la possibilità che la concessione del regresso a fronte di un pagamento parziale possa comportare una maggiore difficoltà per il creditore nel conseguire l'intera prestazione dovuta; di conseguenza, pur ammettendo in via di regola l'esperibilità dell'azione di regresso, si afferma che tale «azione non è esercitabile, ove essa, nelle particolari fattispecie, possa seriamente pregiudicare le ragioni del creditore»³⁰⁶. Si sostiene quindi che, «senza escludere dalla procedura esecutiva il *solvens*, mancando qualsiasi disposizione che legittimi un tale provvedimento, deve ritenersi che negli eventuali riparti il creditore debba essere pagato con precedenza sul *solvens*, avendo il diritto di ottenere in sua vece le somme ricavate fino a soddisfacimento del suo credito, a mente dell'art. 511 c.p.c.»³⁰⁷.

Secondo un'altra tesi³⁰⁸, invece, dovrebbe escludersi la legittimazione al regresso in caso di pagamento parziale. Essa, infatti, sarebbe incompatibile con la «funzione» del vincolo solidale nelle obbligazioni in solido ad interesse non esclusivo, vale a dire la «ulteriore garanzia» per il creditore. Infatti il patrimonio del debitore convenuto in regresso verrebbe gravato dall'ulteriore debito verso il consorte che fa valere il suo diritto di rivalsa, con possibile pregiudizio per le possibilità di integrale soddisfacimento del comune creditore. Inoltre, verrebbe sacrificato il potere di pretendere l'adempimento per la totalità da ciascuno dei debitori e di rivolgersi, a tal fine, a uno qualsiasi fra essi; in caso di impossibilità di ottenere il pagamento dal debitore convenuto in regresso, si puntualizza³⁰⁹, il creditore dovrebbe di nuovo rivolgersi al debitore compulsato per primo, autore del pagamento parziale, con la conclusione di dare adito a «un inammissibile giro di azioni» contrario all'intenzione del legislatore e potenzialmente foriero di pregiudizi per il creditore, costretto a rivolgersi al primo condebitore, patendo ritardi e sostenendo spese prima di conseguire il dovuto, con l'ulteriore rischio di non ottenere ugualmente il pagamento.

³⁰⁵ Si afferma che «l'azione di regresso svolge essenzialmente la funzione di consentire la redistribuzione del peso dell'obbligazione sopportata da uno dei coobbligati»: cfr. M. COSTANZA, *Pagamento parziale di obbligazione solidale e azione di regresso*, cit., p. 1814.

³⁰⁶ Cfr. A. RAVAZZONI, voce *Regresso*, cit., p. 360; in senso adesivo, v. G. SICCHIERO, voce *Regresso*, in *Dig.*⁴ (1997), cit., p. 552 (e ID., voce *Regresso*, in *Dig.*⁴, *Agg.*, VII, cit., p. 824); M. TICOZZI, *Studio sulle obbligazioni solidali*, cit., p. 186. Esprime perplessità su questa conclusione A. PISANI MASSAMORMILE, *Il "regresso" del fideiussore nel fallimento del debitore principale*, cit., p. 381: il criterio enunciato, implicando «impossibili indagini sulle condizioni patrimoniali e sulla correttezza degli altri coobbligati», non consentirebbe di trarre indicazioni sicure sulla possibilità o meno per il *solvens* di esercitare il regresso, perché un giudizio compiuto potrebbe avere luogo solo *ex post*.

³⁰⁷ Cfr. G. SICCHIERO, voce *Regresso*, in *Dig.*⁴ (1997), cit., p. 552 (e v. anche ID., voce *Regresso*, in *Dig.*⁴, *Agg.*, VII, cit., p. 824) la cui opinione è condivisa da G. CORAPI, *Regresso e surrogazione nelle obbligazioni solidali*, cit., p. 52, il quale puntualizza che «Il meccanismo postergativo, opererebbe, in tal caso, unicamente in ipotesi di concorso, con la conseguenza che, ove il creditore comune sia rimasto estraneo alla procedura esecutiva promossa nei confronti di uno dei coobbligati, il *solvens* potrà esercitare il diritto di regresso senza dover attendere che questi si attivi per il soddisfacimento del suo credito».

³⁰⁸ Cfr. A. PISANI MASSAMORMILE, *Il "regresso" del fideiussore nel fallimento del debitore principale*, cit., pp. 379 s.

³⁰⁹ Cfr. A. PISANI MASSAMORMILE, *Il "regresso" del fideiussore nel fallimento del debitore principale*, cit., p. 380 nt. 81.

Ma altri rileva, in senso critico, che seppure il rischio di un «circuito di azioni» risulta fondato, nondimeno esso potrebbe venire evitato, senza privare il condebitore adempiente del regresso, mediante il rifiuto dell'adempimento parziale da parte del creditore, secondo quanto dispone l'art. 1181 cod. civ.³¹⁰.

16. Diritto di regresso e interessi

In base a una prima tesi³¹¹, sulle somme per le quali può chiedere il rimborso ai consorti, l'attore in regresso avrebbe diritto agli interessi dalla data del pagamento al creditore³¹², in applicazione dell'art. 1282, 1° co., cod. civ. La natura di «credito nuovo» del regresso consentirebbe di affermare che gli interessi siano dovuti, e ciò ancorché non producesse interessi, in virtù di una convenzione in tal senso, il credito solidale³¹³. Gli interessi sarebbero dovuti nella misura legale, nonostante che sulle somme spettanti al creditore fosse stato eventualmente pattuito un tasso più elevato; gli interessi al saggio superiore potrebbero essere richiesti con la surrogazione nel credito originario³¹⁴.

Da altri si sostiene invece che se per il credito originario risulta stabilito un saggio maggiore rispetto a quello legale, il *solvens* avrebbe diritto, in sede di regresso, agli interessi al tasso previsto per il credito adempiuto³¹⁵; la soluzione deriverebbe, in

³¹⁰ Cfr. P. PISCITELLO, *Rinunzia alla surroga e regresso del confideiussore che ha adempiuto parzialmente il debito garantito*, cit., p. 381; in senso conforme, con riguardo all'ipotesi della confideiussione, v. G. VILLANACCI, *Confideiussione e obbligazione solidale*, cit., p. 78.

³¹¹ Il riferimento è all'opinione di D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit., pag. 238. Cfr. inoltre L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, I², cit., p. 231: «Il regresso ha luogo tanto per il capitale che per gli interessi e le spese, entro i limiti si intende della quota del condebitore convenuto», e *ivi*, nt. 2, ove si precisa: «Per la fideiussione l'art. 1950 contiene, riguardo all'azione di regresso, questa specificazione, che naturalmente vale anche se tutto il gruppo condebitario è cointeressato (quindi anche per l'art. 1299)». Sulla questione v. anche G. SICCHIERO, voce *Regresso*, in *Dig.*⁴, *Agg.*, VII, cit., p. 831, secondo il quale, in assenza di un accordo della parti su punto, spetterebbero *tanto in via di regresso quanto in via di surrogazione* gli interessi al saggio legale dalla data del pagamento.

³¹² Ritiene che gli interessi siano dovuti dalla data del pagamento anche A. RAVAZZONI, voce *Regresso*, cit., p. 359; B. CARPINO, *Del pagamento con surrogazione*, cit., p. 82; G. SICCHIERO, voce *Regresso*, cit., p. 559; E. COLAGROSSO, *Il libro delle obbligazioni (parte generale)*, cit., p. 201. Diversa è l'opinione di C. SCUTO, *Teoria generale delle obbligazioni con riguardo al nuovo codice civile*, cit., pp. 318 s. Secondo questo a., si potrebbe affermare che gli interessi si producono dal giorno del pagamento solo qualora si affermi che il regresso sia fondato su un «mandato» o sulla «gestione d'affari»; se invece si ritenga, più correttamente, che il regresso costituisca un rimedio all'ingiustificato arricchimento, e quindi si reputi la relativa azione un'«azione di arricchimento», allora gli interessi dovranno dirsi dovuti «solo dal giorno della domanda». Varrebbe la soluzione opposta, e cioè la decorrenza degli interessi dalla data del pagamento, quando si tratti di obbligazione in solido contratta nell'interesse esclusivo di taluno dei debitori; in questo caso i coobbligati non titolari dell'interesse risulterebbero «in sostanza dei fideiussori», e al fideiussore spettano gli interessi a far data dal momento del pagamento.

³¹³ Si esclude la necessità di ricorrere a un'applicazione in via di analogia dell'art. 1950, 3° co., cod. civ. («Il fideiussore inoltre ha diritto agli interessi legali sulle somme pagate dal giorno del pagamento. Se il debito principale produceva interessi in misura superiore al saggio legale, il fideiussore ha diritto a questi fino al rimborso del capitale») per sostenere questa conclusione (D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit., pag. 238). Implicitamente nel senso della spettanza degli interessi legali all'attore in regresso pur quando gli interessi sul credito principale siano stati convenzionalmente esclusi, v. F.M. ANDREANI, voce *Regresso (azione di)*, cit., p. 710.

³¹⁴ D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit., pag. 238; B. CARPINO, *Del pagamento con surrogazione*, cit., p. 82.

³¹⁵ A. RAVAZZONI, voce *Regresso*, cit., p. 359. In senso conforme, v. G.F. CAMPOBASSO, voce *Regresso (azione di)*, cit., p. 4. U. SALVESTRONI, *La solidarietà fideiussoria*, cit., p. 130, ritiene che l'art.

particolare, dall'estensione al caso in esame della previsione di cui all'art. 1950 cod. civ., dettata in relazione al regresso del fideiussore contro il debitore principale.

In quest'ultimo filone, un'opinione ritiene applicabile l'art. 1950, 3° co., cod. civ. «a tutte le ipotesi di regresso»; traendo una conclusione che, sebbene non affermata direttamente, appare necessariamente implicata nella premessa accolta, può dirsi che in base all'impostazione in esame il *solvens* potrebbe in ogni caso pretendere gli interessi legali, come precisa la dottrina richiamata nella prospettiva della fideiussione, ancorché sul credito soddisfatto decorressero interessi a un tasso minore, mentre avrà diritto agli interessi in misura superiore se stabiliti per il credito originario³¹⁶.

Sulla questione si può osservare anzitutto che il richiamo all'art. 1950 in relazione all'obbligazione solidale in genere non persuade, giacché tale norma appare caratteristica dell'ipotesi della fideiussione e inestensibile alla solidarietà come tale. La possibilità per il fideiussore che agisce in regresso di chiedere gli interessi al tasso più elevato valevole per il credito soddisfatto mira infatti a evitare che il debitore possa trarre un beneficio dal proprio mancato tempestivo adempimento, trovandosi, dopo l'adempimento da parte del fideiussore al creditore, a dover pagare un debito produttivo di interessi a un tasso minore rispetto al debito originario³¹⁷.

Certo, quest'argomento potrebbe valere anche in relazione all'obbligazione solidale in genere³¹⁸.

Tuttavia la soluzione opposta si lascia preferire perché, quanto all'ipotesi di coobbligati legati da un rapporto interno di fonte negoziale, il regresso rappresenta uno strumento di rimborso, e quindi non può eccedere i limiti del sacrificio patrimoniale sopportato dal *solvens*, che evidentemente non si estende ai futuri interessi sul credito adempiuto³¹⁹.

Quanto al caso di più obbligati non legati da un rapporto di fonte negoziale, deve rilevarsi che la surrogazione concessa al *solvens* non può equipararsi del tutto a una cessione volontaria, e pertanto comprendere necessariamente gli interessi futuri al tasso previsto per il credito ceduto; la surrogazione in favore dell'adempiente deve considerarsi diretta ad assicurare la pretesa di regresso e pertanto non può attribuire diritti più ampi rispetto al regresso stesso, con la conseguenza che gli eventuali interessi decorrenti sul credito acquisito in via di surrogazione potranno essere richiesti solo se e nei limiti in cui sia produttivo di interessi il credito di regresso³²⁰. Quando i coobbligati non siano legati da un rapporto interno particolare, di fonte legale o negoziale, appare corretta la conclusione per cui il credito di regresso produce, ai sensi dell'art. 1282, 1°

1950, 3° co., cod. civ. non si applichi solo al regresso del fideiussore, ma sia «estensibile a tutte le ipotesi di regresso», muovendo, peraltro, dal presupposto che il regresso «è attuato dalla surrogazione», e quindi da una tendenziale assimilazione delle due figure.

³¹⁶ Il riferimento è alla tesi di U. SALVESTRONI, *La solidarietà fideiussoria*, cit., p. 130.

³¹⁷ Cfr. G. STELLA, *Le garanzie del credito*, cit., p. 445.

³¹⁸ Lo riconosce anche S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 439, che tuttavia conclude per l'estinzione del credito agli interessi per un tasso superiore a quello eventualmente applicabile alla pretesa di regresso.

³¹⁹ Osserva S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 439: «Haben die Schuldner gemeinsam ein Darlehen zu einem hohen Zinssatz aufgenommen, das schließlich einer von ihnen zurückzahlt, können die anderen damit rechnen, von der Darlehensforderung mit dem hohen Zinssatz befreit zu sein, auch wenn sie einer Regressforderung im Innenverhältnis ausgesetzt sind. Ein Gesamtschuldner, der gegenüber seinen Mitschuldnern für die Zukunft anteilig den Zinssatz der Gläubigerforderung erhebt, würde sich so verhalten, als habe er seine Mitschuldner nicht befreit, sondern dem Gläubiger die Forderungen lediglich anteilig abgekauft. Das widerspricht der Vereinbarung im Innenverhältnis».

³²⁰ Per queste considerazioni, in relazione al diritto tedesco, v. S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., pp. 438 s.

co., cod. civ., interessi al tasso legale, ancorché il debito comune non producesse interessi oppure – si può aggiungere – ne producesse a un tasso superiore.

In alcun caso, tuttavia, potranno essere richiesti in base alla surrogazione interessi a un saggio maggiore rispetto a quello relativo al credito di regresso.

CAPITOLO QUARTO

IL REGRESSO E LA SURROGAZIONE TRA FIDEIUSSORI

SOMMARIO: 1. Regresso tra fideiussori: i presupposti. Regresso e rilievo – 2. (segue) La sussistenza del diritto di regresso e della pretesa in surrogazione verso il debitore principale – 3. (segue) La previa escussione del debitore principale – 4. Regresso tra fideiussori in caso di pagamento parziale – 5. Regresso tra fideiussori e termine prescrizionale – 6. Sull’oggetto del regresso tra fideiussori – 7. Surrogazione legale tra fideiussori – 8. La confideiussione («Mitbürgschaft») nel BGB – 9. (segue) Il regresso tra fideiussori – 10. (segue) Il fondamento del regresso tra fideiussori – 11. (segue) La surrogazione tra fideiussori – 12. Considerazioni conclusive

1. Regresso tra fideiussori: i presupposti. Regresso e rilievo

Il codice civile del 1865 prevedeva che il fideiussore, dopo aver pagato al creditore, potesse agire in regresso contro gli altri fideiussori solo qualora avesse adempiuto nei casi in cui disponeva del diritto di rilievo verso il debitore principale (v. art. 1920, che richiamava l’art. 1919)³²¹, con una regola corrispondente a quella del codice civile francese (v. artt. 2033 e 2032 cod. civ. fr., ora 2310 e 2309)³²².

Il fondamento del rinvio ai casi previsti dalla norma relativa al rilievo è stato giustificato, nella dottrina d’oltralpe, con il fatto che si tratta delle ipotesi in cui è più intenso l’interesse dei congaranti al pagamento del debito principale³²³.

³²¹ Art. 1919 cod. civ. abr.: «Il fideiussore, anche prima di aver pagato, può agire contro il debitore per essere da lui rilevato, 1° Quando sia convenuto giudizialmente pel pagamento; 2° Quando il debitore sia fallito o si trovi in istato di non solvenza; 3° Quando il debitore siasi obbligato di liberarlo dalla sicurtà in un tempo determinato, e questo sia scaduto; 4° Quando il debito sia divenuto esigibile per essere scaduto il termine convenuto pel pagamento; 5° Al termine di anni dieci, quando l’obbligazione principale non abbia un termine fisso per la scadenza, purché l’obbligazione principale non fosse di tal natura da non potersi estinguere prima di un tempo determinato, come accade riguardo alla tutela, o non vi fosse convenzione in contrario». Art. 1920 cod. civ. abr.: «Se più persone hanno fatto sicurtà per uno stesso debitore e per un medesimo debito, il fideiussore che ha pagato il debito, ha regresso contro gli altri fideiussori per la loro rispettiva porzione. Il regresso però non ha luogo che quando il fideiussore abbia pagato in uno dei casi espresso nell’articolo precedente».

³²² Art. 2033 (ora 2310) cod. civ. fr.: «La caution, même avant d’avoir payé, peut agir contre le débiteur, pour être par lui indemnisée: 1° Lorsqu’elle est poursuivie en justice pour le paiement; 2° Lorsque le débiteur a fait faillite, ou est en déconfiture; 3° Lorsque le débiteur s’est obligé de lui rapporter sa décharge dans un certain temps; 4° Lorsque la dette est devenue exigible par l’échéance du terme sous lequel elle avait été contractée; 5° Au bout de dix années, lorsque l’obligation principale n’a point de terme fixe d’échéance, à moins que l’obligation principale, telle qu’une tutelle, ne soit pas de nature à pouvoir être éteinte avant un temps déterminé». Art. 2032 (ora 2309) cod. civ. fr.: «Lorsque plusieurs personnes ont cautionné un même débiteur pour une même dette, la caution qui a acquitté la dette, a recours contre les autres cautions, chacune pour sa part et portion; Mais ce recours n’a lieu que lorsque la caution a payé dans l’un des cas énoncés en l’article précédent».

³²³ Cfr. F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. XXVIII, 5° éd., Bruxelles-Paris, 1893, num. 264, pag. 271: «si elle a un recours contre ses cofidéjusseurs, c’est qu’elle a payé dans des circonstances où ceux-ci auraient eu une action en indemnité contre le débiteur; par conséquent, dans des cas où ils avaient le plus grand intérêt à ce que le paiement fût fait; c’est à raison de l’intérêt que les cofidéjusseurs avaient au paiement qu’ils doivent supporter une part dans la dette: question d’équité».

Stando al tenore testuale delle norme considerate, quindi, il fideiussore poteva convenire in regresso gli altri garanti in queste ipotesi: 1° quando fosse convenuto in giudizio per il pagamento; 2° quando il debitore fosse fallito o insolvente; 3° quando il debitore si fosse obbligato a liberarlo entro un determinato termine, e questo fosse scaduto; 4° quando il debito principale fosse divenuto esigibile per scadenza del termine previsto per il pagamento; 5° quando fossero trascorsi dieci anni e l'obbligazione principale non aveva un termine fisso per la scadenza, purché l'obbligazione principale non fosse di tal natura da non potersi estinguere prima di un tempo determinato, o – come precisa la norma del codice italiano – non vi fosse convenzione in contrario.

In realtà, una prima opinione, sostenuta sia nella dottrina italiana sia in quella francese, limitava l'esperibilità del regresso ai soli casi di pagamento effettuato nelle ipotesi di cui ai nn. 1, 2 e 4 dell'art. 1919 (e dell'art. 2032, ora 2310, cod. civ. fr.)³²⁴. Un'altra tesi, sostenuta da un autore francese, accordava la rivalsa, oltre che nell'ipotesi in cui il fideiussore fosse convenuto in giudizio per il pagamento, anche negli altri casi previsti dalla norma, ma solo se il debitore si trovasse in una condizione di insolvenza tale da non consentirgli di estinguere il debito o di trovare un nuovo garante in sostituzione³²⁵: nel caso di solvibilità del debitore principale, si argomentava, il garante dovrebbe agire in rilievo contro il debitore, mentre pagando al creditore gestirebbe «in modo oneroso l'affare comune» ai congaranti, ciò che gli precluderebbe ogni pretesa in rivalsa verso gli altri fideiussori³²⁶; in sintesi, secondo quest'ultima impostazione, il fideiussore poteva agire in rivalsa verso gli altri garanti qualora fosse convenuto in giudizio dal creditore per il pagamento o il debitore fosse divenuto insolvente, e quindi, in buona sostanza, nelle ipotesi di cui ai nn. 1 e 2 dell'art. 2032 (ora 2309) cod. civ. fr.

³²⁴ Cfr. A. DURANTON, *Corso di diritto civile secondo il codice francese*, quarta ed. napoletana fatta sulla quarta ed. del Belgio, vol. X, Napoli, 1855, num. 366, p. 109, sul rilievo che, con riguardo ai casi previsti dall'art. 2032, «nel terzo il fideiussore lungi da pagare il debito, procede contra il debitore perché costui lo liberi dalla sicurtà, e lo stesso è nel quinto». A tale opinione aderisce R. CORSI, *La fideiussione considerata nei rapporti del codice civile coi principii del diritto romano con la dottrina e con la giurisprudenza*, 3^a ed., Bologna, 1893, p. 232: «Se dunque il regresso, può soltanto competere in uno dei due casi indicati ai nn. 1, 2, 4 del succitato art. 1919 e cioè allorquando il pagamento si rese necessario per l'inevitabile esigibilità del debito che si verifica lorché *dies cedit et venit* (L. 113, ff. *de verbor. signific.*), non sarebbe facile comprendere come fosse esercibile nei casi accennati ai nn. 3 e 5 dello stesso articolo, nei quali il fideiussore essendo autorizzato ad agire contro il debitore non già pel pagamento, ma per essere liberato dalla durata della fideiussione, non troverebbesi nella condizione di dover promuovere la suindicata azione recursoria che si fa unicamente dipendere dal previo pagamento del debito garantito».

³²⁵ Cfr. D.A. PONSOT, *Traité du cautionnement en matière civile et commerciale*, Paris-Dijon, 1844, n. 291, p. 361: «Elle [*scil.*: caution] a aussi juste sujet d'acquitter la dette cautionnée dans toutes les autres hypothèses [*scil.*: nn. 2, 3, 4 e 5] prévues par l'article 2032, si l'on suppose que le débiteur principale était dans un tel état d'insolvabilité qu'il n'aurait pu ni payer lui-même, ni trouver de caution nouvelle qui pût remplacer la caution à décharger. Alors, en effet, la caution n'avait d'autre moyen, pour sortir des liens du cautionnement, que de payer comme elle l'a fait».

³²⁶ Cfr. D.A. PONSOT, *Traité du cautionnement en matière civile et commerciale*, cit., n. 291, pp. 361 s.: «si l'on suppose, au contraire, que le débiteur principal étant solvable, la caution, au lieu de lui demander sa décharge, a volontairement payé la dette cautionnée, faudra-t-il encore accorder à cette caution le droit de se faire indemniser par ses cofidéjusseurs du paiement qu'elle a fait? – Il nous paraît difficile de le lui accorder. En effet, qu'importe alors que la dette principale fût exigible, ou que le délai au bout duquel le débiteur lui avait promis sa décharge fût expiré, ou, qu'enfin, son cautionnement accédât depuis plus de dix années à une obligation sans terme fixe d'échéance et néanmoins de nature à toujours être éteinte, puisque cette caution pouvait, en exerçant l'action que lui donne l'article 2032, obtenir facilement et sans payer sa décharge? En payant, elle a géré d'une manière onéreuse l'affaire commune, et, par ce motif, il ne paraît pas équitable de lui accorder de recours».

L'orientamento maggioritario, nella dottrina di entrambi i paesi, ha però rifiutato simili limitazioni del campo di applicazione della rivalsa fra confideiussori, ritenendo che la norma relativa alla rivalsa rinviasse a tutte le ipotesi, nessuna esclusa, dettate per l'azione di rilievo contro il debitore³²⁷. La soluzione estensiva valorizza anzitutto la lettera della legge, che rinvia complessivamente alla norma sulle ipotesi di rilievo e non autorizza alcuna distinzione fra esse. Un altro argomento si desume dai lavori preparatori del *code civil*: nella Relazione al Tribunato di CHABOT, tutte e cinque le ipotesi previste dall'art. 2032 (ora 2309) cod. civ. fr. vengono enumerate come casi in cui il fideiussore *solvens* può esercitare la rivalsa verso gli altri garanti³²⁸. Alcuni autori osservano, inoltre, che anche quando il debitore si sia impegnato a liberare il fideiussore entro un tempo determinato (n. 3) e nei casi in cui siano trascorsi dieci anni e l'obbligazione sia senza termine (n. 5), ben può accadere che il fideiussore non consegua il risultato di far pagare il debito dal soggetto garantito e debba pertanto adempiere al creditore, onde risulta giustificata l'azione di rivalsa verso i congaranti³²⁹.

³²⁷ In questo senso, nella dottrina d'oltralpe, L. GUILLOUARD, *Traité de cautionnement & des transactions. Livre III, titres XIV et XV du code civil*, (Articles 2011 à 2058), Paris, 1894, num. 211, pp. 236 ss.; G. BAUDRY-LACANTINERIE, 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*, tradotto sulla III Edizione originale in corso di stampa, a cura di P. Bonfante, G. Pacchioni, A. Sraffa, Milano, s.d., num. 1133, pp. 612 ss.; V. MARCADÉ, P. PONT, *Explication théorique et pratique du code napoléon contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence*, t. IX, *Commentaire-traité des petits contrats*, t. II, *Cautionnement. – Transactions. – Contrainte par corps. – Nantissement.*, Paris, 1867, num. 314, pp. 159 s.; R.T. TROPLONG, *Il diritto civile spiegato secondo l'ordine del codice, Del mandato, della fideiussione e delle transazioni*, vol. II, Palermo, 1849, num. 425, pag. 152; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. XXVIII⁵, cit., num. 265, p. 272; E. COLMET DE SANTERRE (e A.M. DEMANTE), *Cours analytique de code civil*, t. VIII, Paris, 1884, num. 266 bis, IV, pp. 289 s. Per la dottrina italiana, cfr. V. CAMPOGRANDE, *Trattato della fideiussione nel diritto odierno*, Torino, 1902, num. 750, pp. 546 ss.; E. REDENTI, voce *Fideiussione*, in *Diz. prat. dir. priv.*, diretto da V. Scialoja, R. de Ruggiero e P. Bonfante, vol. III, pt. I, Milano, 1923, p. 142; M. GALDI, *Trattato della fideiussione in diritto civile, commerciale ed amministrativo*, Napoli, 1901, num. 160, pp. 161 s.; G. MIRABELLI, *Il comodato, il mutuo, la costituzione di rendita, il deposito e il sequestro, il pegno, il contratto vitalizio, l'anticresi, la fideiussione, il giuoco e la scommessa, la transazione*, 2^a ed., Napoli-Torino, 1915, num. 31, pp. 578 s., nota 1a; G. BO, voce *Fideiussione (Diritto civile)*, in *Nuovo dig. it.*, vol. V, Torino, 1938, num. 53, p. 1124, il quale precisa che «non bisogna credere [...] che valga anche a proposito della surrogazione la norma dell'art. 1920, capoverso, così che il fideiussore il quale abbia pagato in un caso non preveduto dall'art. 1919 non possa sottrarre nelle ragioni del creditore contro gli altri fideiussori (sempre *pro rata*). Tale è l'opinione della dottrina migliore, sorretta (per non dire imposta) dal testo dell'art. 1253, n. 3, dell'art. 1914 e dell'art. 1920» (*op. cit.*, num. 55, p. 1125); E. PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile*, vol. V, pt. II, 5^a ed., a cura di G. Venzi e T. Giorgi, Firenze, 1921, num. 304, p. 513: «Se più persone hanno fatto sicurtà per uno stesso debitore e per un medesimo debito, il fideiussore che ha pagato il debito, è surrogato contro gli altri nei diritti del creditore; purché il pagamento sia stato fatto in uno dei cinque casi considerati nell'articolo 1919».

³²⁸ Cfr. il Rapporto al Tribunato di CHABOT, in P. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, t. XV, Osnabrück, 1968 (réimpression de l'édition 1827), p. 58: «ce fidéjusseur ne peut exercer le recours s'il a payé sans avoir été poursuivi en justice par le créancier, ou sans que le débiteur fût en faillite ou en déconfiture, ou avant l'expiration du terme auquel le débiteur s'était obligé de lui rapporter décharge, ou avant l'échéance de l'obligation, ou avant l'expiration de dix années, lorsque l'obligation n'avait pas de terme fixe d'échéance, ou avant l'expiration du temps déterminé pendant lequel cette obligation était de nature à ne pouvoir s'éteindre».

³²⁹ Cfr. L. GUILLOUARD, *Traité de cautionnement & des transactions*, cit., num. 211, pp. 238: «si la caution qui a droit à sa décharge ne peut pas l'obtenir, elle n'a d'autre ressource que de payer la dette, et il faut alors qu'elle puisse obtenir son recours contre les autres cautions»; G. BAUDRY-LACANTINERIE, A. WAHL, *Dei contratti aleatori, del mandato, della fideiussione e della transazione*, cit., num. 1133, p. 613: «È vero che fideiussore poteva, invece di pagare, domandare il proprio scarico, ma era a temersi che non

In realtà, contro la equiparazione dei cinque casi è stato formulato un rilievo particolarmente incisivo. Alle situazioni previste dai nn. 3 e 5 corrisponderebbe un «impegno espresso o tacito» del debitore nei confronti del fideiussore, diretto alla liberazione di quest'ultimo; ma gli altri congaranti sarebbero terzi rispetto a un tale impegno, che pertanto mal si presterebbe a giustificare la nascita di un'azione in rivalsa a fronte del pagamento di un debito non ancora esigibile³³⁰.

La polemica appare superata nella più recente dottrina francese, ove appare essersi consolidata la soluzione estensiva. Quella che – in virtù del rinvio ai casi in cui spetta il rilievo – sembra essere una «restrizione»³³¹ dei casi di esperibilità della rivalsa, viene in realtà reputata dalla dottrina d'oltralpe come un ampliamento dei casi in cui è possibile esercitare l'azione di rivalsa; il senso del rinvio all'art. 2032 (ora 2309) si coglie nel fatto che esso estende la legittimazione alla rivalsa anche alle ipotesi di pagamento di un debito principale non ancora esigibile, come si verifica nei casi di cui ai nn. 3 e 5³³². In

l'avrebbe ottenuto»; V. MARCADÉ, P. PONT, *Explication théorique et pratique du code napoléon contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence*, t. IX, II, cit., num. 314, pp. 159 s.; V. CAMPOGRANDE, *Trattato della fideiussione nel diritto odierno*, cit., num. 750, p. 548: «se il fideiussore che in tali ipotesi agisce con l'azione di rilievo non può ottenere che il debitore paghi il debito, egli può trovarsi nella necessità di pagarlo lui stesso, ed allora il suo regresso contro i confideiussori è pienamente fondato, avendo egli, col pagamento, bene amministrato l'affare comune col liberare i confideiussori mediante l'unico mezzo per lui possibile».

³³⁰ Cfr. E. COLMET DE SANTERRE (e A.M. DEMANTE), *Cours analytique de code civil*, t. VIII, cit., num. 266 bis, IV, pp. 289 s., che nondimeno conclude per l'ammissibilità del regresso in tutte e cinque le ipotesi previste dall'art. 2032 (ora 2309), ritenendo non superabile il testo dell'art. 2033, cpv.: «Dans la 3^e et dans la 5^e hypothèse, la raison de la loi apparaît moins facilement; car ces deux dispositions tiennent compte d'un engagement exprès ou tacite qu'a pris le débiteur de dégager la caution après un certain temps. On comprend qu'il en résulte pour la caution le droit de poursuivre le débiteur pour qu'il lui procure sa libération, on comprend aussi qu'il se libère en payant et qu'il ait action contre le débiteur; mais dans ses rapports avec les cofidéjusseurs, il est plus difficile d'expliquer comment le paiement d'une dette qui n'est pas exigible peut lui donner une action contre eux en vertu d'une convention à laquelle ils sont étrangers. Le texte, pourtant, est formel, et il nous paraît qu'en ne distinguant pas entre ces deux hypothèses et les trois autres, le Code s'est tout particulièrement occupé de chercher si la caution qui payait avait eu une cause légitime de payer, au lieu d'envisager si le paiement qu'elle faisait profitait aux autres cautions, ce qui était cependant le point principal à considérer, puisqu'on réglait les conditions d'un recours exclusivement fondé sur l'équité».

³³¹ Con riguardo alla previsione del cod. civ. del 1865, parla infatti di «restrizione» M. FRAGALI, *Delle obbligazioni*, cit., p. 446, il quale peraltro la ritiene legata al presupposto, reputato non indivisibile, che «il regresso implicasse un'actio negotiorum gestorum, per cui poteva discutersi se il confideiussore che pagava, essendo legittimato ad agire contro il debitore per la liberazione, avesse bene amministrato l'affare comune».

³³² Cfr. P. SIMLER, *Cautionnement. Garanties autonomes. Garanties indemnitaires*, 4^e éd., Paris, 2008, num. 642, pp. 649 s.: «En réalité, loin de restreindre les droits de la caution qui a payé, le renvoi à l'article 2309 [...] a pour effet d'étendre [...] le recours à des hypothèses où, en l'absence de ce renvoi, il aurait sans doute dû être refusé. [...] dans les cases visés en 3^o et 5^o, l'article 2309 permet à la caution d'agir contre le débiteur avant d'avoir payé alors que la dette garantie n'est pas exigible à l'encontre du débiteur principal. En l'absence du renvoi analysé, les cofidéjusseurs poursuivis par la caution solvens auraient pu lui opposer le défaut d'exigibilité de la dette principale». V., similmente, P. SIMLER e P. DELEBECQUE, *Droit civil, Les sûretés. La publicité foncière*, 5^e éd., Paris, 2009, num. 223, p. 197 (dove, fra i casi in cui il debito principale sarebbe inesigibile e dunque non potrebbe esservi regresso in mancanza del rinvio in questione, si aggiunge quello previsto dal n. 2, ossia il fallimento o l'insolvenza del debitore). V. altresì, in senso analogo, J.B. SEUBE, *Droit des sûretés*, 5^e éd., Paris, 2010, num. 116, p. 64 («l'article 2310, alinéa 2 étend le domaine du recours contre les cofidéjusseurs: ce recours sera admis alors même que la caution aurait payé une dette qui n'était pas encore exigible»); D. LEGEAIS, *Sûretés et garanties du crédit*, 7^e éd., Paris, 2009, num. 310, p. 265 («Il importe peu que la caution ait payé une dette devenue exigible ou qu'elle ait payé une dette non exigible en application de l'article 2309, 3^o et 5^o»); L. AYNES, P.

sintesi, la conseguenza del riferimento alle ipotesi previste per il rilievo è quella di escludere la rivalsa solo quando il pagamento del fideiussore avvenga «spontaneamente», non sia sorretto da alcuna «ragione particolare», il debito non sia esigibile e il debitore sia solvibile³³³.

Nel codice civile del 1942 il rinvio non è stato conservato, e si ritiene quindi che il regresso fra confideiussori sia esercitabile anche al di fuori delle ipotesi in cui il *solvens* avrebbe avuto diritto di rilievo verso il debitore principale³³⁴.

2. (segue) La sussistenza del diritto di regresso e della pretesa in surrogazione verso il debitore principale

In alcune ipotesi il fideiussore non dispone del regresso e della surrogazione nei confronti del debitore principale e si pone la questione se al fideiussore *solvens* competa un diritto di regresso verso gli altri garanti. Si pensi alla garanzia assunta *animo donandi*³³⁵, ma anche all'eventualità in cui l'obbligazione garantita sia caratterizzata da

CROCQ, *Droit civil, Les sûretés. La publicité foncière*, 4^e édition, Paris, 2009, num. 177, p. 64 («En réalité, ce texte a pour effet d'étendre le recours entre cofidéjusseurs. Celui-ci est possible non seulement lorsque la caution *solvens* a payé la dette principale devenue exigible (art. 2309, 1^o, 2^o et 4^o), mais encore lorsqu'elle a payé une dette non exigible, dans les conditions de l'article 2309, 3^o et 5^o»); L. AYNES (e P. MALAURIE), *Cours de droit civil*, t. IX, *Les sûretés. La publicité foncière*, 8^e éd., Paris, 1996, num. 177, pp. 59 s. V. peraltro M. CABRILLAC, C. MOULY, *Droit des sûretés*, troisième édition, Paris, 1995, num. 242, pag. 200, secondo cui «l'art. 2033, al. 2, C. civ. qui régit ce recours renvoie aux cas énoncés à l'article 2032, ce qui n'a guère d'autre portée que d'écarter le recours de la caution qui aurait payé une dette principale non encore exigible», senza però precisare se con ciò si intende escludere il regresso nelle ipotesi di cui ai nn. 3 e 5 dell'art. 2032 (ora 2309); si puntualizza inoltre che «Cette condition n'est pas l'exigence d'un jugement de condamnation mais simplement d'une mise en demeure par le créancier afin d'éviter une fraude. La caution qui paye avant l'échéance, sur poursuite du créancier et alors que le débiteur principale est en redressement judiciaire, est une caution contrainte». Su questi aspetti v., inoltre, E. SCHMID, *Die Mehrheit von Sicherungsgebern im deutschen und französischen Recht. Eine rechtsvergleichende Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsinstitute des cautionnement solidaire und des cautionnement réel*, Hamburg, 2000, pp. 19 s.; S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1112, la quale rileva peraltro che «die Anwendung der Nummern 3 und 5 erscheint im Verhältnis der Mitbürgen untereinander verfehlt».

³³³ Cfr. P. SIMLER, *Cautionnement. Garanties autonomes. Garanties indemnitaires*⁴, cit., num. 642, p. 650 («Le seul effet négatif de la formule du second alinéa de l'article 2310 serait de fermer le recours contre les cofidéjusseurs à une caution qui aurait payé spontanément et sans raison particulière une dette non exigible, alors que le débiteur principal était solvable. L'hypothèse restera sans doute d'école»); P. SIMLER e P. DELEBECQUE, *Droit civil, Les sûretés. La publicité foncière*⁵, cit., num. 223, p. 197 («Serait [...] irrecevable le recours contre les cofidéjusseurs après un paiement anticipé de la dette fait sans raison particulière»); M. MIGNOT, *Droit des sûretés*, Paris, 2010, num. 453, p. 189: «Les cas étant très larges, cette restriction empêche seulement la caution de recourir lorsqu'elle a payé spontanément la dette non exigible d'un débiteur principal encore solvable».

³³⁴ Cfr. M. FRAGALI, *Delle obbligazioni*, cit., p. 446; G. VILLANACCI, *Confideiussione e obbligazione solidale*, cit., p. 75.

³³⁵ Cfr., per l'esclusione del regresso, G. BO, voce *Fideiussione (Diritto civile)*, cit., p. 1124; L. ARU, *Della fideiussione*, in *Comm. cod. civ.* diretto da M. d'Amelio ed E. Finzi, *Libro delle obbligazioni, Dei contratti speciali*, pt. II, Firenze, 1949, p. 420: «Il diritto di regresso non spetta ovviamente al fideiussore che abbia prestato garanzia *animo donandi*». Sul punto si rinvia a M. FRAGALI, *Delle obbligazioni*, cit., pp. 352 s. Quanto alla fideiussione prestata *invito debitore*, favorevole alla concessione del regresso sono ad es. L. ARU, *Della fideiussione*, cit., p. 420; M. FRAGALI, *Delle obbligazioni*, cit., pp. 353, 369 s. (per il quale il regresso coinciderebbe con la surrogazione); cfr. in senso difforme, sotto l'impero del previgente codice, G. BO, voce *Fideiussione (Diritto civile)*, cit., p. 1124, num. 52, secondo il quale il fideiussore non avrebbe diritto di regresso verso i confideiussori, potendo soltanto invocare la surrogazione nel diritto

eccezioni idonee a paralizzare la pretesa creditoria rendendola temporaneamente o definitivamente inesigibile. Al riguardo si è affermato che qualora il fideiussore «non [abbia] opposto al creditore le eccezioni spettanti al debitore», ovvero abbia «omesso il preavviso e l'avviso del pagamento secondo la disposizione dell'art. 1952», la conseguente impossibilità di esercitare la rivalsa nei confronti del debitore principale sarà a lui ascrivibile e comporterà a suo carico la «sanzione» costituita dalla «perdita del diritto al regresso verso i suoi confideiussori»³³⁶.

In particolare, per il caso del pagamento eseguito dal fideiussore prima della scadenza del termine apposto all'obbligazione garantita, nella dottrina formatasi in relazione alla disciplina contenuta nel previgente codice si rinvengono opinioni divergenti.

In base all'orientamento dominante, il fideiussore che avesse adempiuto *ante tempus* pagava al di fuori dei casi – tra i quali vi era appunto la scadenza del termine d'esigibilità del debito garantito – in cui il combinato disposto degli artt. 1920 e 1919, nn. 1, 2 e 4 gli concedeva, in ragione dell'«esigibilità» del debito principale, il regresso verso i confideiussori; pertanto, egli non avrebbe avuto il regresso contro i congaranti, perché sarebbe mancato il presupposto della «esigibilità del debito», che costituisce «l'unico fondamento all'esercizio del regresso e cioè l'utile *negotiorum gestio*». E il difetto del presupposto per il regresso conduce a escludere del tutto il relativo diritto in capo al *solvens*, non semplicemente a differirne la possibilità di esercizio alla scadenza del termine³³⁷.

del creditore ai sensi dell'art. 1916 cod. civ. abr., poiché «non si può concedere a chi può perseguire il debitore solo con la surrogazione il vantaggio, proprio dell'azione contemplata nell'art. 1920, di evitare la proposizione delle eccezioni opponibili nel processo instaurato per effetto della surrogazione».

³³⁶ Il ragionamento è così articolato da M. FRAGALI, *Delle obbligazioni*, cit., pp. 446, e 447 s. Analoga è l'opinione di R. MICCIO, *Dei singoli contratti e delle altre fonti delle obbligazioni*², cit., p. 553: «Il pagamento deve essere dovuto, nel senso che il confideiussore che ha pagato non può sottrarsi alle conseguenze della mancata opposizione di valide eccezioni riguardanti l'obbligazione garantita, per cui se ha pagato ciò che non doveva, perde l'azione di regresso verso i confideiussori». In relazione al previgente codice civile, cfr., per conclusioni simili, R. CORSI, *La fideiussione*³, cit., p. 233, secondo cui il regresso tra confideiussori «non potrebbe aver luogo laddove il pagamento non fosse valido ed indispensabile a prosciogliere da ogni impegno il debitore e con esso i fideiussori; diversamente verrebbe meno l'utile gestione che ne somministra il fondamento; V. CAMPOGRANDE, *Trattato della fideiussione nel diritto odierno*, cit., num. 747, p. 545: «è necessario all'esercizio del regresso che il pagamento eseguito dal fideiussore sia necessario e valido, per modo che il debito sia stato regolarmente estinto; perocché altrimenti il regresso manca di fondamento, non potendosi parlare di utile gestione d'affari, allorché il fideiussore non ha recato un'utilità ai confideiussori. Laonde se il pagamento fatto dal fideiussore è nullo e non ha quindi liberato il debitore né, per conseguenza, i confideiussori; e se il fideiussore ha pagato mentre il debitore non era più obbligato a pagare, o ha pagato senza avvertire il debitore, che nell'ignoranza di ciò ha pagato anche lui, non sorge il diritto di regresso contro i confideiussori»; più generale è l'affermazione di E. REDENTI, voce *Fideiussione*, cit., p. 142, num. 49, secondo cui avrebbe «regresso e subingresso contro gli altri fideiussori solo il fideiussore che ha regresso e subingresso contro il debitore princ.[ipale]».

In giurisprudenza si v. quanto affermato, ma come *obiter dictum*, da App. Trieste, 8 aprile 1963, in *Corti Brescia, Venezia e Trieste*, 1964, p. 52: «Solo in un caso il confideiussore può essere privato d[e]ll'azione di regresso [*scil.*: verso i congaranti], quando cioè si tratti di pagamento invalido o non dovuto; in tal caso invero intervengono ragioni oggettive che interrompono il nesso di causalità tra il pagamento e l'obbligo della garanzia».

³³⁷ Cfr. R. CORSI, *La fideiussione*³, cit., pp. 233 s. Nella dottrina francese, v., a favore della medesima soluzione, F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. XXVIII⁵, cit., num. 264, p. 271, sul rilievo per cui «La loi suppose que si la caution ne s'était pas trop pressée de payer, le débiteur l'aurait fait: ce qui aurait libéré les autres fidéjusseurs»; A. DURANTON, *Corso di diritto civile secondo il codice francese*⁴, vol. X, cit., num. 367, pag. 109, a sua volta in base all'osservazione che «se il fideiussore non si fosse

Problema discusso sotto il vigore del precedente codice era, invece, se il fideiussore adempiente, pur non acquistando il diritto di regresso verso i consorti, non avendo pagato in uno dei casi previsti dall'art. 1919, potesse nondimeno avvalersi della surrogazione *pro quota*, con facoltà di agire verso i confideiussori quando fosse scaduto il termine a favore del garantito³³⁸; così come non vi era uniformità di vedute circa la possibilità per il confideiussore di farsi surrogare convenzionalmente nei diritti del creditore e di pretendere per tal via il rimborso dagli altri garanti, malgrado il pagamento prima della scadenza del termine³³⁹.

Particolarmente interessante rispetto al problema appena delineato, appare un recente tentativo di soluzione prospettato nell'ambito della dottrina tedesca, che analizza il caso ipotizzato alla luce della situazione corrispondente del fideiussore nei confronti del debitore principale³⁴⁰.

In base al diritto tedesco, il fideiussore può agire in rivalsa verso il debitore avvalendosi del credito originario acquistato *ex lege* con il pagamento al creditore garantito, oppure invocando un rapporto tra sé e il debitore principale.

Allorquando viene fatto valere il credito originario, è da ammettere l'eccezione di inesigibilità del credito che il debitore avrebbe potuto sollevare nei confronti del creditore, come si ricava dall'applicazione del § 404 BGB³⁴¹. La soluzione opposta può trovare spazio solo facendo riferimento a un particolare rapporto tra fideiussore e debitore principale, dal quale deriva una pretesa di rimborso in capo al *solvens*, purché questi potesse ritenere necessario il pagamento³⁴², come ad esempio qualora il debitore abbia illegittimamente omesso di informare il garante della dilazione ottenuta. Gli stessi principi valgono tra confideiussori: l'inesigibilità potrà essere opposta quando contro il fideiussore convenuto sia fatto valere il credito originario acquistato dal *solvens*, mentre una rivalsa tra i confideiussori nonostante la mancata scadenza del debito principale potrà essere ammessa solo in base a un particolare rapporto sussistente fra essi.

La situazione è diversa quando si tratta di fideiussioni indipendenti. In questo caso non appare ammissibile che un fideiussore risenta pregiudizio a causa del pagamento anticipato di un altro garante, e inoltre, ragionando *a fortiori*, risulta inaccettabile

dato la premura di pagare, il debitore lo avrebbe forse fatto egli stesso alla scadenza, e se così si fosse praticato, i confideiussori sarebbero stati liberati».

³³⁸ Per la soluzione positiva, v. E. REDENTI, voce *Fideiussione*, cit., p. 142, num. 49; *contra*, v. R. CORSI, *La fideiussione*³, cit., p. 234.

³³⁹ In senso favorevole, nella dottrina francese, v. A. DURANTON, *Corso di diritto civile secondo il codice francese*⁴, vol. X, cit., num. 367, pag. 109: «se il fideiussore pagando il debito prima della scadenza, si fosse fatto surrogare convenzionalmente dal creditore, sarebbe difficile negargli il regresso contra i suoi confideiussori, sotto pretesto che non abbia pagato in uno de' casi espressi dell'art. 2032 [...]; imperocché se un terzo avesse pagato il debito prima della scadenza e con surrogazione ai diritti del creditore, avrebbe per fermo avuto azione contra di loro, come se avesse pagato alla scadenza; soltanto per agire sarebbe stato egli tenuto ad attendere che decorresse il termine come sarà del pari tenuto a farlo il fideiussore. Or il fideiussore surrogato convenzionalmente deve avere sotto tal riguardo il diritto che avrebbe un terzo surrogato»; *contra*, nella dottrina italiana, v. R. CORSI, *La fideiussione*³, cit., pp. 234 s., secondo cui il confideiussore non potrebbe essere equiparato ad un terzo che si faccia surrogare volontariamente nei diritti del creditore soddisfatto.

³⁴⁰ Il riferimento è al pensiero di S. MEIER, *Gesamtsschulden*, cit., pp. 1194 ss.

³⁴¹ Cfr. § 404 (Einwendungen des Schuldners). Der Schuldner kann dem neuen Gläubiger die Einwendungen entgegensetzen, die zur Zeit der Abtretung der Forderung gegen den bisherigen Gläubiger begründet waren.

³⁴² La soluzione trova fondamento nel § 670 (Ersatz von Aufwendungen): «Macht der Beauftragte zum Zwecke der Ausführung des Auftrags Aufwendungen, die er den Umständen nach für erforderlich halten darf, so ist der Auftraggeber zum Ersatz verpflichtet».

considerare precluso il regresso verso il debitore principale in mancanza di un particolare rapporto tra fideiussore e debitore stesso e ritenerlo invece consentito verso gli altri fideiussori³⁴³.

Le argomentazioni appena esposte, pur elaborate in relazione alla disciplina tedesca della fideiussione, conservano la loro forza persuasiva anche se messe in relazione alle regole del codice civile italiano. È bensì vero che, a differenza del sistema tedesco, nell'ordinamento italiano il regresso è concesso anche al fideiussore che non sia legato da un particolare rapporto al debitore principale, cosicché non può farsi riferimento alla presenza di tale rapporto per stabilire se il fideiussore possa agire in regresso verso il debitore principale anche in caso di pagamento anticipato. Tuttavia il debitore principale può opporre alla pretesa del regrediente, sempre che non abbia ommesso di comunicarglielo una volta ricevuto avviso da parte del fideiussore della sua intenzione di pagare, le eccezioni che quest'ultimo non ha sollevato nei confronti del creditore (arg. ex art. 1952 cpv.), fra le quali anche l'inesigibilità per mancata scadenza del termine. Appare pertanto illogico ammettere che fra fideiussori indipendenti possa avere luogo un regresso anche se il pagamento è avvenuto prima della scadenza del debito principale, riconoscendo al *solvens* un'azione che sarebbe a lui preclusa, o che quantomeno sarebbe soggetta a una possibile eccezione, nei confronti del debitore garantito, e che inoltre si risolverebbe in un pregiudizio per il garante convenuto in regresso, il quale si troverebbe a dover effettuare un adempimento anticipato.

Quanto al caso del pagamento di un debito principale prescritto, la possibilità di rivalsa fra confideiussori, fermo restando che l'esercizio del credito originario in via di surrogazione resta soggetto all'eccezione di prescrizione, sembra sia da ricercare nel rapporto contrattuale interno che lega i garanti³⁴⁴.

Tale rapporto interno difetta però quando si tratta di semplice pluralità di fideiussori indipendenti. Nel valutare se nondimeno possa ammettersi in questo caso un regresso tra i garanti, va tenuta presente l'analoga situazione tra fideiussore e debitore principale. In mancanza di un rapporto particolare che lega questi ultimi soggetti, nell'ordinamento tedesco il fideiussore che paga il debito prescritto non ha una pretesa di rimborso immune dall'eccezione di prescrizione, in quanto può solo far valere la *cessio legis* o al più una *Rückgriffskondition*, per la quale trova pur sempre applicazione in via analogia il § 404 BGB, con conseguente opponibilità, in ambedue i casi, della prescrizione. Una distinta azione di rimborso postula invece un rapporto particolare tra fideiussore e debitore principale; quando tale rapporto sussiste, va però considerato che difficilmente il pagamento potrà essere ritenuto necessario (*erforderlich*) da parte del fideiussore ai sensi del § 670, norma che subordina a tale requisito l'*Aufwendungsersatzanspruch*. Un pagamento anticipato potrebbe legittimare la pretesa di rimborso quando, ad esempio, il debitore tenga illegittimamente all'oscuro il fideiussore dell'intervenuta prescrizione del debito principale.

Tenuto conto della situazione tra fideiussore e debitore principale, si deve ammettere l'illogicità della conclusione che, qualora non vi sia un rapporto particolare tra garante e debitore principale che fondi il regresso anche in caso di pagamento anticipato, volesse concedere il regresso contro un altro fideiussore indipendente, il cui

³⁴³ Cfr. S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., pp. 1196 s. Più in generale, ritengono che l'esperibilità del regresso ex § 426, I BGB postuli la scadenza del debito principale, fra gli altri, U. NOACK, *sub* § 426, in *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., RdNr. 22, p. 525; D. LOOSCHELDERS, *sub* § 426, in *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., RdNr. 33, p. 577.

³⁴⁴ Cfr. S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1203.

impegno sia prescritto a seguito della prescrizione del debito principale, senza riconoscere al convenuto la possibilità di sollevare contro il richiedente l'eccezione di prescrizione; il fideiussore convenuto non può essere penalizzato solo perché un altro garante si è obbligato verso il creditore; il regresso del *solvens* sorge infatti solo perché l'altro fideiussore ha assunto contrattualmente un impegno verso il creditore, vincolo che tuttavia, in base alla disciplina ad esso applicabile, risulta già prescritto³⁴⁵.

In questo caso deve dunque concedersi la possibilità al fideiussore convenuto di eccepire la prescrizione nei confronti dell'attore in regresso³⁴⁶.

Nell'ordinamento italiano questa soluzione trova espressa conferma nell'art. 1310, 3° co., ove si preclude il regresso verso i condebitori in solido liberati in virtù della prescrizione da parte del debitore che abbia rinunciato alla prescrizione stessa³⁴⁷.

Quando il debito principale non sia ancora prescritto al momento del pagamento, si pone il problema se il garante richiesto del rimborso in via di regresso possa eccepire la prescrizione del debito principale, e conseguentemente del proprio impegno fideiussorio, verificatasi dopo il pagamento al creditore e prima dell'esercizio del regresso. Per risolvere tale questione è necessario preliminarmente chiarire quale sia il termine di prescrizione del diritto di regresso, e in particolare se esso sia indipendente rispetto a quello relativo al debito principale.

La Supr. Corte ha avuto modo di affermare che il confideiussore adempiente «acquista» il diritto di regresso verso i consorti a far data dal soddisfacimento del creditore, e che il periodo di prescrizione della relativa azione incomincia a decorrere da tale momento; l'interruzione della prescrizione che si verifichi nei confronti di taluno dei congaranti o del debitore principale resta circoscritta al rapporto in relazione al quale si è prodotta e non si comunica a quelli degli altri coobbligati, poiché, stante la divisione dell'obbligazione nei rapporti interni, non opera la disposizione di cui all'art. 1310, 1° co., cod. civ., ove si prevede, in relazione alle obbligazioni solidali passive, che gli atti interruttivi della prescrizione verso uno dei condebitori hanno effetto anche nei confronti degli altri³⁴⁸.

³⁴⁵ Per queste argomentazioni, cfr. S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., pp. 1204 s.

³⁴⁶ Cfr. S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1205. Perviene a conclusioni analoghe K. KANKA, *Die Mitbürgschaft*, in *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts* 87, 1937/1938, pp. 167 s.: «Im Zweifel müssen die anderen dem in Anspruch genommenen Mb [*scil.*: Mitbürgen] sofort den Ausgleich leisten. Die Bürgen sind aber nach Treu und Glauben einander verpflichtet, möglichst alle Einwendungen, etwa die der Vorausklage, die ihnen gegen den Gläubiger zustehen, zu erheben: jeder muß nach Möglichkeit vermeiden, durch unnütze oder vorzeitige Zahlung die anderen Beteiligten unnützlich oder zu früh zu belasten. Oder anders ausgedrückt: nur für eine wirklich notwendige Leistung kann eine Ausgleichszahlung gefordert werden und auch erst dann, wenn die Leistung wirklich erbracht werden mußte. Treu und Glauben können indessen im Einzelfall eine frühere Leistung mit entsprechend früherer Ausgleichspflicht rechtfertigen; z.B. wenn die Gefahr besteht, die Lage des Schuldners könne sich mittlerweile verschlechtern, die Gläubiger es aber im Vertrauen auf die Sicherheit, die ihm die Bürgschaft gewährt, unterlassen, zweckentsprechende Vorkehrungen zu treffen».

³⁴⁷ Per un'applicazione della disposizione richiamata, cfr. Cass. 9 maggio 2002, n. 6649, cit., in relazione all'ipotesi della rinuncia a eccepire l'intervenuta *decadenza* di cui all'art. 1957 cod. civ. da parte di un confideiussore nei confronti del creditore garantito.

³⁴⁸ Cfr. Cass., 24 maggio 1984, n. 3192, in *Rep. Foro it.*, 1984, voce *Fideiussione e mandato di credito*, n. 20. Si esprimono in senso conforme, in dottrina, M. LEMBO, *Confideiussione e insolvenza del confideiussore*, cit., p. 330; G. VILLANACCI, *Confideiussione e obbligazione solidale*, cit., pp. 75 s.; G. BOZZI, *La fideiussione, le figure affini e l'anticresi*², cit., p. 311. Sulla questione v. anche G. STELLA, *Le garanzie del credito*, cit., p. 541. Secondo Cass., 18 giugno 2009, n. 14160, in *Rep. Foro it.*, 2009, voce *Fideiussione e mandato di credito*, n. 24, «l'azione di regresso esercitata nei confronti degli altri fideiussori non vale ad interrompere la prescrizione del credito che residua nei confronti del debitore

In dottrina si è precisato che il termine di prescrizione del diritto di regresso verso i congaranti sarebbe quello ordinario decennale, a nulla rilevando che il debito principale sia soggetto a un periodo prescrizione più ridotto; la soluzione poggerebbe, da un lato, sulla «eccezionalità delle disposizioni che disciplinano le prescrizioni c.dd. “brevi” (arg. ex art. 2946 c.c.)», e dall’altro, sul carattere di autonomia del regresso rispetto al diritto principale spettante al creditore, pur senza trascurare, peraltro, che tale diritto «origina[...] dalle ceneri del credito estinto»³⁴⁹.

Il riconoscimento di un termine prescrizione autonomo rispetto a quello del credito adempiuto tiene conto del fatto che il pagamento al creditore procura un vantaggio agli altri fideiussori e che l’adempimento da parte di un garante può aver costituito il motivo che ha trattenuto il creditore dall’interrompere la prescrizione verso gli altri, onde non appare corretto concedere al regrediente soltanto il termine di prescrizione residuo del debito principale, che in ipotesi potrebbe essere anche particolarmente ridotto³⁵⁰.

Deve essere poi considerato il caso del fideiussore che sia privo del diritto di regresso nei confronti del debitore principale in ragione del particolare rapporto che vincola i due soggetti. Si pensi all’ipotesi della fideiussione assunta per spirito di liberalità oppure ai casi in cui la prestazione derivante dal contratto stipulato tra debitore e creditore abbia come destinatario il fideiussore, il quale in sostanza «*im wirtschaftlichen Sinne der Hauptschuldner ist*», o più in generale alle ipotesi in cui il fideiussore assume nei confronti del debitore l’obbligo di pagare al creditore. Quando più confideiussori si siano obbligati nei confronti del creditore in base a tali presupposti, potrà avere luogo nei rapporti interni un regresso di fonte contrattuale, come accade anche in altre ipotesi in cui più persone congiuntamente assumono un’obbligazione solidale³⁵¹.

Nel caso di semplice pluralità di fideiussioni indipendenti, invece, risulta meno evidente perché il fideiussore che esegue il pagamento al creditore in esecuzione di un

principale, poiché tale azione ha ad oggetto un diverso diritto di credito che trova fondamento nel rapporto di solidarietà tra fideiussori, al quale resta estraneo il debitore principale, con conseguente inapplicabilità dell’art. 1310 c.c. il quale, nel prevedere che gli atti con i quali il creditore interrompe la prescrizione contro uno dei debitori hanno effetto per gli altri debitori, riguarda la diversa ipotesi della solidarietà nel debito (o nel credito)».

³⁴⁹ Cfr. G. VILLANACCI, *Confideiussione e obbligazione solidale*, cit., pp. 75 s. Afferma che il diritto di regresso si prescrive nel termine ordinario anche G. BOZZI, *La fideiussione, le figure affini e l’anticresi*², cit., p. 311.

³⁵⁰ Cfr., per queste considerazioni, S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., pp. 1206 s., ove anche considerazioni sulla possibilità di equiparare il caso del fideiussore *solvens* a quello del gestore d’affari, pur potendo mancare il necessario presupposto della conoscenza di eventuali altri fideiussori, e quindi di riconoscergli un *Aufwendungsersatzanspruch* ai sensi dei §§ 683 e 670 BGB; l’a., dopo aver affermato che tale equiparazione potrebbe corrispondere all’intenzione del legislatore (pur dando atto che non vi sono elementi atti a confermare in maniera definitiva una simile conclusione), osserva che ammettendo la possibilità di un diritto di regresso autonomamente prescrivibile sarebbe congruo individuare un termine breve, in particolare minore rispetto a quello ordinario (nel sistema tedesco, tre anni), che nel caso in esame appare eccessivamente lungo.

³⁵¹ Cfr. S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1220: «Haben sich die Mitbürgen in dieser Art gemeinschaftlich verbürgt, ist ein vertraglicher Innenausgleich ebenso selbstverständlich wie in anderen Fällen, in denen sich mehrere gemeinschaftlich als Gesamtschuldner zu einer Leistung verpflichten». V. anche K. KANKA, *Die Mitbürgschaft*, cit., p. 189, nt. 61: «Haben alle Mbn [*scil.*: Mitbürgen] die Pflicht zur Befriedigung des Gläubigers durch Vereinbarung mit dem Hauptschuldner auf sich genommen, dann gilt folgendes: a) haben sie sich dem Hauptschuldner gegenüber gemeinsam verpflichtet, dann haften sie ihm für die Erfüllung der Pflicht als Gesamtschuldner (§ 427); und wenn ein Mb [*scil.*: Mitbürge] die Pflicht einlöst, dann kann er von den anderen unmittelbar nach § 426 Beteiligung fordern».

obbligo assunto verso il debitore debba in seguito poter agire in regresso contro un altro garante per essere tenuto indenne dell'esborso sopportato per far fronte all'impegno che si era assunto verso il debitore principale. Si ipotizzi che due soggetti abbiano prestato fideiussione per lo stesso debito, indipendentemente l'uno dall'altro e che soltanto il primo abbia assunto nel rapporto interno con il debitore principale il peso del debito garantito. Se il primo fideiussore paga al creditore e agisce poi in regresso *pro quota* verso il secondo fideiussore, quest'ultimo potrà a sua volta ripetere l'esborso dal debitore principale. Ma il debitore principale potrà far valere il rapporto interno con il primo fideiussore per esigere da quest'ultimo il rimborso di quanto pagato al secondo fideiussore. Si dà vita in tal modo a un inutile circolo di regressi (*ein überflüssiger Regresskreisel*), che può inoltre portare a degli inconvenienti in caso di insolvenza del debitore principale. Il primo fideiussore agisce in regresso contro il secondo, ottenendone la quota di sua spettanza, pari alla metà; il secondo fideiussore non può agire in regresso contro il debitore principale a causa dell'insolvenza di quest'ultimo. Dal momento però che il primo fideiussore ha ottenuto un parziale rimborso di quanto pagato, egli non ha in realtà integralmente adempiuto l'obbligazione assunta verso il debitore principale, il quale (o per esso il curatore fallimentare³⁵²) potrà esigere dal primo fideiussore il pagamento di quanto ottenuto dal secondo. Ne risulta un beneficio per il debitore principale (o per la massa fallimentare³⁵³) a spese del secondo fideiussore, dal momento che il debitore risulta pienamente liberato nei confronti del creditore e vanta inoltre un credito verso il primo fideiussore (al versamento di quanto ottenuto dal secondo fideiussore in via di regresso), mentre il secondo fideiussore non può vedere soddisfatto integralmente il proprio credito di regresso.

Analoghe considerazioni possono essere svolte per le ipotesi in cui il primo fideiussore non abbia regresso verso il debitore perché ha adempiuto nonostante la contraria volontà del debitore che disponeva di un'eccezione di compensazione verso il creditore, o perché illegittimamente non l'ha posto a conoscenza della sua intenzione di pagare e questi ha di nuovo adempiuto al creditore. In questo caso al regresso del primo fideiussore contro il secondo seguirebbe un regresso di quest'ultimo verso il debitore principale, che dunque resterebbe indirettamente pregiudicato dall'adempimento del primo fideiussore. Ammettendo in questo caso una pretesa risarcitoria del debitore nei confronti del primo fideiussore, si configura un circolo di regressi che può portare a risultati incongrui in caso di insolvenza del debitore principale³⁵⁴.

Appare dunque corretto, nel caso di fideiussioni indipendenti, escludere che il fideiussore privo di regresso nei confronti del debitore principale possa agire nei confronti degli altri garanti per il rimborso, totale o parziale, di quanto pagato al creditore³⁵⁵.

³⁵² *Insolvenzverwalter*.

³⁵³ *Insolvenzmasse*.

³⁵⁴ Cfr. S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1221, che esamina anche il caso in cui, secondo il diritto tedesco, al secondo fideiussore non spetta un diritto di rimborso (*Aufwendungsersatzanspruch*) nei confronti del debitore principale in quanto la fideiussione è stata assunta *invito debitore*.

³⁵⁵ Cfr. K. KANKA, *Die Mitbürgschaft*, cit., pp. 188 s., testo e nota 61; S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1222, nonché 1223, ove chiaramente si afferma: «Im Ergebnis erscheint es daher gerechtfertigt, den Nebenbürgenregress nach § 426, 774 II in allen Fällen auszuschließen, in denen der leistende Mitbürge keinen Rückgriffsanspruch gegen den Hauptschulder hat». L'a. prosegue il ragionamento sostenendo che, «quantomeno *de lege ferenda*», si dovrebbe valutare la possibilità di limitare il *Rückgriff* del fideiussore verso gli altri fideiussori (indipendenti) alle ipotesi di insolvenza o irreperibilità del debitore principale, in quanto di regola il fideiussore dispone di un diritto di regresso di fonte contrattuale nei confronti del

Rappresenta lo scopo dell'azione di regresso nella solidarietà debitoria quella di rimettere all'arbitrio del creditore (*Gläubigerwillkür*) la decisione su chi, fra i condebitori, debba far fronte all'adempimento e sostenerne in via definitiva il peso. Tale esigenza si presenta allorché il fideiussore ha azione contro il debitore principale onde ripetere quanto pagato, perché in caso di insolvenza o irreperibilità del debitore le conseguenze dell'esborso si consoliderebbero in capo al fideiussore *solvens* se questi non potesse agire in regresso verso gli altri garanti; sicché dipenderebbe in definitiva dall'arbitrio del creditore su quale dei fideiussori debba ricadere il peso dell'adempimento, pur a fronte del fatto che tutti i fideiussori hanno assunto in egual misura il rischio del mancato adempimento del debitore principale. In questo caso il regresso fra fideiussori (indipendenti) risulta dunque giustificabile.

La situazione si presenta diversa quando al fideiussore non competa alcun diritto di rimborso verso il debitore. In questo caso è in base al rapporto con il debitore che il garante è tenuto all'adempimento, non avendo quindi assunto il medesimo rischio rispetto agli altri garanti (invece legittimati ad agire contro il debitore), onde non dipende dall'arbitrio del creditore l'iscrizione al fideiussore stesso del onere del pagamento.

Il rischio dell'arbitrio del creditore, e con esso l'esigenza di far luogo a un regresso fra fideiussori per ripristinare l'equilibrio, sembrerebbe ripresentarsi nel caso in cui non soltanto uno fra i fideiussori è sprovvisto di azione verso il debitore, ma tutti i garanti ne siano privi, ad esempio perché tutti (indipendentemente l'uno dall'altro) hanno assunto *donandi causa* la garanzia o si sono impegnati verso il debitore principale a non esigere da lui il rimborso di quanto pagato al creditore³⁵⁶.

Qualora il creditore pretenda l'adempimento da parte del debitore principale, questi, una volta effettuato il pagamento, potrà rivolgersi verso ciascuno dei fideiussori per ottenere la rifusione di quanto versato al creditore. Si ripresenta dunque il problema del rischio dell'arbitrio del creditore, in questo caso rappresentato dal debitore principale che agisce verso i fideiussori, ciò che farebbe propendere per la concessione del regresso in favore del garante che si trovi a dover restituire al debitore principale l'intera somma pagata al creditore. Tuttavia non si ritiene che i diversi fideiussori indipendenti siano condebitori in solido verso il debitore principale, cosicché un ipotetico diritto di "regresso" fra i garanti in realtà risulta estraneo al modello del regresso tra garanti; si tratta piuttosto di «obbligazioni concorrenti» caratterizzate dalla coincidenza dell'oggetto della prestazione³⁵⁷.

debitore principale: se questi è solvente, non vi è necessità di porre argine al pericolo dell'arbitrio del creditore (*Gläubigerwillkür*) concedendogli il regresso verso gli altri garanti, potendo il fideiussore adempiente rivalersi sul debitore principale; non vi è quindi necessità di far valere una pretesa contro un terzo estraneo al contratto, anche alla luce del principio, valevole nel diritto dell'arricchimento in relazione alle fattispecie trilaterali, secondo cui il *solvens* deve rivalersi anzitutto sul soggetto a lui legato da un vincolo contrattuale o da un diverso rapporto particolare, essendo una pretesa verso un terzo, pur eccezionalmente esercitabile, non configurabile se quella derivante dal «*Kausalverhältnis*» nei confronti della controparte risulta esperibile (*durchsetzbar*); in quest'ottica, appare esigibile da parte del fideiussore di rivolgersi in via di regresso anzitutto al fideiussore prima di poter agire contro gli altri garanti.

³⁵⁶ Ammette in questo caso il regresso fra fideiussori A. KOBAN, *Der Regress des Bürgen und Pfand Eigentümers nach österreichischem und deutschem Rechte. Eine zivilistische Studie*, Graz, 1904, p. 156 (con riguardo al diritto austriaco).

³⁵⁷ Si esprime in termini di «Konkurrenz von unabhängigen vertraglichen Verpflichtungen, die sich zufällig auf denselben Leistungsgegenstand beziehen» S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1223; secondo l'a. nel caso in esame «[...] ein Ausgleich nicht unter mehreren Sicherern stattfindet, die dasselbe Risiko

3. (segue) La previa escussione del debitore principale

In merito all'azione di regresso del garante *solvens* nei confronti degli altri confideiussori, si pone la questione se sia necessario escutere il debitore principale prima di poter richiedere il rimborso ai confideiussori.

Secondo la tesi che appare prevalente, l'ammissibilità delle istanze verso i garanti non esigerebbe la previa infruttuosa escussione del debitore principale³⁵⁸, in quanto un simile onere non sarebbe posto espressamente da alcuna disposizione né potrebbe essere dedotto da alcun «principio dell'ordinamento giuridico»³⁵⁹. L'immediata esperibilità

übernommen haben, sondern zwischen mehreren Vertragsschuldern, deren geschuldete Leistungen sich auf denselben Leistungsgegenstand beziehen» (*op. cit.*, pp. 1222 s.).

³⁵⁸ Cfr. M. FRAGALI, *Delle obbligazioni*, cit., pp. 447 s.; G. VILLANACCI, *Confideiussione e obbligazione solidale*, cit., pp. 68 s., secondo il quale peraltro il rapporto interno fra confideiussori (in senso stretto) può prevedere «un criterio di sussidiarietà tra regresso contro il debitore principale e regresso contro i singoli confideiussori» (*op. cit.*, p. 23); A. RAVAZZONI, voce *Fideiussione*, cit., 263 (che in precedenza si era però espresso in senso opposto: cfr. voce *Fideiussione (diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, VII, cit., p. 291); R. MICCIO, *Dei singoli contratti e delle altre fonti delle obbligazioni*², cit., 553; G. BOZZI, *La fideiussione, le figure affini e l'anticresi*², cit., 311; B. MORETTI, F.P. NICITA, N. VISALLI, *Sequestro convenzionale – Fideiussione – Mandato di credito – Anticresi – Transazione – Cessione dei beni ai creditori*, 2^a ed. interamente riveduta e aggiornata da B. Moretti, in *Giur. sist. civ. comm.*, fondata da W. Bigiavi, Torino, 1980, p. 171. In questo senso sembrerebbe orientata anche la giurisprudenza; cfr., App. Trieste, 8 aprile 1963, in *Corti Brescia, Venezia, Trieste*, 1964, p. 52, secondo cui «la lettera della legge [...] pone come condizione unica per l'esercizio dell'azione di regresso contro i fideiussori il fatto di avere pagato, e non anche quello di avere esercitato tutti i mezzi consentiti per recuperare le somme pagate», e «l'obbligo che intercorre tra i vari confideiussori, di rendersi reciprocamente indenni dalle quote che l'uno paga per gli altri, è un obbligo assunto individualmente, nell'ambito interno del rapporto fra confideiussori, che vive di vita propria e non può venire condizionato a un coefficiente esterno quale è quello del tentativo di recuperare la somma pagata nei confronti del debitore»; Cass. 11 marzo 1980, n. 1611, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1980, II, 396, con nota redazionale, e in *Giust. civ.*, 1980, I, p. 1572, con nota redazionale: «Il fideiussore che, avendo pagato, agisce in regresso contro gli altri fideiussori a norma dell'art. 1954, non ha l'onere di escutere preventivamente il debitore principale, già inutilmente escusso dal creditore principale». La pronuncia citata è richiamata da Trib. Milano 28 maggio 1988, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1989, II, p. 174, con nota redazionale. In senso adesivo rispetto al principio affermato dalla Supr. Corte, v., in dottrina, F. MACARIO, *Garanzie personali*, cit., p. 297. La regola enunciata dalla giurisprudenza di legittimità, tuttavia, ha dato luogo a interpretazioni divergenti, verosimilmente in quanto esclude l'onere di previa escussione ma facendo riferimento al caso in cui il debitore principale sia stato già inutilmente escusso dal creditore. Così, si può rinvenire l'affermazione secondo cui «che l'azione di regresso di un fideiussore nei confronti degli altri non sia subordinata ad alcuna condizione, risulta evidente dalla formulazione dell'art. 1954 c.c.» (v. la nota redazionale a commento di Cass. 11 marzo 1980, n. 1611, in *Giust. civ.*, 1980, I, p. 1576), e anche una pronuncia di merito porta la decisione di legittimità in esame a sostegno dell'assunto secondo cui il fideiussore *solvens* potrebbe agire in regresso ai sensi dell'art. 1954 cod. civ. anche in difetto di previa escussione del debitore principale (v. App. Catania 24 marzo 1999, in motivazione, pubblicata in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2001, II, p. 699, con nota di S. RESCIGNO). Parte degli interpreti ritiene, invece, che dalla citata sentenza della Supr. Corte dovrebbe dedursi che il regresso contro gli altri garanti sia subordinato alla previa escussione del debitore principale ad opera del fideiussore o del creditore garantito: v. F.M. ANDREANI, voce *Regresso (azione di)*, cit., p. 719 nt. 64; similmente, v. G. STELLA, *Le garanzie del credito*, cit., p. 539, sulla scorta dell'analogo principio affermato da Trib. Milano 28 maggio 1988, cit.

³⁵⁹ Cfr. M. FRAGALI, *Delle obbligazioni*, cit., p. 448. V. anche R. MICCIO, *Dei singoli contratti e delle altre fonti delle obbligazioni*², cit., 553, secondo cui l'art. 1954 cod. civ. «[...] pone come sola condizione per l'esercizio dell'azione di regresso contro i fideiussori il fatto di avere pagato e non anche di avere esercitato tutti i mezzi consentiti per recuperare le somme pagate» (corsivo nel testo).

dell'azione di regresso contro i confideiussori viene anzi considerata più conforme alla natura comune dell'interesse alla garanzia³⁶⁰, oppure è ritenuta conseguenza del fatto che l'obbligo di rimborso al *solvens* della parte di debito gravante sugli altri consorti è indipendente rispetto ai rapporti fra i garanti e il debitore³⁶¹.

Non mancano peraltro opinioni a sostegno della soluzione opposta³⁶². Questa, in particolare, è reputata da taluno più congrua con il fatto che il debitore garantito è il primo interessato al pagamento del debito³⁶³, mentre da altri si pone l'accento sul carattere di «rimedio tipicamente sussidiario» dell'azione di regresso ai sensi dell'art. 1954 cod. civ. rispetto alla surrogazione del garante nei diritti del creditore *ex art.* 1949 cod. civ., osservando che la concessione del regresso al fideiussore *solvens* verso i consorti senza necessità di avvalersi in prima istanza della surrogazione contro il debitore principale comporterebbe «un inutile circuito di azioni», poiché non potrebbe negarsi ai confideiussori convenuti in regresso la possibilità di avvalersi a loro volta della surrogazione di cui all'art. 1949 cod. civ. per la parte di debito rimborsata al *solvens*³⁶⁴.

Venendo a considerare la dottrina tedesca – e ricordando che in base al § 771 BGB il fideiussore ha di regola il beneficio di escussione (*Einrede der Vorausklage*), mentre tale beneficio non spetta al fideiussore quando si tratti di una fideiussione che costituisca un contratto commerciale per il fideiussore, in applicazione delle norme del codice di commercio (§ 349 HGB) – parte degli interpreti ha ritenuto che il confideiussore *solvens* debba rivolgersi in prima istanza contro il debitore e solo successivamente possa agire contro i congaranti³⁶⁵.

³⁶⁰ Cfr. M. FRAGALI, *Delle obbligazioni*, cit., p. 448 «[...] quando [il confideiussore *solvens*] ha assunto la fideiussione per un interesse *esclusivo* degli altri fideiussori o per un interesse *anche* di costoro, la logica dovrebbe consigliare di dire che il *solvens*, in vista dell'alienità dell'affare, totale o parziale, debba esigere l'immediata ripartizione fra i suoi confideiussori di ciò che ha pagato o della porzione che corrisponde agli interessi degli stessi [...]» (corsivi nel testo).

³⁶¹ Cfr. R. MICCIO, *Dei singoli contratti e delle altre fonti delle obbligazioni*², cit., p. 553: «l'obbligo che intercorre tra i vari confideiussori di rendersi reciprocamente indenni delle quote che l'uno paga per gli altri è un obbligo assunto individualmente nell'ambito interno del rapporto tra confideiussori, che vive di vita propria e che non può venire condizionato ad un coefficiente esterno quale è quello del tentativo di recuperare la somma pagata nei confronti del debitore».

³⁶² In questo senso si esprimono A. RAVAZZONI, voce *Fideiussione (diritto civile)*, cit., p. 291, che tuttavia muta successivamente il proprio pensiero: cfr. voce *Fideiussione*, in *Dig.*⁴, cit., p. 263; F.M. ANDREANI, voce *Regresso (azione di)*, cit., p. 719 testo e nt. 64; F. MASTROPAOLO, A. CALDERALE, *Fideiussione e contratti di garanzia personale*, cit., pp. 355, 440, 443 s.

³⁶³ Per quest'argomento, v. F. MASTROPAOLO, A. CALDERALE, *Fideiussione e contratti di garanzia personale*, cit., pp. 443 s.: «La subordinazione dell'azione, nei confronti degli altri confideiussori, all'esercizio dell'azione contro il debitore è fondata sulla *ratio* dei citt. artt. 1298, 1299, 1950, 1954 e sul maggiore interesse che ha il debitore principale all'adempimento da parte del garante e che supplisce alla sua carenza».

³⁶⁴ Cfr. F.M. ANDREANI, voce *Regresso (azione di)*, cit., p. 719.

³⁶⁵ P. BÜLOW, *Recht der Kreditsicherheiten. Sachen und Rechte, Personen*, 7. Aufl., Heidelberg, 2007, RdNr. 1024, p. 341; H.P. PECHER, *sub § 774*, in *Münchener Kommentar*, Bd. 3, *Schuldrecht. Besonderer Teil*, 2. Halbband (§§ 652-853), 2. Aufl., München, 1986, RdNr. 23 s., pp. 1056 s. (necessità di tentare un *ihm zumutbarer Rückgriff beim Schuldner*, e in particolare di escutere le garanzie del patrimonio del debitore trasferitesi al *solvens*); M. HABERSACK, *sub § 774*, in *Münchener Kommentar zum BGB*, Bd. 5, *Schuldrecht. Besonderer Teil III. §§ 705-853. PartGG. ProdHaftG*, 5. Aufl., München, 2009, RdNr. 25, p. 1084: «Die Geltendmachung dieses Befreiungsanspruch setzt freilich voraus, dass der Umfang des auszugleichenden Verlustes hinreichend feststeht; an dieser Voraussetzung wird es zumeist bis zur erfolgten Inanspruchnahme des Hauptschuldners fehlen. Würde ein Mitbürge vom Gläubiger in Anspruch genommen, so hat er zunächst einen ihm zumutbaren, dh. Erfolg versprechenden Rückgriff beim

Altra dottrina pone l'accento sulla presenza di un rapporto negoziale («*rechtsgeschäftliches Innenverhältnis*») fra i congaranti, per concludere che la necessità della previa escussione del debitore principale dipenda dall'interpretazione della volontà dei garanti in relazione alla disciplina dei rapporti interni³⁶⁶. In questa operazione ermeneutica può assumere rilievo il carattere sussidiario o principale (*einfach* ovvero *selbstschuldnerisch*) della garanzia fideiussoria assunta dai congaranti, ma al solo fine di indagare la volontà dei confideiussori in relazione ai rapporti interni, mentre il regresso di fonte contrattuale non può risentire della spettanza del beneficio di escussione nei rapporti esterni in base ai patti tra un fideiussore e il creditore³⁶⁷.

Per quanto attiene all'ipotesi delle fideiussioni indipendenti in cui sussista il beneficio di escussione di uno dei garanti nei confronti del creditore, la tesi che afferma la sussistenza di un diritto di regresso fra i garanti caratterizzato dall'autonomia rispetto ai rapporti con il creditore sembrerebbe accordarsi maggiormente con la soluzione della inopponibilità del beneficio di escussione nei rapporti interni.

In realtà appare preferibile accogliere la conclusione opposta, riconoscendo al fideiussore convenuto in regresso da un altro garante la possibilità di invocare la previa escussione del debitore principale. Il *solvens*, infatti, può vantare una pretesa in regresso soltanto perché vi è un altro garante che si è contrattualmente obbligato nei confronti del creditore, onde non sarebbe ammissibile che l'attore in regresso faccia valere un contratto stipulato fra altri soggetti (il creditore e l'altro fideiussore) senza rispettarne il contenuto³⁶⁸.

In relazione al diritto italiano si può concludere, alla luce di quanto osservato, che in caso di confideiussione dovrà farsi riferimento in prima istanza al rapporto interno fra i

Schuldner zu suchen; insbesondere hat er auf ihn übergegangene Sicherheiten aus dem Vermögen des Schuldners zu verwerten».

³⁶⁶ S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1195; H.P. PECHER, *sub* § 769, in Th. SOERGEL-W. SIEBERT, *Bürgerliches Gesetzbuch, Kohlhammer-Kommentar*, Bd. 5/1, 12. Aufl., Stuttgart, 2007, RdNr. 8, pp. 677 s., nonché *sub* 774, RdNr. 24, p. 749; K. KANKA, *Die Mitbürgschaft*, cit., p. 161 (nel caso di *gemeinschaftliche Mitbürgen*, un «beneficio di escussione» - *Einrede der Vorausklage* - nei rapporti interni non sussisterebbe, salvo contraria pattuizione), nonché pp. 167 s.: «Im Zweifel müssen die anderen dem in Anspruch genommenen Mb [*scil.*: Mitbürgen] sofort den Ausgleich leisten. Die Bürgen sind aber nach Treu und Glauben einander verpflichtet, möglichst alle Einwendungen, etwa die der Vorausklage, die ihnen gegen den Gläubiger zustehen, zu erheben: jeder muß nach Möglichkeit vermeiden, durch unnütze oder vorzeitige Zahlung die anderen Beteiligten unnützlich oder zu früh zu belasten. Oder anders ausgedrückt: nur für eine wirklich notwendige Leistung kann eine Ausgleichszahlung gefordert werden und auch erst dann, wenn die Leistung wirklich erbracht werden mußte. Treu und Glauben können indessen im Einzelfall einen frühere Leistung mit entsprechend früherer Ausgleichspflicht rechtfertigen; z.B. wenn die Gefahr besteht, die Lage des Schuldners könne sich mittlerweile verschlechtern, die Gläubiger es aber im Vertrauen auf die Sicherheit, die ihm die Bürgschaft gewährt, unterlassen, zweckentsprechende Vorkehrungen zu treffen».

³⁶⁷ Cfr. S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1195. V. per quest'ultima puntualizzazione anche H.P. PECHER, *sub* § 774, in *Münchener Kommentar*², cit., RdNr. 23, pp. 1056 s.: «Im Ausgleichsverhältnis ist unerheblich, ob ein Beteiligter gegenüber dem Gläubiger als Selbstschuldner (§ 773 Abs. 1 Nr. 1) haftete», nonché ID., *sub* § 769, in Th. SOERGEL-W. SIEBERT, *Bürgerliches Gesetzbuch*¹², RdNr. 8, p. 677: «Für eine im Innenverhältnis bestehende Ausgleichspflicht ist deshalb auch nicht unmittelbar mitbestimmend, ob gegenüber dem Gläubiger einzelne Mitbürgen nach § 773 Abs 1 Nr 1 selbstschuldnerisch, andere nur nach § 771 unter dem Vorbehalt der Vorausklage haften».

³⁶⁸ Cfr. in questo senso S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1195. Perviene alla medesima soluzione J. GLÖCKNER, *Gesamtschuldvorschriften und Schuldnermehrheiten bei unterschiedlichen Leistungsinhalten. Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung konkurrierender Verpflichtungen aus bauvertraglicher Gewährleistung*, Baden-Baden, 1997, pp. 218, 225 s., ma sulla base di argomenti diversi.

garanti per stabilire, in via interpretativa, se sia necessaria la preventiva escussione del debitore principale, o quantomeno una previa richiesta di adempimento a quest'ultimo³⁶⁹.

Viceversa per la pluralità di fideiussioni indipendenti dovrà concludersi che ciascun garante potrà essere convenuto in rivalsa da un altro solo nel rispetto del contenuto del suo vincolo, e quindi in presenza degli stessi presupposti a cui sarebbe subordinata la pretesa del creditore garantito. Così, se si segue l'orientamento in base al quale il creditore non può agire contro il fideiussore se non consta l'inadempimento del debitore principale³⁷⁰, la stessa regola si dovrà applicare in caso di regresso tra fideiussori indipendenti: il regrediente dovrà prima pretendere l'adempimento da parte del debitore principale e solo in caso di mancata soddisfazione potrà rivolgersi verso un altro garante, senza peraltro che sia necessaria una preventiva escussione del debitore principale. Diversamente se si accoglie la tesi per cui non vi sarebbe alcuna diversità di grado fra l'obbligazione principale e quella fideiussoria, dovrà concludersi per l'immediata esperibilità del regresso verso gli altri fideiussori.

4. *Regresso tra fideiussori in caso di pagamento parziale*

La dottrina appare orientata nel senso di riconoscere il regresso al confideiussore adempiente nei confronti degli altri congaranti anche quando il pagamento sia stato parziale, purché l'esborso superi la quota interna di spettanza del *solvens*. Il regresso avrà per oggetto l'eccedenza rispetto alla quota del garante³⁷¹.

³⁶⁹ In questo senso v. lo spunto di G. VILLANACCI, *Confideiussione e obbligazione solidale*, cit., p. 23.

³⁷⁰ Nel senso del carattere sussidiario della fideiussione rispetto al debito principale, che ancorché non presupponga una previa escussione richiederebbe però un'infruttuosa richiesta di adempimento al debitore principale, v. M. FRAGALI, *Delle obbligazioni*, cit., pp. 74 ss.; R. MICCIO, *Dei singoli contratti e delle altre fonti delle obbligazioni*², cit., pp. 523 s.; G.F. CAMPOBASSO, *Coobbligazione cambiaria e solidarietà disuguale*, Napoli, 1974, pp. 260, 368 ss.; in questa direzione anche E. SIMONETTO, *La fideiussione prestata da privati*, Padova, 1985, pp. 131 ss. Diversamente v. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*², cit., p. 502; G. BISCONTINI, *Solidarietà fideiussoria e "decadenza"*, Napoli, 1980, pp. 118 s., 160 ss.; ID., *sub art. 1936*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da E. Gabrielli, *Dei singoli contratti*, artt. 1861-1986, a cura di D. Valentino, Torino, 2011, p. 480; A. GIUSTI, *La fideiussione e il mandato di credito*, cit., pp. 38 ss.; L. RUGGERI, *La fideiussione*, in L. RUGGERI, S. MONTICELLI, *Garanzie personali*, cit., pp. 135 ss.; E. BRIGANTI, *Fideiussione e promessa del fatto altrui*, Napoli, 1981, p. 19, nt. 21; e, in giurisprudenza, Cass. 21 novembre 1984, n. 5954, in *Foro it., Rep.*, 1984, voce *Fideiussione e mandato di credito*, n. 12: «L'obbligazione fideiussoria, che è normalmente solidale, assume carattere sussidiario soltanto quando sia stata esplicitamente pattuita l'escussione del debitore principale; non è pertanto necessario che il creditore, per impedirne l'estinzione proponga le sue istanze innanzi tutto contro il debitore principale, potendo egli rivolgersi indifferentemente nei confronti del debitore principale o del fideiussore». Sulla questione v. inoltre F. MACARIO, *Garanzie personali*, cit., pp. 234 s.; G. STELLA, *Le garanzie del credito*, cit., pp. 405 s.

³⁷¹ Cfr. M. FRAGALI, *Delle obbligazioni*, cit., p. 446, secondo cui «Il pagamento può anche essere parziale, a condizione che la parte pagata non sia soltanto quella che corrisponde alla quota del *solvens*», pur con la precisazione che «l'esistenza di un diritto di regresso non va [...] giustificata con l'osservare che mediante il pagamento il fideiussore reca utilità agli altri componenti del gruppo, come ha sostenuto la dottrina che costruisce il regresso, in generale, sull'inammissibile tesi dell'utile gestione, ma col considerare che la legge non esprime, quale presupposto del regresso, l'esigenza che la *solutio* sia integrale. Anche mercé il pagamento di una parte del debito garantito si estingue, sia pure in parte, il debito degli altri confideiussori, ed anche questo pagamento viene eseguito nell'interesse comune» (*op. cit.*, pp. 446 s.); G. VILLANACCI, *Confideiussione e obbligazione solidale*, cit., pp. 78 ss., secondo cui quando il pagamento non supera la parte dell'adempiente, questi «nei confronti dei condebitori non

Questa è anche la soluzione accolta da una pronuncia di merito, che estende all'ipotesi della confideiussione i principi affermati da una decisione del S.C. in relazione alla coobbligazione solidale³⁷². Va precisato che la decisione di legittimità alla quale la corte territoriale si richiama si distanziava espressamente da un altro precedente della Supr. Corte, reso proprio in relazione alla figura della confideiussione, in cui si riconosceva al congarante il regresso anche per pagamenti parziali pari o inferiori alla sua parte di debito³⁷³.

Nella giurisprudenza e nella dottrina tedesche si è invece affermata l'opposta conclusione. Il BGH ha infatti ritenuto che il regresso vada concesso al confideiussore *solvens* anche in caso di pagamento di un importo non superiore a quella che sarebbe la rispettiva quota di pertinenza nel debito principale sussistente nel momento in cui il pagamento è effettuato³⁷⁴. Il regresso per pagamenti parziali andrebbe concesso in ogni caso in cui vi è incertezza su quale sarà l'effettiva somma per cui i confideiussori saranno escussi dal creditore³⁷⁵. I garanti, infatti, si aspettano di dover pagare solo

adempie che al suo debito parziario (in tutto od in parte)», e quindi può affermarsi che «non versa più di quanto gravi su di lui e nulla, invece, di quanto gravi sui consorti» (cfr. spec. p. 79); F. MACARIO, *Garanzie personali*, cit., pp. 297 s., sul rilievo che, avendo riguardo al «rapporto interno», solo l'adempimento che eccede la quota del *solvens* «appare idoneo a procurare un effettivo vantaggio economico ai coobbligati o comunque a incidere sulla loro posizione debitoria», pur riconoscendo la correttezza «sul piano giuridico formale» dell'osservazione – formulata da A. PISANI MASSAMORMILE, *Il "regresso" del fideiussore nel fallimento del debitore principale*, cit., pp. 381 s. – secondo cui un pagamento di qualunque entità avvantaggia sempre i condebitori. Sembra invece propendere per il riconoscimento del regresso indipendentemente dall'entità del pagamento parziale M. LEMBO, *Confideiussione e insolvenza del confideiussore*, in *Dir. fall.*, 1990, I, p. 331. Nell'impero del previgente codice civile, v. E. PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile*, vol. V, pt. II, 5^a ed., a cura di G. Venzi e T. Giorgi, Firenze, 1921, num. 304, p. 513: «Gode il diritto di surrogazione anche il fideiussore che ha pagato una parte di debito, ma maggiore di quella che avrebbe dovuto».

³⁷² Cfr. Trib. Milano, 16 giugno 1986, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1988, II, 366, con nota di P. PISCITELLO, *Rinuncia alla surroga e regresso del confideiussore che ha adempiuto parzialmente il debito garantito*, che richiama Cass., 19 gennaio 1984, n. 459, cit., secondo cui «L'azione di regresso, ai sensi dell'art. 1299, comma 1, c.c., spetta al debitore che ha pagato l'intero debito od anche una parte di esso, purché superiore alla sua quota interna e soltanto per l'eccedenza». Nello stesso senso, v. poi Trib. Milano, 28 maggio 1988, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1989, II, 174, con nota redazionale.

³⁷³ Cass., 30 ottobre 1980, n. 5857, in *Rep. Foro it.*, 1980, voce *Fideiussione e mandato di credito*, n. 16: «Il confideiussore che ha pagato anche solo parte del debito garantito ha regresso nei confronti degli altri confideiussori per ripetere, in proporzione delle loro rispettive quote, le porzioni di quanto egli ha erogato, anche se il pagamento è stato da lui effettuato per un ammontare non superiore alla sua quota dell'intero debito».

³⁷⁴ Cfr. BGH 21 febbraio 1957, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen*, vol. 23, 1957, p. 361, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1957, p. 747, nonché in *Juristenzeitung*, 1957, pp. 442 s., con nota critica di A. BLOMEYER: «[...] darf man bei der gemeinsamen Übernahme einer Bürgschaft davon ausgehen, daß ein Ausgleichsanspruch unter Mitbürgen nach den besonderen Umständen des zwischen ihnen bestehenden Gesamtschuldverhältnisses nicht erst dann geltend gemacht werden kann, wenn einer von ihnen mehr als seine Quote an der derzeit bestehenden Hauptschuld getilgt hat. Vielmehr ist ein Ausgleichsanspruch auch schon auf Grund einer Teilzahlung, die unter diesem Betrage bleibt, zu bejahen»; BGH 17 marzo 1982, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen*, vol. 83, 1982, p. 206, nonché in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1982, p. 2306; BGH 19 dicembre 1985, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1986, p. 1097; BGH 15 maggio 1986, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1986, pp. 3131 ss.; BGH 13 gennaio 2000, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2000, pp. 1034 s.

³⁷⁵ «Bei Mitbürgen ergibt sich aus der Besonderheit der Bürgenstellung, daß der Ausgleichsanspruch auch schon bei einer Teilzahlung jedenfalls dann zu gewähren ist, wenn noch nicht feststeht, in welcher Höhe der Gläubiger die Bürgen endgültig haftbar machen wird»: BGH 21 febbraio 1957, cit.

qualora non adempia il debitore principale³⁷⁶, ma per tale motivo una pretesa parziale del creditore nei confronti di uno di essi non implica certo che i garanti saranno escussi anche per il residuo debito, ben potendo il debitore principale provvedere in seguito all'adempimento per la frazione restante. Rimane dunque incerto quale sarà l'effettivo ammontare del debito che i garanti saranno in concreto tenuti a pagare, e tale stato di incertezza può prolungarsi anche per un tempo tale da far apparire inesigibile da parte del confideiussore *solvens* l'astensione dall'esercitare il regresso verso i consorti fino alla definitiva cristallizzazione del debito a carico dei garanti³⁷⁷. Il regresso sarà invece precluso quando consti che il debitore certamente non effettuerà pagamenti, e dunque risulti che i confideiussori sono tenuti al pagamento dell'intero debito residuo³⁷⁸.

Non potrà inoltre procedere immediatamente in regresso contro i confideiussori il garante che, una volta effettuata una prestazione parziale non superiore alla propria quota, sia divenuto insolvente; in tal caso il *solvens* potrà agire in regresso soltanto quando sia definitivamente determinata la somma per la quale debbono effettivamente rispondere gli altri fideiussori. Diversamente opinando, infatti, potrebbe verificarsi l'eventualità per cui un altro garante, successivamente escusso dal creditore, debba pagare un importo superiore alla propria quota senza poter agire in regresso verso il primo confideiussore divenuto nel frattempo insolvente^{379 380}.

³⁷⁶ Il rilievo del BGH non è relativo al solo caso di fideiussione con beneficio di escussione, posto che nel caso di specie si trattava di fideiussioni assunte *selbstschuldnerisch*, sicché con rinuncia a tale beneficio.

³⁷⁷ «Es erscheint nicht zumutbar, den Bürgen unter Umständen auf lange Zeit im ungewissen darüber zu lassen, ob und inwieweit die geleistete Zahlung einen Ausgleichsanspruch gewährt, und ihm solange jede Möglichkeit zu nehmen, die Mitbürgen mit heranzuziehen»: BGH 21 febbraio 1957, cit.

³⁷⁸ Per questa limitazione, v. BGH 21 febbraio 1957, cit.

³⁷⁹ Questa restrizione al principio sancito da BGH 21 febbraio 1957, cit., è enunciata in BGH 17 marzo 1982, pubblicata fra l'altro in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen*, vol. 83, 1982, p. 206, e in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1982, p. 2306, che afferma: «Ein Mitbürge, dessen Zahlungsunfähigkeit feststeht, kann [...] dann für eine von ihm an den Bürgschaftsgläubiger geleistete, seine Haftungsquote im Innenverhältnis zu seinen Mitbürgen nicht erreichende Teilzahlung so lange einen Ausgleichsanspruch nicht geltend machen, als nicht feststeht, in welcher Höhe auch die Mitbürgen noch aufgrund ihrer Bürgschaft an den Gläubiger zahlen müssen».

³⁸⁰ L'orientamento della giurisprudenza è condiviso, tra gli altri, da M. HABERSACK, *sub* § 774, in *Münchener Kommentar*⁵, cit., RdNr. 26, p. 1085; P. BYDLINSKI, *sub* § 426, in *Münchener Kommentar*⁶, cit., RdNr. 53, pp. 2912 s.; N. HORN, *sub* § 774, in *J. von Staudingers Kommentar zum BGB, Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse. §§ 765-778 (Bürgschaft)*, Neubearb. 2013, Berlin, 2013, RdNr. 47, p. 473; U. NOACK, *sub* § 426, in *J. von Staudingers Kommentar zum BGB*, cit., RdNr. 25, p. 526; D. LOOSCHELDERS, *sub* § 426, in *J. von Staudingers Kommentar zum BGB*, cit., RdNr. 36, pp. 577 s.; D. REINICKE e K. TIEDTKE, *Kreditsicherung*⁵, cit., RdNr. 409 ss., pp. 127 ss.; S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., pp. 350 ss.; M. WOLF, *sub* § 426, in Th. SOERGEL-W. SIEBERT, *Bürgerliches Gesetzbuch, Kohlhammer-Kommentar*, Bd. 2, 12. Aufl., Stuttgart-Berlin-Köln, 1990, RdNr. 37, pp. 1941 s.; W. SELB, *Mehreiten von Gläubigern und Schuldner*, cit., pp. 92 s. Sul punto v. anche S. MEIER, *sub* §§ 420-432, I, in *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, herausgegeben von M. Schmoeckel, J. Rückert, R. Zimmermann, Bd. II, 2. Teilband, Tübingen, 2007, RdNr. 147, pp. 2514 s. In senso opposto si è espresso A. BLOMEYER, nota a BGH 21 febbraio 1957, in *Juristenzeitung*, 1957, pp. 443 s.; si critica l'argomento relativo all'incertezza circa la definitiva responsabilità dei confideiussori, rilevandosi che «„Ungewiss“ ist die Erfüllungspflicht für selbstschuldnerische Bürgen nur bis zur Fälligkeit der Hauptschuld. Wenn der Hauptschuldner nicht zahlt, verschwindet im gleichen Zeitpunkt der „aleatorische Charakter“ der Bürgschaft, der Würfel ist gefallen, die volle Zahlungspflicht besteht»; l'a. sembra invece fare leva sul dovere dei confideiussori (senza beneficio di escussione) di contribuire al pagamento del debito ciascuno secondo la propria quota, senza la possibilità di attendere che il debitore principale non adempia. Si obietta però che in tal modo si costringe gli altri confideiussori a pagare la propria quota anche qualora la

5. *Regresso tra fideiussori e termine prescrizionale*

La Supr. Corte ha avuto modo di affermare che il confideiussore adempiente «acquista» il diritto di regresso verso i consorti a far data dal soddisfacimento del creditore, e che il periodo di prescrizione della relativa azione incomincia a decorrere da tale momento; l'interruzione della prescrizione che si verifichi nei confronti di taluno dei congaranti o del debitore principale resta circoscritta al rapporto in relazione al quale si è prodotta e non si comunica a quelli degli altri coobbligati, poiché, stante la divisione dell'obbligazione nei rapporti interni, non opera la disposizione di cui all'art. 1310, 1° co., cod. civ., ove si prevede, in relazione alle obbligazioni solidali passive, che gli atti interruttivi della prescrizione verso uno dei condebitori hanno effetto anche nei confronti degli altri³⁸¹.

In dottrina si è precisato che il termine di prescrizione del diritto di regresso verso i congaranti sarebbe quello ordinario decennale, a nulla rilevando che il debito principale sia soggetto a un periodo prescrizionale più ridotto; la soluzione poggerebbe, da un lato, sulla «eccezionalità delle disposizioni che disciplinano le prescrizioni c.dd. “brevi” (arg. ex art. 2946 c.c.)», e dall'altro, sul carattere di autonomia del regresso rispetto al diritto principale spettante al creditore, pur senza trascurare, peraltro, che tale diritto «origina[...] dalle ceneri del credito estinto»³⁸².

6. *Sull'oggetto del regresso tra fideiussori*

Nell'impero del codice civile previgente, la dottrina aveva ritenuto che la disposizione di cui all'art. 1920, in cui il regresso del fideiussore *solvens* veniva esplicitamente riferito alla «rispettiva porzione» dei consorti, ponesse un limite alla pretesa dell'attore in regresso, fissandone la soglia massima nella frazione di pertinenza di ciascun garante nel debito principale³⁸³. Di conseguenza, gli interessi sulla somma

prospettiva di una loro escussione da parte del creditore si presenti come solo eventuale (S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., pp. 351 s.).

³⁸¹ Cfr. Cass., 24 maggio 1984, n. 3192, in *Rep. Foro it.*, 1984, voce *Fideiussione e mandato di credito*, n. 20. Si esprimono in senso conforme, in dottrina, M. LEMBO, *Confideiussione e insolvenza del confideiussore*, cit., p. 330; G. VILLANACCI, *Confideiussione e obbligazione solidale*, cit., pp. 75 s.; G. BOZZI, *La fideiussione, le figure affini e l'anticresi*², cit., p. 311; F. MACARIO, *Garanzie personali*, cit., p. 296. Sulla questione v. anche G. STELLA, *Le garanzie del credito*, cit., p. 541. Secondo Cass., 18 giugno 2009, n. 14160, in *Rep. Foro it.*, 2009, voce *Fideiussione e mandato di credito*, n. 24, «l'azione di regresso esercitata nei confronti degli altri fideiussori non vale ad interrompere la prescrizione del credito che residua nei confronti del debitore principale, poiché tale azione ha ad oggetto un diverso diritto di credito che trova fondamento nel rapporto di solidarietà tra fideiussori, al quale resta estraneo il debitore principale, con conseguente inapplicabilità dell'art. 1310 c.c. il quale, nel prevedere che gli atti con i quali il creditore interrompe la prescrizione contro uno dei debitori hanno effetto per gli altri debitori, riguarda la diversa ipotesi della solidarietà nel debito (o nel credito)».

³⁸² Cfr. G. VILLANACCI, *Confideiussione e obbligazione solidale*, cit., pp. 75 s. Afferma che il diritto di regresso si prescrive nel termine ordinario anche G. BOZZI, *La fideiussione, le figure affini e l'anticresi*², cit., p. 311.

³⁸³ Cfr. E. REDENTI, voce *Fideiussione*, cit., p. 143.

versata al creditore e i danni – mentre risultavano esigibili dal debitore (art. 1915, 3° co.) – non rientravano nell’oggetto della pretesa contro gli altri garanti³⁸⁴.

Né, per la stessa ragione, il fideiussore adempiente poteva farsi rimborsare dagli altri le spese sostenute, anche laddove li avesse avvisati delle molestie sofferte (v. invece, per il regresso contro il debitore principale, l’art. 1915, 2° co.)³⁸⁵. Quanto alla ripetizione delle spese, in particolare, si riteneva che l’inequivoco testo della norma superasse anche l’argomento secondo cui l’equità imporrebbe il concorso di tutti i garanti al soddisfacimento del debito e, in difetto di cooperazione, graverebbe gli altri fideiussori del pagamento delle spese sostenute dal *solvens* che abbia dato loro avviso della controversia³⁸⁶.

Anche l’art. 1954 dell’attuale codice prevede il regresso fra confideiussori secondo «la loro rispettiva porzione»; ma le opinioni formatesi sulla nuova norma escludono che l’espressione impiegata comporti l’estraneità al regresso degli interessi sulle somme pagate al creditore, oltre che delle spese e dei danni sopportati dal fideiussore adempiente. Si perviene dunque a una soluzione opposta a quella avallata dalla dottrina precedente: la «rispettiva porzione» non farebbe riferimento al semplice oggetto dell’obbligo del debitore garantito, ma comprenderebbe oltre a esso gli interessi, le spese e i danni³⁸⁷.

Recentemente un autore ha puntualizzato che qualora il debito principale produca interessi ad un tasso ultralegale, tale misura non potrà trovare applicazione nei rapporti fra i confideiussori. Poiché il credito in regresso verso i consorti è autonomo rispetto al debito principale e «discende dal rapporto negoziale sottostante la confideiussione», è da tale rapporto che risulta conformata la pretesa agli interessi e può desumersi il saggio applicabile, che in difetto di una specifica determinazione corrisponderà al tasso legale³⁸⁸.

7. Surrogazione legale tra fideiussori

Un’ulteriore questione è quella se al garante che paga al creditore competa oltre al regresso contro i confideiussori anche la surrogazione *ex lege* nei diritti spettanti al creditore nei confronti dei confideiussori stessi. In relazione al codice del 1865, si discuteva se il fideiussore *solvens* potesse esercitare verso i congaranti sia l’azione di regresso prevista dall’art. 1920 sia la surrogazione legale nei diritti del creditore

³⁸⁴ Cfr. E. REDENTI, voce *Fideiussione*, cit., p. 143; G. BO, voce *Fideiussione* (Diritto civile), cit., p. 1124.

³⁸⁵ Cfr. V. CAMPOGRANDE, *Trattato della fideiussione nel diritto odierno*, cit., num. 746, pagg. 544s.; E. REDENTI, voce *Fideiussione*, cit., p. 143; G. BO, voce *Fideiussione* (Diritto civile), cit., p. 1124.

³⁸⁶ L’opinione è quella di V. CAMPOGRANDE, *Trattato della fideiussione nel diritto odierno*, cit., num. 746, pagg. 544s.

³⁸⁷ Cfr. L. ARU, *Della fideiussione*, cit., p. 420. La conclusione è accolta anche da G. BOZZI, *La fideiussione, le figure affini e l’anticresi*², cit., p. 311. Nello stesso senso, precisando che non sono esigibili le spese dipendenti da un «comportamento illegittimo» del fideiussore e i danni da lui provocati, si esprimono M. FRAGALI, *Delle obbligazioni*, cit., p. 449, e G. VILLANACCI, *Confideiussione e obbligazione solidale*, cit., pp. 90 s. e, similmente, B. MORETTI, F.P. NICITA, N. VISALLI, *Sequestro convenzionale – Fideiussione – Mandato di credito – Anticresi – Transazione – Cessione dei beni ai creditori*², pp. 171 s. (che escludono dalla pretesa in regresso «i danni e gli interessi» ascrivibili a «colpa del fideiussore che è stato convenuto nel giudizio e che [egli] avrebbe, con l’ordinaria diligenza, potuto evitare»: *op. cit.*, p. 172).

³⁸⁸ Cfr. G. VILLANACCI, *Confideiussione e obbligazione solidale*, cit., pp. 91 ss.

soddisfatto *ex art.* 1253, n. 3³⁸⁹. Tra gli autori favorevoli al concorso di ambedue le azioni è dato riscontrare talora la precisazione per cui la surrogazione poteva essere fatta valere, nei confronti degli altri garanti, solo *pro quota* e non per l'intero credito; il confideiussore, quindi, poteva avvalersi di tale rimedio solo limitatamente alla parte in cui la legge gli assegnava il diritto di regresso, vale a dire esclusivamente per la quota del singolo garante convenuto per il rimborso, in quanto la surrogazione era ritenuta svolgere una funzione strumentale rispetto al regresso³⁹⁰.

Anche nel vigore dell'attuale codice, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza sono riscontrabili entrambe le opinioni³⁹¹.

³⁸⁹ Ammettevano entrambi i rimedi V. CAMPOGRANDE, *Trattato della fideiussione nel diritto odierno*, cit., num. 744, p. 542; G. BO, voce *Fideiussione* (Diritto civile), num. 55, p. 1125; M. GALDI, *Trattato della fideiussione nel diritto civile, commerciale ed amministrativo*, cit., num. 158, p. 160; E. REDENTI, voce *Fideiussione*, cit., num. 48, p. 142; *contra*, v. R. CORSI, *La fideiussione*³, pp. 227 ss., F. RICCI, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, 3^a ed. (rist.), vol. IX, Dei contratti in specie (continuazione e fine), a cura di F. Caire, Torino, 1912, num. 367, p. 572, che escludono la surrogazione legale tra confideiussori. Parla di surrogazione legale in favore del *solvens*, limitata alla quota di ciascun confideiussore convenuto per il rimborso, L. BORSARI, *Commentario del codice civile italiano*, vol. IV, pt. II, Torino, 1881, *sub art.* 1920, § 4090, p. 351, senza tuttavia che emerga univocamente se tale subingresso coincida o concorra con il regresso; E. PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile*, vol. V, pt. II, 5^a ed., a cura di G. Venzi e T. Giorgi, Firenze, 1921, num. 304, parla genericamente di surrogazione, ma nello stesso paragrafo anche di regresso, cosicché sembrerebbe non distinguere i due rimedi («Se più persone hanno fatto sicurtà per uno stesso debitore e per un medesimo debito, il fideiussore che ha pagato il debito è surrogato contro gli altri nei diritti del creditore; purché il pagamento sia stato fatto in uno dei cinque casi considerati nell'articolo 1919. [...] In forza di tale surrogazione, il fideiussore medesimo non può esercitare il regresso contro gli altri che per la loro rispettiva porzione (art. 1920)»).

³⁹⁰ Cfr., per questa puntualizzazione, G. BO, voce *Fideiussione* (Diritto civile), cit., num. 55, p. 1125: «il subingresso nelle ragioni del creditore non è che un mezzo pel rimborso e quindi non opera che dentro i confini in cui v'è diritto al regresso. Ciò significa che, allo stesso modo che ha azione di regresso contro i confideiussori per la loro rispettiva porzione, solo entro questi limiti – e non per l'intero – il fideiussore può surrogarsi contro ciascuno di essi»; analogamente, v. E. REDENTI, voce *Fideiussione*, cit., num. 48, p. 142 («il mezzo non può eccedere il fine, e la surrogazione è un mezzo pel regresso o pel rimborso»).

³⁹¹ Ammettono la surrogazione legale a favore del confideiussore L. ARU, *Della fideiussione*, cit., p. 420; B. CARPINO, *Del pagamento con surrogazione*, cit., p. 90, con la precisazione che la surrogazione ha luogo *pro quota*; F. MACARIO, *Garanzie personali*, cit., pp. 303 s., secondo cui il rapporto tra regresso e surrogazione si porrebbe «in termini di concorso – alternatività o sussidiarietà, nel senso della surroga in via principale – [...], e non certamente di cumulo»; G. STELLA, *Le garanzie del credito*, cit., pp. 542 s.; P. PISCITELLO, *Rinunzia alla surroga e regresso del confideiussore che ha adempiuto parzialmente il debito garantito*, nota a Trib. Milano, 16 giugno 1988, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1988, II, p. 378; G. VILLANACCI, *Confideiussione e obbligazione solidale*, cit., pp. 83 ss., nonché G. CASALI (e G. FALCONE), *Delle fideiussioni prestate da più persone nell'interesse del medesimo debitore e a garanzia del medesimo debito, e dell'anatocismo annuale*, nota a Trib. Reggio Emilia, 17 novembre 2001, in *Dir. banc.*, 2003, I, p. 120, che pongono l'accento sul vantaggio per il fideiussore di poter avvalersi della surrogazione onde pretendere anche singolarmente da ciascuno degli altri garanti la rifusione della somma pagata, dedotta la sola propria quota, ciò che non sarebbe ottenibile mercé il regresso, che ha ad oggetto esclusivamente la quota di pertinenza del fideiussore volta a volta convenuto. In giurisprudenza, v. Trib. Monza 2 maggio 2002, in *Giur. milanese*, 2002, 453: «In caso di confideiussione, il confideiussore che abbia adempiuto l'obbligazione del debitore garantito può agire nei confronti degli altri cogaranti non solo in via di regresso, ma anche in via di surrogazione legale *ex art.* 1203 n. 3 c.c.; implicitamente, App. Catania 24 marzo 1999, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2001, II, p. 699, con nota di S. RESCIGNO, la cui massima afferma: «L'esercizio del diritto di regresso da parte del confideiussore è incompatibile con la surrogazione legale trattandosi di due istituti previsti dall'ordinamento in via alternativa e non cumulativa». Di segno opposto è l'opinione di F.U. DI BLASI, *Il libro delle obbligazioni. Parte speciale. I singoli contratti*, in *Commento al codice civile italiano*, Milano, 1943, p. 546 («i rapporti tra più fideiussori sono regolati esclusivamente dall'art. 1954, che non ha alcun riferimento alla surrogazione

Come è stato rilevato³⁹², l'approccio al problema non può non risentire del dibattito che si è sviluppato, in un'ottica più ampia, intorno all'azione di regresso e alla surrogazione legale nel contesto dell'obbligazione solidale, con riferimento, in special modo, all'individuazione dei tratti caratterizzanti dei due istituti e ai rispettivi ambiti di applicazione.

La surrogazione legale è poi ammessa a favore del *solvens* dalla giurisprudenza e da quella parte della dottrina che ammette la distinzione tra confideiussione e pluralità di fideiussioni indipendenti. Si afferma che il fideiussore indipendente – privo di legittimazione al regresso *ex art.* 1954, trattandosi di azione riservata al confideiussore vero e proprio – può surrogarsi nei diritti del creditore (*ex art.* 1203, n. 3), e di conseguenza anche nelle garanzie personali che assistono il debito principale (cfr. art. 1204), cosicché può pretendere dagli altri fideiussori il rimborso di quanto pagato³⁹³.

Quanto alle fideiussioni indipendenti, come si è già ricordato la più recente giurisprudenza tende ad ammettere una surrogazione nell'intero credito soddisfatto, dedotta solo la quota di pertinenza del garante *solvens*, diversamente rispetto al più risalente orientamento che ammetteva la surrogazione soltanto *pro quota*³⁹⁴.

8. La confideiussione («Mitbürgschaft») nel BGB

Il § 769 BGB prevede che, qualora più persone prestino fideiussione per lo stesso debito, esse sono responsabili come debitori in solido, anche se non assumono la fideiussione congiuntamente³⁹⁵.

La disposizione viene intesa nel senso per cui più fideiussori per il medesimo debito sono obbligati come debitori in solido sia qualora prestino la garanzia congiuntamente («gemeinschaftlich»), ancorché non sia richiesta l'unicità del documento da cui gli impegni risultano, sia qualora assumano il vincolo in via reciprocamente indipendente, anche se non hanno consapevolezza dell'esistenza di altre fideiussioni³⁹⁶.

legale, la quale opera solo nei rapporti tra fideiussore e debitore principale»; M. FRAGALI, *Delle obbligazioni*, cit., p. 390; ID., voce *Fideiussione*, cit., 379: «né al *solvens* è consentito, dall'art. 1954, di esercitare verso i congaranti i diritti che il creditore aveva contro i terzi con riguardo a ciascuno di essi, come invece è previsto nell'art. 1949 nel rapporto con il debitore garantito, cosicché non varrebbe opporre che il fideiussore escusso era obbligato con altri fideiussori e aveva interesse ad adempiere (art. 1203 n. 3)»; l'a. ammette peraltro la surrogazione legale «quando uno dei confideiussori paghi tutto il debito ad un altro che estinse per intero l'obbligazione garantita, ma la surrogazione riguarderà allora soltanto la parte che spettava a quest'ultimo nella ripartizione interna del debito» (voce *Fideiussione*, cit., p. 379; v. anche *Delle obbligazioni*, cit., p. 443); F.M. ANDREANI, voce *Regresso (azione di)*, cit., 719, come corollario della qualificazione come «condebito in senso tecnico» del vincolo gravante sui confideiussori. In giurisprudenza, v. Trib. Milano 16 giugno 1986, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1988, II, p. 366, con nota di P. PISCITELLO, *Rinuncia alla surroga e regresso del confideiussore che ha adempiuto parzialmente il debito garantito*, nella cui motivazione si legge che «poiché la surroga opera solo rispetto al debitore principale, non v'è surroga tra cofideiussori».

³⁹² Cfr. F. MACARIO, *Garanzie personali*, cit., pp. 301 ss.

³⁹³ Cfr. R. MICCIO, *Dei singoli contratti e delle altre fonti delle obbligazioni*², 1966, pp. 553 s.; M. FRAGALI, *Delle obbligazioni*, cit., pp. 388 ss., 448; F.M. ANDREANI, voce *Regresso (azione di)*, cit., 719; G. STELLA, *Le garanzie del credito*, cit., pp. 546 s.

³⁹⁴ Cfr. Cap. 2.

³⁹⁵ § 769 Mitbürgschaft: «Verbürgen sich mehrere für dieselbe Verbindlichkeit, so haften sie als Gesamtschuldner, auch wenn sie die Bürgschaft nicht gemeinschaftlich übernehmen».

³⁹⁶ Tra gli altri, v. H. SPRAU, *sub* § 769, in *Palandt BGB*, 71. Aufl., München, 2012, RdNr. 1, p. 1225; A. STADLER, *sub* § 769, in *Jauernig BGB Kommentar*, 14. Aufl., München, 2011, RdNr. 2, p. 1115,

Per chiarire il significato di questa norma, è opportuno soffermarsi su alcuni passaggi del processo di redazione del BGB in relazione alla ipotesi della confideiussione, collocati nel contesto più generale delle obbligazioni con pluralità di soggetti³⁹⁷.

Sia il progetto preliminare di VON KÜBEL sia quello della prima commissione si caratterizzavano per aver accolto, in materia di obbligazioni con pluralità di soggetti, una presunzione di parziarietà in caso di pluralità di debitori, operante anche nell'ipotesi in cui l'obbligazione derivasse da un contratto stipulato congiuntamente³⁹⁸. Si poneva quindi la necessità di escludere l'operatività di questa presunzione in relazione al caso della confideiussione³⁹⁹, e quindi di prevedere la responsabilità integrale di ciascuno dei fideiussori onde impedire che essi, in accordo con la generale presunzione di parziarietà

secondo la quale la confideiussione può sorgere «Gemeinschaftlich durch einheitlichen Vertrag (§ 427, einheitliche Urkunde nicht notwendig) oder unabhängig durch selbständige Verträge (Wissen der Mitbürgen voneinander unerheblich)»; H. WEBER, *Kreditsicherungsrecht*, 8. Aufl., München, 2006, pp. 85 s.; M. HABERSACK, *sub* § 769, in *Münchener Kommentar*⁵, cit., RdNr. 1, p. 322, RdNr. 4, p. 1055; N. HORN, *sub* § 769, in *J. von Staudingers Kommentar zum BGB*, cit., RdNr. 4, p. 425.

³⁹⁷ Su quanto segue, v. la ricostruzione di S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., pp. 1041 s., 1085.

³⁹⁸ Cfr. F. VON KÜBEL, *Vorlage* del 1878, n. 4, *Gesamtschuldverhältniß*, C, *Entwurf*, p. 5, § 1 (in W. SCHUBERT [herausgegeben von], *Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Recht der Schuldverhältnisse*, Teil 3, Besonderer Teil II, Verfasser: Franz Philippe von Kübel und Hilfsarbeiter, Berlin-New York, 1980, p. 1217):

«Haben mehrere Gläubiger zusammen eine Leistung zu fordern, welche ihrer Natur nach eine Theilung zuläßt, oder sind mehrere Schuldner zusammen zu einer theilbaren Leistung verpflichtet, so ist, wenn nicht durch Gesetz oder Privatwillen etwas Anderes bestimmt ist, jeder Gläubiger nur einen Theil der Leistung zu fordern berechtigt und jeder Schuldner nur einen Theil der Leistung zu bewirken verpflichtet.

Ist die Gemeinschaftlichkeit der Berechtigung oder der Verpflichtung einen ursprüngliche und nicht erst durch Erbgang herbeigeführt, so gilt im Zweifel Gleichheit der Theile».

V. anche *Recht der Schuldverhältnisse*, I, *Allgemeiner Theil mit Begründung*, Vorlage des Redaktors F. Ph. F. Von Kübel, Vorlage No. 7, *Gesamtschuldverhältnisse*, § 1 (in W. SCHUBERT (herausgegeben von), *Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Recht der Schuldverhältnisse*, Teil 1, Allgemeiner Teil, Verfasser: Franz Philipp von Kübel, Berlin-New York, 1980, p. 49), di identico tenore.

Il § 320 del primo progetto così disponeva: «Stehen bei einem Schuldverhältnisse mehrere Gläubiger einem Schuldner oder ein Gläubiger mehreren Schuldnern oder mehrere Gläubiger mehreren Schuldnern gegenüber und ist die Leistung theilbar, so ist jeder Gläubiger nur einen gleichen Theil der Leistung zu fordern berechtigt und jeder Schuldner nur einen gleichen Theil derselben zu bewirken verpflichtet, wenn nicht durch Gesetz oder Rechtsgeschäft ein Anderes bestimmt ist» (cfr. W. SCHUBERT, (herausgegeben von), *Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Anlagen: Entwürfe eines Gesetzbuchs (Kommissions-Entwurf von 1885-1887 und Erster BGB-Entwurf von 1887). Entwurf eines Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch von 1888*, Berlin-New York, 1986, p. 746.

³⁹⁹ Questa esigenza era già avvertita da F. VON KÜBEL: cfr. i *Motive* sul § 2, *Vorlage* del 1878, n. 4, *Gesamtschuldverhältniß*, p. 21, testo e nota (in W. SCHUBERT [herausgegeben von], *Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Recht der Schuldverhältnisse*, Teil 3, Besonderer Teil II, cit., p. 1233): «Die Fälle, in welchen die obwaltenden Verhältnisse Grund dazu geben, durch unmittelbare gesetzliche Vorschrift ein Gesamtschuldverhältniß festzusetzen, sind betreffenden Ortes im Gesetzbuche zu bestimmen», e (in nota) «Für das Gebiet des Obligationenrechts werden dabei insbesondere in Frage kommen: [...] die Haftung mehrerer Bürgen gegenüber dem Gläubiger».

(valevole anche in caso di obbligazione contrattualmente assunta in via congiunta), rispondessero soltanto *pro parte* nei confronti del creditore⁴⁰⁰.

Il problema si poneva dunque per le fideiussioni assunte congiuntamente, mentre per quelle concesse in maniera reciprocamente indipendente si dava per presupposto che ciascun garante rispondesse per l'intero, in maniera corrispondente al contenuto dell'impegno assunto.

In questo contesto era pertanto la responsabilità per il totale dei fideiussori congiunti a rappresentare una deroga rispetto alla disciplina generale⁴⁰¹.

Successivamente, per opera della seconda commissione, fu introdotta la presunzione di solidarietà attualmente contenuta nel § 427 BGB, secondo il quale, se più persone si obbligano mediante contratto a una prestazione divisibile, sono responsabili, nel dubbio, come debitori in solido⁴⁰². Fu mantenuta peraltro anche la previsione della responsabilità integrale sia in caso di fideiussioni assunte sia congiuntamente sia separatamente, ritenendo che potesse svolgere una funzione chiarificatrice⁴⁰³. Si temeva inoltre che un'eventuale mancata menzione dell'ipotesi di assunzione separata delle fideiussioni nella norma che prevede la responsabilità integrale dei garanti potesse essere erroneamente intesa come un indice da cui dedurre che, mentre i fideiussori

⁴⁰⁰ V. la discussione della prima commissione sull'art. 933 del Dresdener Entwurf [«Haben Mehrere für die nämliche Verbindlichkeit eines Schuldners zu gleicher oder zu verschiedener Zeit die Bürgschaft übernommen (Mitbürgen), so haften sie als Gesamtschuldner»: cfr. *Dresdener Entwurf eines allgemeinen Deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse von 1866*, Herausgegeben von B. Francke, Aalen, 1973, p. 190], Prot. I 2525-2526 (in H.H. JAKOBS u. W. SCHUBERT [herausgegeben von], *Die Beratung des Bürgerliches Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Recht der Schuldverhältnisse*, III, Berlin-New York, 1983, sub § 769, p. 479); l'opinione della maggioranza sulla norma in esame viene così riferita: «Schweige das Gesetz über den Fall der Mitbürgschaft, so würde zu unterscheiden sein, ob die mehreren Mitbürgen sich gemeinsam, insbesondere also durch ein und dasselbe Rechtsgeschäft, verbürgt haben oder nicht. Liege eine gemeinsame Verbürgung vor, so würde in Gemäßheit des § 10 der Zusammenstellung der das Obligationenrecht betreffenden Beschlüsse [...] eine Haftung der einzelnen Bürgen nach Kopftheilen eintreten; verhalte es sich anders, so hafte jeder Bürge auf Grund seines Versprechens zweifellos auf das Ganze, so daß sich nach § 11 a.a.O. [...] ein Gesamtschuldverhältniß, und damit zugleich die Anwendbarkeit des § 27 ebenda [...] ergäbe. Der Entwurf weiche hiervon darin, daß er auch auf den ersten Fall die für den zweiten Fall maßgebenden Regeln für anwendbar erkläre». Dunque per la prima commissione non era in questione la responsabilità solidale dei fideiussori indipendenti, anche in assenza di una norma che disponesse in tal senso; v. le considerazioni di S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1085 («Schon die Ganzhaftung, verbunden mit der Solutionskonkurrenz, eröffnete also den Anwendungsbereich der Gesamtschuldvorschriften, nicht etwa erst eine besondere gesetzliche Anordnung»).

⁴⁰¹ Nell'*Erster Entwurf*, il § 673 così disponeva: «Haben Mehrere für die Verbindlichkeit des Hauptschuldners sich verbürgt (Mitbürgen), so haften sie als Gesamtschuldner. Es macht keinen Unterschied, ob die Verbürgung zu derselben oder zu verschiedener Zeit, gemeinsam oder nicht gemeinsam geschehen ist»; cfr. W. SCHUBERT, (herausgegeben von), *Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Anlagen: Entwürfe eines Gesetzbuchs (Kommissions-Entwurf von 1885-1887 und Erster BGB-Entwurf von 1887). Entwurf eines Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch von 1888*, cit., p. 839.

⁴⁰² § 427 Gemeinschaftliche vertragliche Verpflichtung: «Verpflichten sich mehrere durch Vertrag gemeinschaftlich zu einer teilbaren Leistung, so haften sie im Zweifel als Gesamtschuldner».

⁴⁰³ Cfr. H.H. JAKOBS u. W. SCHUBERT (herausgegeben von), *Die Beratung des Bürgerliches Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Recht der Schuldverhältnisse*, III, cit., sub § 769, p. 480. Nei *Protokolle* della seconda commissione si legge che la proposta di stralciare la previsione viene respinta, trattandosi di una regola che, sebbene già ricavabile «in via interpretativa», tuttavia poteva svolgere una funzione chiarificativa; cfr. Prot. II, p. 2512 (in B. MUGDAN [herausgegeben und bearbeitet von], *Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, II Bd., *Recht der Schuldverhältnisse*, Berlin, 1899 [rist. Aalen, 1979], p. 1023.

congiunti sono responsabili per il totale, i garanti indipendenti, non essendo previsti dalla norma, sono tenuti soltanto *pro parte*⁴⁰⁴.

L'attuale formulazione del § 769, adottata dalla *Redaktionskommission*⁴⁰⁵, secondo cui i più fideiussori sono tenuti in solido *anche se la fideiussione non viene assunta congiuntamente*, «ribalta il rapporto storico di regola-eccezione»⁴⁰⁶: infatti, nel processo di codificazione non era l'ipotesi di assunzione separata delle garanzie ad abbisognare di una specifica, eccezionale previsione di solidarietà fra i fideiussori, bensì proprio il caso di concessione delle cautele in via congiunta⁴⁰⁷. Si ipotizza che la *Redaktionskommission* abbia optato per questa formulazione per fornire una base normativa alla responsabilità solidale dei fideiussori disgiunti: per questi ultimi infatti, in mancanza di una norma quale il § 769 BGB non vi sarebbe stata una espressa previsione di responsabilità per il totale, quale invece è data, per il caso di fideiussioni assunte congiuntamente, dalla regola generale del § 427 BGB, che pone la presunzione di solidarietà in caso di assunzione congiunta dell'obbligazione in via contrattuale⁴⁰⁸.

Si ritiene quindi che con riferimento all'ipotesi di fideiussioni congiunte il § 769 BGB ribadisca la previsione di cui al § 427⁴⁰⁹, mentre per il caso di fideiussioni disgiunte ricalca una regola, quella della responsabilità per il totale, che nel pensiero del legislatore in realtà non richiedeva una espressa previsione, perché si imponeva da sé. La responsabilità in via integrale di ciascun fideiussore disgiunto è legata in realtà al fatto che ciascun garante ha assunto la garanzia per tutto il debito, onde l'estensione della sua obbligazione riflette il contenuto dell'impegno assunto. Ciò non è contraddetto dalla presunzione di parziarietà sancita dal § 420 BGB⁴¹⁰, secondo cui, per quanto qui interessa, se più persone sono debentrici di una prestazione divisibile, esse sono tenute, nel dubbio, soltanto per quote eguali, perché tale norma trova applicazione solo al caso di obbligazioni che nascono congiuntamente per i diversi debitori⁴¹¹.

⁴⁰⁴ Per questa valutazione v. S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1042.

⁴⁰⁵ Mentre, infatti, il § 673 del primo progetto come risultante dalla “*Vorläufige Zusammenstellung der Beschlüsse der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs*” di PLANCK era così formulato: «Mehrere Bürgen, die sich für dieselbe Verbindlichkeit verbürgt haben, haften als Gesamtschuldner, ohne Unterschied, ob die Verbürgung gemeinsam oder nicht gemeinsam erfolgt ist» (corsivo aggiunto), nella “*Zusammenstellung der Beschlüsse der Redaktions-Kommission*” della seconda commissione, il § 673 aveva invece il seguente tenore: «Haben sich Mehrere für dieselbe Verbindlichkeit verbürgt, so haften sie als Gesamtschuldner, auch wenn die Uebernahme der Bürgschaft nicht gemeinschaftlich erfolgt ist» (corsivo aggiunto); cfr. H.H. JAKOBS, W. SCHUBERT [herausgegeben von], *Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Recht der Schuldverhältnisse*, III, cit., sub § 769, p. 481.

⁴⁰⁶ Così si esprime S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1042.

⁴⁰⁷ Per questa osservazione, v. S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1042.

⁴⁰⁸ L'ipotesi è avanzata da S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1042.

⁴⁰⁹ In questo senso S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1042.

⁴¹⁰ § 420 Teilbare Leistung: «Schulden mehrere eine teilbare Leistung oder haben mehrere eine teilbare Leistung zu fordern, so ist im Zweifel jeder Schuldner nur zu einem gleichen Anteil verpflichtet, jeder Gläubiger nur zu einem gleichen Anteil berechtigt».

⁴¹¹ V. S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., pp. 1042 s. (cfr. p. 1042: «Die Teilschuldregel des § 420 erfasst nur Fälle des gemeinsamen Verpflichtungstatbestands und ist auf Nebenbürgen von vornherein nicht anwendbar»; corsivo aggiunto). V. altresì *op. cit.*, p. 25 s.: «Nach gemeinen Recht galt nicht nur eine Teilschuldvermutung bei gemeinsamem Vertragsschluss, sondern auch Miterben hafteten für die Schulden des Erblassers nur als Teilschuldner. Hieraus entwickelten die Schriftsteller die allgemeine Regel, dass mehrere gemeinschaftlich Schuldende grundsätzlich Teilschuldner waren, sofern sich aus Vertrag oder Gesetz nichts anderes ergab. [...] Auf diesem Verständnis beruht die Regel des § 420 [...] Dies bedeutet, dass § 420 gerade den Fall vor Augen hat, dass ein Verpflichtungstatbestand von mehreren erfüllt wird oder mehrere in eine Verpflichtung nachfolgen», nonché p. 711: «Die Vorschrift des § 420

betrifft [...] nur Verbindlichkeiten, die auf einem gemeinsamen Schuldverhältnis, verstanden als einheitlichen und gemeinsamen Entstehungstatbestand, beruhen». La stessa S. MEIER, *sub* §§ 420-432/I, in M. SCHMOECKEL, J. RÜCKERT, R. ZIMMERMANN (herausgegeben von), *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, Bd. II, 2. Teilband, Tübingen, 2007, RdNr. 32, p. 2419, afferma: «Nach 1900 hat sich die Regel des § 420 BGB, was Schuldnermehrheit angeht, als wenig glücklich erwiesen. Ihr Wortlaut ist aus heutiger Sicht ungenau, weil er nicht erkennen lässt, dass nur Verpflichtungen mehrerer aus einem gemeinsamen Verpflichtungsgrund erfasst werden sollten (was für den Gesetzgeber selbstverständlich war)». Anche H. WINTER, *Teilschuld, Gesamtschuld und unechte Gesamtschuld. Zur Konzeption der §§ 420 ff. BGB – Ein Beitrag zur Entstehungsgeschichte des BGB*, Frankfurt am Main-Bern-New York, 1985, pp. 21 ss., pone in evidenza le incognuenze che derivano dall'estensione della previsione di parziarietà di cui al § 420 ai casi di obbligazioni indipendenti, osservando che esse potrebbero essere evitate «wenn für eine Teilschuld als zusätzliches Merkmal erforderlich wäre, daß die Verpflichtungen der Schuldner gemeinsam (oder: zusammen) begründet worden seien», e che anche (*op. p.* 25) «Die Entstehungsgeschichte des § 420 spricht [...] dafür, diesen ebenso wie § 320 E I zu interpretieren, d. h. zu fordern, daß die Schuldner bei der Begründung ihrer Verpflichtungen in Beziehung zueinander standen»; cfr. altresì *op. cit.*, pp. 175 ss., 205 s. Secondo Rudolf SCHMIDT, *Unechte Solidarität*, in *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts* 72, 1922, p. 48: «Veranlassung zu einem Zweifel darüber, ob gesamtschuldnerisch oder Teilhaftung vorliegt, kann überhaupt nur sein, wenn mehrere sich in demselben Verträge verpflichten, weil man dann sagen könnte, jeder habe zwar das Ganze versprochen, aber weil ein oder mehrere andere zugleich mit ihm dasselbe versprochen hätte, wovon alle Beteiligten regelmäßig Kenntnis hatten, wolle jeder nur einen Teil leisten. Haben sich dagegen mehrere in selbständigen Verträgen verpflichtet, so ist es ganz selbstverständlich, daß jeder auf das Ganze haftet. [...] Ebensovienig wie nun bei Verbindlichkeiten aus mehreren getrennten Verträgen § 420 gilt, kann diese Vorschrift in Betracht kommen, wenn es sich um Verbindlichkeiten aus anderen Rechtsgründen handelt, die ganz oder teilweise voneinander unabhängig sind. § 420 paßt nur für den Fall, daß die Verpflichtungen mehrerer auf demselben Entstehungsgrunde beruhen». Ritieni R. STAMMLER, *Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. Studien zum Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich*, Berlin, 1897, pp. 253 s., che «Steht eine theilbare Leistung in einem Schuldverhältnisse mit mehreren Beteiligten in Frage, so ist zwischen Schuldverhältnissen aus Verträgen und aus anderen Rechtsgründen zu scheiden. Im letzten Falle tritt in der Regel Recht und Pflicht nach Antheilen ein; bei Verträgen kommt es darauf an, ob mehrere Gläubiger oder mehrere Schuldner in Frage stehen; die Ersteren treten nach Antheilen ein, die Letzteren haften im Zweifel als Gesamtschuldner. Dabei ist immer vorausgesetzt, daß es sich um ein einiges Schuldverhältnis dreht. Indem man dieses übersehen hat, so hat man für den Fall, daß man sich wegen einer Leistung an Mehrere aus verschiedenen Schuldverhältnissen halten kann, unnöthige Schwierigkeiten bereitet. Wenn Jemandem ein Brandschaden schuldhaft zugefügt worden ist, wegen dessen er einen Anspruch gegen die Versicherungsgesellschaft hat, während auch der Brandstifter ihm haftet, so gehört dieses nicht hierher, und es ist nicht richtig, daß dann wegen GB. 420 in Verbindung mit 427 Haftung nach Antheilen eintreten müßte. Der Thatbestand ist vielmehr dahin aufzufassen, daß alsdann zwei verschiedene Schuldverhältnisse gegeben sind, – eines aus dem Versicherungsverträge, das andere auf Grund der unerlaubten Handlung des Brandstifters. Diese sind, ein Jedes für sich, besonders zu erledigen, und nur das könnte [...] bei dem Austrage eines von ihnen zur Sprache kommen, ob der Fordernde einen Erwerb aus dem andern Schuldverhältnisse sich irgendwie anrechnen lassen müßte oder ob das eine Einrede aus dem Rechte eines Dritten darstellen würde. Unser jetziger 6. Abschnitt im 2. Buche des GBs. bezieht sich aber nach der hier vertretenen Auffassung nur auf die Fälle, in denen ein einiges Schuldverhältnis mit mehreren in Forderung oder Schuld Betheligen gegeben ist und nun entweder diese Betheligen nach Antheilen oder für das Ganze stattfindet. Das kann aber dann nicht vorliegen, sobald es sich um ganz verschiedene Begründungsakte, wie einerseits Vertrag und andernteils Delikt, handelt»; C. CROME, *System des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, Bd. II, *Recht der Schuldverhältnisse*, (Erste Hälfte), Tübingen und Leipzig, 1902, § 206, pp. 375 s., testo e nt. 44, secondo cui nelle ipotesi in cui «nur zufällig: aus verschiedenen Titeln eine Verpflichtung Mehrerer auf denselben Leistungsinhalt vorliegt», il § 420 sarebbe «von vornherein nicht anwendbar»; P. BYDLINSKI, *sub* § 420, in *Münchener Kommentar zum BGB*⁶, RdNr. 3, p. 2833: «[...] ist gerade für § 420 zu fordern, dass den Berechtigungen der mehreren Gläubigern bzw. Verpflichtungen der mehreren Schuldner ein und dasselbe Schuldverhältnis zugrunde liegt. Schulden hingegen S1 und S2 etwa aus je eigenständigen, grds. voneinander unabhängigen Verträgen, so liegen schon von vornherein keine Teilschulden vor: Vielmehr schuldet jeder die volle Erfüllung seine Pflicht»; U. NOACK, *sub* § 420, in *J. von Staudingers Kommentar zum BGB*, cit., RdNr. 6, p. 401 e, con identico tenore, D. LOOSCHELDERS, *sub* § 420, in *J. von*

Questo assetto era ben presente alla dottrina della prima metà del XX secolo⁴¹², e solo successivamente gli interpreti sembrano averne perso consapevolezza, giungendo quindi a ritenere che il § 769 BGB sia norma necessaria per escludere che più fideiussori disgiunti siano tenuti parziariamente in applicazione della regola di cui al § 420 BGB⁴¹³.

Staudingers Kommentar zum BGB, cit., RdNr. 6, p. 432 : «Für die Zusammenfassung mehrerer an sich selbständiger Schuldverhältnisse ein Teilschuldverhältnis bedarf es eines gemeinsamen Rechtsgrundes». Il problema di limitare la portata del § 420 BGB è evidenziato anche da H. DERNBURG, *Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens*, II Bd., *Die Schuldverhältnisse nach dem Recht des Deutschen Reichs und Preußens*, I Abteilung, *Allgemeine Lehren*, 4. Aufl. (bearbeitet von Arthur Engelmann), Halle, 1909, p. 451: «Diese Teilung ist aber nicht bloß dann ausgeschlossen, wenn sie dem ausgesprochenen Parteiwillen zuwiderläuft, sondern auch dann, wenn die Rechtslage, hiervon abgesehen, ergibt, daß eine Teilung zu gleichen Anteilen sachwidrig ist. So ist hier das „im Zweifel“ aufzufassen. Besonders wichtig ist dies für die sog. Fälle unechter Solidarität»; W. THIELE, *Gesamtschuld und Gesamtschuldnerausgleich*, in *Juristische Schulung*, 1968, p. 151: «Nach dem Wortlaut des Gesetzes hat, wenn eine teilbare Leistung geschuldet wird, die Abwicklung nach § 420 den Vorrang: in Zweifel ist jeder Schuldner nur zu einem gleichen Anteil verpflichtet. Die praktische Bedeutung dieser Auslegungsregel ist jedoch gering. Sie ist unanwendbar, wo das Gesetz die Abwicklung der Schuldnermehrheit nach den Regeln der Gesamtschuld vorschreibt, eine Abtretungspflicht begründet oder eine *cessio legis* anordnet. Für die Regel des § 420 ist ferner dort kein Raum, wo sich sonst aus dem Sinn und Zweck auch nur eines der den mehreren Verbindlichkeiten zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses ergibt, daß der Schuldner die ganze Leistung erbringen soll».

⁴¹² Fr. OEGG, *sub § 769*, in *Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz*, II. Band, 2. Hälfte, *Recht der Schuldverhältnisse (Besonderer Teil)*, 4. Aufl., Berlin und Leipzig, 1928, Anm. 2, p. 1435: «Die im § 769 aufgestellte Regel würde sich schon aus allgemeinen Grundsätzen ableiten lassen. Übernehmen mehrere durch Vertrag gemeinschaftlich die Bürgschaft, so haften sie nach den §§ 427, 431 als Gesamtschuldner. Übernehmen mehrere nicht gemeinschaftlich, sondern jeder für sich die Bürgschaft, so muß jeder, wenn er seine Haftung nicht vertragsmäßig eingeschränkt hat, ebenfalls auf das Ganze haften. Nach dem E. I [*scil.*: dem ersten Entwurf] war die Sachlage eine andere. Bei gemeinschaftlicher Verbürgung würde nach dem E. I § 320 jeder nur auf einen Teil, im anderen Falle dagegen jeder auf das Ganze gehaftet haben. Dieses Ergebnis war für unzumutbar erachtet worden, und es wurde deshalb vorgeschrieben, daß in beiden Fällen die mehreren Bürgen als Gesamtschuldner haften sollen. Die Bestimmung war, nachdem die allgemeine Regel des § 427 eingestellt war, entbehrlich geworden. Die zweite Kommission hat aber beschlossen, sie im Interesse der Deutlichkeit aufrecht zu erhalten»; E. HRUZA, *Korrealobligation und Verwandtes nach der zweiten Lesung des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich*, II, in *Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß*, Bd. 5, 1895, p. 301: «[...] sind Mitbürge, da sie sich zu derselben Leistung verpflichten, Gesamtschuldner. Das sagt § 709 ausdrücklich. Unnötig wäre es gewesen hinzuzufügen, „auch wenn sie die Bürgschaft nicht gemeinschaftlich übernommen haben,“ wenn § 363 nicht im Entwurf stünde. Denn es versteht sich wohl von selbst, daß gerade solche Bürgen keinen Anspruch auf Theilung haben» (il § 363 del secondo progetto era la norma che stabiliva la presunzione di parziarietà in caso di prestazione divisibile). Non del tutto perspicua è l'opinione di H. KREMER, *Die Mitbürgschaft*, cit., pp. 63 s., secondo cui il § 769 costituirebbe un'eccezione al § 420 per il caso di fideiussori che non si sono contrattualmente vincolati congiuntamente secondo quanto postula il § 427 BGB per l'operatività della presunzione di solidarietà, rilevando però anche che «Uebrigens wird, wenn Mehrere sich vertraglich zu einer einmal zu erbringenden ganzen Leistung verpflichten, ohnehin gemäß den ausdrücklichen vertraglichen Wortlaut in Ermangelung besonderer Umstände nicht Teilschuld, sondern Schuld Aller für das Ganze als gewollt anzunehmen sein und eintreten»; v. anche p. 64, nt. 1, dove sottolinea che «Am meisten gerechtfertigt erscheint diese Auslegung gerade dann, wenn die Schuldner nichts von einander wussten».

⁴¹³ W. GOETTE, *Gesamtschuldbegriff und Regreßproblem*, cit., p. 80: «Soweit Mitbürgen gemeinschaftlich die Bürgschaft übernehmen, stellt § 769 nur einen besonderen Anwendungsfall der in § 427 niedergelegten Auslegungsregel dar. [...] Gäbe es diese Vorschrift nicht, so hätten Mitbürgen, die sich nicht gemeinschaftlich verpflichtet hätten, nicht als Gesamtschuldner zu haften, und es bestände wie im gemeinen Recht die Möglichkeit, die Einrede der Teilung zu erheben»; H. JÜRGENS, *Teilschuld-Gesamtschuld-Kumulation*, cit., p. 29, secondo cui in assenza del § 769 BGB più fideiussori sarebbero

A quest'ultima impostazione si rimprovera anzitutto la contrarietà al pensiero del legislatore del BGB, ma si obietta anche che al § 420 BGB non può essere assegnato il ruolo di stabilire una generale presunzione di parziarietà per tutti gli impegni fideiussori relativi allo stesso debito principale, anche assunti disgiuntamente, presunzione che richiederebbe una norma specifica, la quale non può essere individuata nel § 420 BGB che concerne esclusivamente obbligazioni che nascono congiuntamente per i diversi debitori⁴¹⁴.

Si è osservato che l'intento del legislatore del BGB era quello di accogliere nel codice una nozione di debito solidale tale da ricomprendere in sé le figure dell'obbligazione correa e dell'obbligazione solidale, e ad essa doveva essere ricondotta anche l'ipotesi della confideiussione, non escluso il caso delle fideiussioni indipendenti⁴¹⁵. E la disciplina dei rapporti dei debitori solidali è sufficientemente

tenuti parziariamente per quote eguali secondo il § 420 BGB; l'a. aggiunge che «In Erweiterung zu § 427 BGB kommt es bei § 769 BGB nicht darauf an, daß die Schuldner die Bürgschaft gemeinschaftlich übernommen haben», concludendo che (*op. cit.*, p. 30) «§ 769 ist [...] ein eigenständiges Modell gesetzlicher Gesamtschuldanordnungen, das den Grundsatz der Teilschuld aufhebt». In questo senso sembrerebbe anche J. GLÖCKNER, *Ausgleich zwischen mehreren Bürgen bei unterschiedlichen Höchstbetragsbeschränkungen*, in *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1999, p. 823: «Mit der Anordnung der gesamtschuldnerischen Haftung mehrerer Bürgen in § 769 BGB hat sich der Gesetzgeber gegen die gesetzliche Annahme von Teilbürgschaften entschieden, die aus der Regel des § 420 BGB an sich folgen würde». Si ritrova poi l'opinione secondo cui «Die ausnahmslos angeordnete gesamtschuldnerische Haftung schafft klare Verhältnisse und entbindet die Gerichte von dem Streit, ob gemeinschaftliche oder getrennte Verbürgung vorliegt» (W. GOETTE, *Gesamtschuldbegriff und Regreßproblem*, cit., p. 81); analogamente, H. MEYER, *Grundfälle zum Sicherungsausgleich*, in *Juristische Schulung*, 1993, p. 561: «§ 769 soll Beweisschwierigkeiten vermeiden, die sich etwa aus der Auslegungsregel des § 427 ergeben könnten, wenn die gesamtschuldnerische Verpflichtung von einem gemeinsamen Vertrag der Schuldnerabhängig gemacht wird»; F. WERNECKE, *Die Gesamtschuld – ihre Befreiung von irrationalen Merkmalen und ihre Rückführung in die Gesetzessystematik*, Berlin, 1990, p. 143, nt. 89, secondo cui il § 769 «erspart dem Gläubiger den Nachweis einer gemeinschaftlichen Verbürgung gemäß § 427 und versagt den Bürgen die – im gemeinen Recht anerkannte – Einrede der Teilung».

⁴¹⁴ S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1043 (che parla di «gemeinschaftliche Verpflichtungen» con riguardo alle obbligazioni che ricadono nell'ambito di applicazione del § 420 BGB). Ritengono che la responsabilità per il totale dei fideiussori disgiunti potrebbe sussistere anche in assenza di una norma quale il § 769 BGB: H. EHMANN, *Die Gesamtschuld*, cit., p. 355: «Nach der hier vertretenen Auffassung würde dieser Satz auch ohne die ausdrückliche gesetzliche Anordnung gelten. Für die Väter des BGB erschien die gesetzliche Anordnung jedoch notwendig, weil zu ihrer Zeit die Auffassung überwog, die Gesamtschuld auf die Fälle *gleichgründiger* Verpflichtungen zu beschränken. Diese Zielrichtung des Gesetzes kommt in seiner Fassung, die als *Ausnahme zu § 427* formuliert ist, noch deutlich zum Ausdruck» (corsivi nel testo); H.P. PECHER, *sub § 769*, in Th. SOERGEL-W. SIEBERT, *Bürgerliches Gesetzbuch, Kohlhammer-Kommentar*, Bd. 5/1¹², cit., RdNr. 1, p. 666: «Der unmittelbare Regelungsgehalt der Vorschrift ist für eine moderne Rechtsordnung vonbarer Selbstverständlichkeit. Haben sich mehrere für dieselbe Hauptverbindlichkeit verbürgt, so ist der Gläubiger „nach seinem Belieben“ (§ 421) berechtigt, jeden von ihnen ohne Berücksichtigung oder Einbeziehung der anderen als „Gesamtschuldner“ auf die volle übernommene Bürgschaftssumme in Anspruch zu nehmen; und zwar auch dann, wenn die mehreren Bürgen die Bürgschaft „gemeinschaftlich“ übernommen haben. Für unabhängig voneinander eingegangene Einzelbürgschaften ist dies ohnehin selbstverständlich».

⁴¹⁵ Dem Gesetzgeber ging es gerade darum, eine Einheits-Gesamtschuld zu schaffen, welche die bisherigen Korreal- und Solidarobligationen unter einem Dach vereinigte und alle Abgrenzungskriterien überflüssig machen sollte. Diese Einheits-Gesamtschuld sollte daher auch die Mitbürgen einschließlich der Nebenbürgen umfassen»: S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1085, la quale critica l'opinione di H. EHMANN, *Die Gesamtschuld. Versuch einer begrifflichen Erfassung in drei Typen*, cit., p. 355, secondo cui il legislatore del BGB avrebbe fatto propria una concezione restrittiva dell'obbligazione solidale passiva: «Für die Vater des BGB erschien die gesetzliche Anordnung [*scil.*: la responsabilità solidale anche per i fideiussori indipendenti, prevista dal § 769 BGB] jedoch notwendig, weil zu ihrer Zeit die

«neutrale» nei rapporti esterni con il creditore da adattarsi anche al caso delle fideiussioni indipendenti. Infatti le uniche ipotesi di vicende munite di effetti generali per tutti i condebitori sono quelle della remissione, che può avere efficacia generale qualora le parti abbiano così voluto⁴¹⁶ e quella della *mora accipiendi*⁴¹⁷, entrambe compatibili con la fattispecie caratterizzata dalla pluralità di fideiussioni indipendenti⁴¹⁸.

In realtà è probabilmente da ricondursi alla formulazione scelta dalla *Redaktionskommission* per il § 769, in cui si è previsto che i confideiussori rispondano come condebitori in solido *anche se le fideiussioni non sono state assunte congiuntamente*, l'opinione che la solidarietà tra fideiussori indipendenti troverebbe il proprio specifico fondamento nel § 769⁴¹⁹.

Si ritrova in particolare la tesi secondo cui in assenza della disposizione in esame i fideiussori, pur dovendo rispondere per l'intero, non potrebbero essere considerati condebitori in solido⁴²⁰. Parte della dottrina ha dunque ritenuto che i fideiussori indipendenti fossero da considerare un'ipotesi di solidarietà impropria (*unechte Gesamtschuld*)⁴²¹.

Non è difficile riconoscere in questo approccio una conseguenza della concezione «restrittiva»⁴²² dell'obbligazione solidale passiva, in base alla quale la solidarietà debitoria non potrebbe affermarsi semplicemente in ogni caso in cui vi è una responsabilità integrale di tutti i debitori e l'efficacia generale del pagamento eseguito da ciascun consorte (come si verifica, tra l'altro, in caso di pluralità di fideiussioni indipendenti), ma costituirebbe un fenomeno che esige una ulteriore specificazione, e in

Auffassung überwog, die Gesamtschuld auf Fälle *gleichgründiger* Verpflichtungen zu beschränken» (corsivo nel testo).

⁴¹⁶ BGB § 423 Wirkung des Erlasses: «Ein zwischen dem Gläubiger und einem Gesamtschuldner vereinbarter Erlass wirkt auch für die übrigen Schuldner, wenn die Vertragschließenden das ganze Schuldverhältnis aufheben wollten».

⁴¹⁷ BGB § 424 Wirkung des Gläubigersverzugs: «Der Verzug des Gläubigers gegenüber einem Gesamtschuldner wirkt auch für die übrigen Schuldner».

⁴¹⁸ S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1085: «[...] zumindest die Regeln zum Außenverhältnis einer Einbeziehung von Nebenbürgen nicht im Wege stehen».

⁴¹⁹ La deduzione si trova in S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1086, ove anche le considerazioni che seguono. Al filone di pensiero richiamato possono essere ricondotti W. GOETTE, *Gesamtschuld begriff und Regreßproblem*, cit., p. 80; M. HABERSACK, *sub § 769*, in *Münchener Kommentar*⁵, cit., RdNr. 1, p. 1054.

⁴²⁰ H. LISCHKA, *Der Begriff der Gesamtschuld unter besonderer Berücksichtigung der Ausgleichspflicht*, Diss. Breslau, 1932, p. 20; E.W. BÖRNSEN, *Strukturen der Gesamtschuld – Versuch einer Präzisierung*, Diss. Kiel, 1969, p. 176. V. anche quanto osserva J. GLÖCKNER, *Gesamtschuldvorschriften und Schuldnermehrheiten bei unterschiedlichen Leistungsinhalten*, cit., p. 226: «Der Gesetzgeber wollte mit Vorschriften wie den in den §§ 840 I, 769 enthaltenen klarstellen, daß auch in den Fällen, in denen nach gemeinrechtlichen Vorstellungen eine Korrealobligation mangels gemeinschaftlicher vertraglicher Verpflichtung ausgeschlossen war, die Vorschriften über die Gesamtschuld anzuwenden seien. M.a.W. sollte lediglich der besondere “innere Zusammenhang” der Verpflichtungen durch gesetzliche Anordnung festgestellt werden» (ma secondo S. MEIER, *Gesamtschuld*, cit., p. 1086, nt. 140, non sarebbe corretta la tesi secondo cui i quelle dei fideiussori indipendenti non sarebbero state, nel diritto comune, obbligazioni correali)

⁴²¹ E. MOLITOR, *Schuldrecht, I. Allgemeiner Teil*, 8. Aufl., München und Berlin, 1965, pp. 175 s.; K. KANKA, *Die Mitbürgschaft*, cit., p. 189, nt. 61 (seppure con riferimento all'obbligazione assunta dai fideiussori nei confronti del debitore principale di garantire quest'ultimo nei confronti del creditore): «Ist jeder einzelne für sich selbständig dem Hauptschuldner gegenüber die Verpflichtung eingegangen, den Gläubiger voll zu befriedigen, dann sind sie, vom Fall des § 431 abgesehen, dem Hauptschuldner gegenüber unechte Gesamtschuldner, die als solche zueinander in keinerlei (Innen-) Verhältnis stehen, auf das sie Ausgleichsansprüche stützen und auf das sie sich berufen könnten [...]».

⁴²² Impiega l'espressione «restriktiver Gesamtschuld begriff» S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1086.

particolare con riguardo alle norme relative alla remissione (§ 423), alla *mora accipiendi* (§ 424) e al regresso (§ 426)⁴²³.

In questo quadro, appare di sicura rilevanza il tentativo dottrinale di spiegare la responsabilità solidale dei fideiussori indipendenti non tanto come una deviazione rispetto al modello della solidarietà ordinaria, possibile solo in virtù della disposizione legislativa che prevede espressamente la solidarietà fra i fideiussori (§ 769 BGB), bensì come espressione di uno scopo di garanzia (*Sicherungszweck*), che offre una giustificazione in chiave funzionale la solidarietà fra i garanti, la quale, pertanto, non resta semplicemente ancorata a una norma di carattere peculiare (§ 769 BGB), ma sussiste anche in assenza di una espressa disposizione di legge. È tale scopo di garanzia che spiega la legittimazione del creditore a pretendere da parte dei garanti soltanto una volta la prestazione dovuta e la partecipazione dei congaranti a una «comunione di rischio» (*Gefahrgemeinschaft*), onde i consorti sono tenuti nel dubbio in parti uguali⁴²⁴.

Questa dottrina, tuttavia, nel ritenere il regresso fra i condebitori un tratto essenziale della solidarietà, non esige ancora che tale regresso abbia una precisa natura giuridica⁴²⁵. Proprio del regresso come configurato dal § 426 BGB, la cui presenza ha costituito uno dei principali motivi che hanno indotto la maggior parte degli interpreti a fare propria una concezione restrittiva dell'obbligazione solidale passiva, deve essere verificata la compatibilità con l'ipotesi delle fideiussioni indipendenti, tanto che si è affermato che «Die Frage, ob Nebenbürgen sonstigen Gesamtschuldner gleichgestellt werden können, ist nach dem Recht des BGB eine Frage nach der konkreten Ausgestaltung des Regresses»⁴²⁶.

9. (segue) Il regresso tra fideiussori

Nell'ambito della dottrina tedesca, alcuni autori hanno evidenziato le diversità sussistenti nei rapporti interni fra le ipotesi in cui la confideiussione è caratterizzata da un accordo fra i garanti e quelle in cui invece le fideiussioni sono prestate in maniera indipendente l'una dall'altra, con ciò distanziandosi dalla prospettiva più diffusa che non pone l'accento su particolari differenze tra le due ipotesi.

⁴²³ Per questa osservazione, v. S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1086 ss.

⁴²⁴ Cfr. H. EHMANN, *Die Gesamtschuld*, cit., p. 355: «Die gesamtschuldnerische Verbindung der Mitbürgen, die das Gesetz anordnet, rechtfertigt sich innerlich aus dem *gemeinsamen Sicherungszweck* der mehreren Bürgenverpflichtungen, woraus sich ergibt, daß der Gläubiger die Leistung *nur einmal* erhalten soll und die mehreren Schuldner zu einer „Gefahrgemeinschaft“ (communio incidens, §§ 748, 742), d. h. im Zweifel zur Tragung *gleicher* Lasten verbunden sind» (corsivi nel testo). V. anche p. 127: «Bei den Fällen der Bürgschaft, Mitbürgschaft und kumulativen Schuldübernahme folgt die Verbindung aus dem *Sicherungszweck*. Der Sicherungszweck ist Abwicklungszweck und als solcher von unselbständiger Art, angelegt auf die Abwicklung der gesicherten Schuld. Daraus ergibt sich notwendig, daß trotz mehrerer Schuldverhältnisse die Leistung *nur einmal* geschuldet ist und letztlich im Innenverhältnis der Hauptschuldner grundsätzlich allein verpflichtet ist». Secondo S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1087, «Diese Zwecklehre kommt zumindest im Ergebnis der Ansicht des historischen Gesetzgebers nahe».

⁴²⁵ «Die Zwecklehre legt sich insofern fest, als sie einen Gesamtschuldregress für notwendig hält; hieraus geht aber nicht hervor, welche Ausgestaltung dieser Regress haben soll»: S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1088.

⁴²⁶ Per questi rilievi, v. S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1088.

Si è così distinto, da parte di un autore⁴²⁷, tra *gemeinschaftliche Mitbürgschaft* e *selbständige Mitbürgschaft*; nel primo caso i congaranti sono vincolati fra loro da un rapporto contrattuale, che può sussistere sia qualora la prestazione delle garanzie avvenga con un unico contratto sia qualora l'assunzione delle stesse avvenga separatamente, sempreché vi sia un accordo fra i fideiussori⁴²⁸; nel secondo, invece, le stipulazioni sono reciprocamente indipendenti e manca la «*vertragliche Schuldgemeinschaft*» tra i garanti che caratterizza la precedente ipotesi⁴²⁹.

I rapporti interni fra i garanti nelle due ipotesi sono soggetti a regimi giuridici differenti, senza che in senso opposto possa richiamarsi il disposto del § 769 BGB, che qualifica i confideiussori come condebitori in solido senza distinguere fra confideiussione congiunta e confideiussione indipendente, poiché tale norma riguarderebbe esclusivamente i rapporti esterni fra i garanti e il creditore e non quelli interni fra i garanti⁴³⁰.

In caso di *gemeinschaftliche Mitbürgschaft*, legittimati a disporre contrattualmente dei rapporti interni tra i confideiussori sono soltanto i garanti stessi, onde tali rapporti non possono essere influenzati da accordi conclusi tra creditore e alcuni soltanto dei garanti; così, la rimessione da parte del creditore del debito fideiussorio di uno dei garanti non può avere conseguenze sul rapporto interno fra i garanti, salvo che gli altri fideiussori non acconsentano alla liberazione del primo fideiussore e estinguano anche il rapporto interno nei confronti del fideiussore stesso⁴³¹.

Al contrario nella *selbständige Mitbürgschaft* il rapporto interno fra i garanti si riduce alla sola surrogazione nel credito successivamente al pagamento, ciò che sarebbe coerente con il fatto che manca un vincolo fra i garanti e che sarebbe iniquo (*unbillig*) ritenere un garante indipendente esposto nei rapporti interni a conseguenze più gravose di quelle derivanti dalla cessione legale del credito adempito. Come si è già detto, a ciò non osterebbe il § 769, che riguarda esclusivamente i rapporti esterni con il creditore. In questo caso i rapporti interni fra i garanti possono essere modificati anche in conseguenza di pattuizioni che coinvolgono solo il creditore e uno dei garanti, come ad esempio nel caso di remissione del debito in favore di uno dei fideiussori, la quale impedisce che gli altri fideiussori possano surrogarsi nella pretesa fideiussoria verso il garante liberato dal creditore. Resta salva, peraltro, la tutela che, con riferimento ai rapporti interni, appresta ai garanti il § 776 BGB⁴³².

L'impostazione appena richiamata presenta molte affinità con una prospettazione avanzata, in tempi più recenti, da un altro autore⁴³³. In generale si afferma che il fenomeno della pluralità di fideiussori debba trovare il proprio regime giuridico sulla

⁴²⁷ Cfr. K. KANKA, *Die Mitbürgschaft*, cit., pp. 128 ss.

⁴²⁸ Cfr. K. KANKA, *Die Mitbürgschaft*, cit., p. 128: «„Gemeinschaftlich“ verbürgen sich mehrere, wenn sie sich zusammentun, um gemeinschaftlich für die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit einzustehen»; «Bürgen, die sich nach § 427 gemeinschaftlich verpflichten, treten damit nicht nur zum Gläubiger, sondern auch zueinander in vertragliche Beziehungen»; l'a. fa riferimento altresì a una «*Schuldgemeinschaft*» fondata contrattualmente. V. altresì *op. cit.*, p. 158.

⁴²⁹ Cfr. K. KANKA, *Die Mitbürgschaft*, cit., pp. 129 s.; v. anche *op. cit.*, p. 168 («Zwischen selbständigen Mbn [*scil.*: Mitbürgen] bestehen bis zur Befriedigung des Gläubigers durch einen von ihnen keinerlei Rechtsbeziehungen; nachher gibt es solche Beziehungen nur auf Grund des Uebergangs der Bürgschaftsforderung vom Gläubiger auf den leistenden Mb [*scil.*: Mitbürgen]»).

⁴³⁰ Cfr. K. KANKA, *Die Mitbürgschaft*, cit., p. 138, nt. 13.

⁴³¹ Cfr. K. KANKA, *Die Mitbürgschaft*, cit., pp. 164 s.

⁴³² Cfr. K. KANKA, *Die Mitbürgschaft*, cit., pp. 168 ss.

⁴³³ Si tratta di H.P. PECHER, spec. *sub* §§ 769 e 774, in Th. SOERGEL-W. SIEBERT, *Bürgerliches Gesetzbuch, Kohlhammer-Kommentar*, Bd. 5/1¹², cit.

base della regola negoziale desumibile o dall'accordo fra più fideiussori o dal contratto stipulato da ciascun fideiussore con il creditore⁴³⁴.

Il diritto di regresso fra i garanti potrebbe dunque anzitutto fondarsi su un rapporto contrattuale fra i fideiussori stessi, il cui sorgere peraltro non richiederebbe un'espressa assunzione dell'obbligo di corrispondere in via di regresso al fideiussore *solvens* la propria quota di pertinenza da parte di ciascuno dei garanti; al contrario sarebbe sufficiente un accordo fra i fideiussori avente ad oggetto in via reciproca l'assunzione delle garanzie⁴³⁵. Su tale rapporto interno non potrebbero incidere accordi conclusi da alcuni soltanto dei garanti con il creditore, e ciò sia in relazione al contenuto del regolamento pattizio delle garanzie assunte – onde non incide direttamente sul contenuto dei rapporti interni il regime di responsabilità cui è soggetto ogni garante nei rapporti esterni verso il creditore (si pensi al caso in cui il beneficio di preventiva escussione non spetti uniformemente a tutti i fideiussori, ma solo ad alcuni) –, sia a eventuali convenzioni successive, come ad esempio la liberazione di un fideiussore ad opera del creditore⁴³⁶. Più in generale, la responsabilità nei rapporti interni è indipendente dall'assetto della responsabilità nei rapporti esterni, cosicché un obbligato in base al contratto con altri garanti rimane responsabile nei confronti di questi anche qualora il suo vincolo fideiussorio verso il creditore non sia venuto in essere o sia di entità più ridotta rispetto all'impegno assunto verso i consorti.

In assenza di un tale vincolo contrattuale fra i fideiussori, un eventuale regresso (inteso in senso ampio come possibilità di rivalsa del *solvens* verso gli altri garanti) può trovare fondamento esclusivamente nel contratto di garanzia fra ciascun singolo fideiussore e il creditore⁴³⁷. Non è configurabile in questo caso un rapporto di fonte legale⁴³⁸. Ne deriva che la rivalsa è resa possibile esclusivamente dallo strumento della *cessio legis* in favore dell'adempiente, mentre non è ipotizzabile un diritto di regresso in senso stretto. La possibilità di avvalersi della *cessio legis* è determinata dal contratto di garanzia e non dalla legge, onde dipenderà dal contratto di fideiussione stipulato tra il creditore e il garante se quest'ultimo subentri o no nella titolarità del credito garantito. Inoltre, la legittimazione a esercitare i diritti del creditore per ottenere il rimborso *pro parte* sarà possibile soltanto contro i fideiussori il cui contratto consenta il trasferimento della garanzia in capo a un altro garante che abbia adempiuto il debito⁴³⁹.

Il subingresso nei diritti del creditore richiede che dal contratto di garanzia possa desumersi la volontà di costituirsi responsabile solo in via limitata; a tal fine sarebbe sufficiente che il garante confidi nella presenza di altri garanti o tenga in considerazione

⁴³⁴ H.P. PECHER, *sub* § 769, in Th. SOERGEL-W. SIEBERT, *Bürgerliches Gesetzbuch, Kohlhammer-Kommentar*, Bd. 5/1¹², cit., RdNr. 1, p. 667; RdNr. 3, p. 671; RdNr. 4, p. 674; *sub* § 774, RdNr. 25-27, pp. 749 s.

⁴³⁵ H.P. PECHER, *sub* § 769, in Th. SOERGEL-W. SIEBERT, *Bürgerliches Gesetzbuch, Kohlhammer-Kommentar*, Bd. 5/1¹², cit., *sub* § 769, RdNr. 5, p. 674 s.; RdNr. 8, p. 677; *sub* § 774, RdNr. 26, pp. 749 s.

⁴³⁶ H.P. PECHER, *sub* § 769, in Th. SOERGEL-W. SIEBERT, *Bürgerliches Gesetzbuch, Kohlhammer-Kommentar*, Bd. 5/1¹², cit., RdNr. 8, pp. 677 s.

⁴³⁷ H.P. PECHER, *sub* § 769, in Th. SOERGEL-W. SIEBERT, *Bürgerliches Gesetzbuch, Kohlhammer-Kommentar*, Bd. 5/1¹², cit., RdNr. 8, p. 679.

⁴³⁸ Cfr. H.P. PECHER, *sub* § 774, in Th. SOERGEL-W. SIEBERT, *Bürgerliches Gesetzbuch, Kohlhammer-Kommentar*, Bd. 5/1¹², cit., RdNr. 25, p. 749: «Lediglich aus begriffsjuristischer Konstruktion jenseits jedes konkreten Tatbestandsverständnisses ist die Vorstellung erwachsen, aus voneinander unabhängigen Vertragspflichten entstehe ein vom Vertragswille der Beteiligten losgelöstes „gesetzliches“ Ausgleichsverhältnis, das allenfalls hinter eine anderweitige vertragliche Regelung zurücktrete».

⁴³⁹ H.P. PECHER, *sub* § 769, in Th. SOERGEL-W. SIEBERT, *Bürgerliches Gesetzbuch, Kohlhammer-Kommentar*, Bd. 5/1¹², cit., RdNr. 3, pp. 672 s.; RdNr. 10, p. 681; RdNr. 16, p. 688.

una simile circostanza. La volontà di porre un limite alla propria responsabilità farebbe parte del contenuto tipico del contratto di garanzia quando l'assunzione delle fideiussioni avvenga congiuntamente, ai sensi del § 427. Negli altri casi sarebbe invece onere del fideiussore fornire dimostrazione di tale «riserva»; senonché, in ragione delle difficoltà di assolvere a tale onere probatorio, il § 769, unitamente alle regole poste dal § 774 Abs. 2 e al § 426 Abs. 1 Satz 1, pone una «presunzione» (precisandosi che si tratta di un vantaggio che opera sul piano probatorio, un «*Beweislastungsumkehr*») nel senso che il contenuto del contratto preveda un regresso fra garanti di pari grado⁴⁴⁰. Il convenuto in rivalsa potrà opporre le eccezioni che avrebbe potuto sollevare nei confronti dell'originario creditore, potendo così difendersi invocando il beneficio di preventiva escussione ovvero affermando di non essere tenuto nei confronti del fideiussore surrogato poiché, essendo stato liberato dal creditore originario, il fideiussore *solvens* non avrebbe acquistato alcun diritto nei suoi confronti, potendo semmai avvalersi della tutela verso il creditore offerta dal § 776 BGB⁴⁴¹.

Comune alle due tesi appena esposte è la soluzione per cui nel caso di fideiussioni indipendenti, e cioè in assenza di un accordo fra i garanti, la rivalsa contro un fideiussore sarebbe possibile solo entro i limiti in cui questi è tenuto nei confronti del creditore e si realizzerebbe attraverso la cessione legale in favore del *solvens* delle pretese fideiussorie verso gli altri garanti⁴⁴².

La rivalsa concepita come subingresso nei diritti verso gli altri fideiussori è la via che, nel caso delle fideiussioni indipendenti, risulta più rispettosa dell'autonomia privata⁴⁴³; anche nei rapporti interni non si superano i limiti dell'impegno di ciascun fideiussore verso il creditore, impegno che, in mancanza di un accordo nei rapporti interni, è l'unico fondamento della responsabilità di ogni garante. Per effetto della surrogazione, il fideiussore convenuto in rivalsa non perde le eccezioni che avrebbe potuto opporre al creditore, onde non risulta danneggiato dal mutamento soggettivo nella titolarità del credito garantito, e poiché dunque la possibilità di essere esposto a un'azione di rivalsa non ne peggiora la posizione, l'intervento, in via indipendente, di ulteriori garanti a cautela dello stesso debito non comporta per il fideiussore il pericolo di un pregiudizio⁴⁴⁴.

Ciò che, tuttavia, a dispetto della sua coerenza con l'autonomia privata, non consente di aderire a tali ricostruzioni è la loro incompatibilità con il dato legislativo. Infatti dalle disposizioni del codice tedesco non è desumibile l'idea di una rivalsa tra fideiussori basata esclusivamente su una cessione legale⁴⁴⁵. Anzitutto non è sostenibile

⁴⁴⁰ H.P. PECHER, *sub* § 769, in Th. SOERGEL-W. SIEBERT, *Bürgerliches Gesetzbuch, Kohlhammer-Kommentar*, Bd. 5/1¹², cit., RdNr. 17, p. 688.

⁴⁴¹ Cfr. H.P. PECHER, *sub* § 774, in Th. SOERGEL-W. SIEBERT, *Bürgerliches Gesetzbuch, Kohlhammer-Kommentar*, Bd. 5/1¹², cit., RdNr. 29, p. 751:

⁴⁴² La convergenza delle due ricostruzioni è evidenziata da S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1229.

⁴⁴³ Assai chiaramente S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1229: «Tatsächlich entspricht der reine Zessionsregress den Besonderheiten der Nebenbürgenhaftung und den Grundsätzen der Privatautonomie in idealer Weise».

⁴⁴⁴ Per questi rilievi, v. S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1229; rispetto alle ipotesi di solidarietà debitoria derivante da contratto e da fatto illecito, nota l'a. che «Der leistende Nebenbürge [...] benötigt einen privilegierten doppelspurigen Regress nicht im selben Maße wie ein Vertragsgesamtschuldner, der auf die Mithaftung seiner Mitschuldner rechnet, oder ein Schadensersatzgesamtschuldner, der unfreiwillig haftet. Weil das Gesamtschuldverhältnis unter Nebenbürgen allein durch die Konkurrenz mehrerer rechtsgeschäftlich übernommener Verbindlichkeiten entsteht, findet auch der Regress mittels der rechtsgeschäftlich begründeten Forderung statt».

⁴⁴⁵ S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1229.

che il § 769, nell'assoggettare i confideiussori al regime della solidarietà debitoria, riguardi soltanto i rapporti esterni dei garanti con il creditore, giacché tanto il tenore testuale della norma quanto l'intenzione del legislatore storico depongono nel senso di un rinvio all'intera disciplina dei debiti solidali, ivi comprese le regole di cui al § 426, secondo il quale fra condebitori (in questo caso, congaranti) vi è anzitutto un diritto di regresso, a garanzia e rafforzamento del quale interviene ulteriormente la cessione legale dei diritti del creditore⁴⁴⁶. Né appare corretta l'idea per cui il legislatore tedesco, nel considerare il problema dell'applicabilità del § 426 in caso di pluralità di fideiussioni, avrebbe avuto in mente esclusivamente l'ipotesi, asseritamente qualificata come "tradizionale", della confideiussione congiunta⁴⁴⁷; infatti, erano noti nel diritto comune sia il beneficio di divisione sia la cessione del diritto del creditore garantito fra fideiussori indipendenti⁴⁴⁸, e il legislatore del BGB ha operato consapevolmente la scelta di equiparare anche per quanto riguarda il regresso le ipotesi di confideiussione (congiunta) e pluralità di fideiussioni indipendenti, distanziandosi dall'esempio di altre codificazioni che invece avevano escluso il regresso nel secondo caso⁴⁴⁹.

In realtà anche in caso concorrenza di più obbligazioni fondate su distinti contratti la previsione di un regresso legale non appare una soluzione da escludere in via di principio; essa è infatti praticabile purché sia articolata in maniera conforme ai «principi dell'autonomia privata»⁴⁵⁰.

⁴⁴⁶ S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1229.

⁴⁴⁷ Si veda quanto affermato da H.P. PECHER, *sub* § 774, in Th. SOERGEL-W. SIEBERT, *Bürgerliches Gesetzbuch, Kohlhammer-Kommentar*, Bd. 5/1¹², cit., RdNr. 2 e 3, p. 667 ss., secondo cui in base alla concezione tradizionale, un regresso tra fideiussori poteva avere luogo solo in forza di un rapporto particolare sussistente fra essi, il che si verificava sostanzialmente nell'ipotesi di fideiussioni assunte congiuntamente. Nel diritto comune, fra fideiussori congiunti sussisteva il *beneficium divisionis*, secondo una regola poi superata già da alcune fra le vecchie codificazioni. La responsabilità integrale verso l'esterno, però, portava con sé la necessità di introdurre uno strumento diretto a ripartire il debito nei rapporti interni. Tuttavia il pensiero giuridico del tempo sarebbe rimasto ancorato all'impostazione per cui un sarebbe sempre necessario un accordo tra i fideiussori per fondare un regresso nei reciproci rapporti, finendo in buona sostanza per ritenere sussistente il regresso solo nel «caso semplice» («einfache[r] Fall»: l'espressione è di H.P. PECHER, *ivi*, RdNr. 2, p. 669) di assunzione congiunta delle fideiussioni. Anche il legislatore del BGB avrebbe preso le mosse da tale contesto, e l'intento di predisporre uno strumento unitario di regresso per tutte le ipotesi di debito solidale riuscirebbe comprensibile solo se considerato esclusivamente nella prospettiva di «einfache, einander äußerlich ähnliche Tatbestandsbilder»; si sostiene che «[...] erschöpfte sich die Regelungsperspektive des Gesetzgebers zum einen in der Vorstellung einer Mehrzahl durch „gemeinsame Begehung“ zusammengehöriger Beteiligter eines Delikts und zum anderen in dem traditionellen Fall der Mitbürgschaft, bei dem die mehreren für dasselbe Interesse eintretenden Sicherungsschuldner erst durch ihre gemeinschaftliche und somit auch schon untereinander verabredete oder doch aufeinander bezogene Verbürgung gegenüber dem Gläubiger rechtsgeschäftlich in Erscheinung treten» (citazioni *ivi*, RdNr. 3, p. 670); cfr. altresì H.P. PECHER, *sub* § 774, in Th. SOERGEL-W. SIEBERT, *Bürgerliches Gesetzbuch, Kohlhammer-Kommentar*, Bd. 5/1¹², cit., RdNr. 24, p. 748, ove si afferma, con riguardo al plesso normativo in base al quale più fideiussori per il medesimo debito sono debitori in solido ed essi sono tenuti nei rapporti interni in parti uguali, salvo che non sia stabilito diversamente, che «Der zum Gesetz erhobenen Regelung liegt lediglich ein hergebrachtes Tatbestandsbild zugrunde, in dem mehrere Sicherungsgeber sich untereinander bereiftinden, für einen Hauptschuldner als Bürgen einzustehen und mit dieser Übereinstimmung dem Gläubiger als Vertragspartner des Sicherungsverhältnisses gegenüberzutreten».

⁴⁴⁸ S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1230: «Der Nebenbürgenregress mittels erzwingbarer Zession sowie die Teilungseinrede unter Nebenbürgen waren im Gemeinen Recht bekannt»

⁴⁴⁹ Cfr. S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1230.

⁴⁵⁰ Cfr. S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1230.

Con tali principi si pone in contrasto l'opinione maggioritaria che riconosce fra i congaranti una *Schuldgemeinschaft* produttiva in ogni caso di un regresso di fonte legale, autonomo rispetto al debito solidale verso il creditore. La contrarietà è evidente nei casi di obbligazione risarcitoria qualora l'obbligazione di entrambi o almeno uno dei debitori in solido si fondi su un contratto. Se debitore *ex contractu* è il convenuto in regresso, l'attore invoca, nel far valere la pretesa in rivalsa, un contratto a cui è estraneo, perché concluso tra il creditore e l'altro debitore in solido. Non appare corretto, in questo caso, ritenere che la pretesa in regresso si atteggi in maniera del tutto autonoma rispetto ai caratteri dell'obbligazione contrattuale del convenuto. Quest'ultimo infatti è astretto al debito solidale solo in forza del contratto che lo lega al creditore. Per converso, quando sia l'attore in rivalsa a essere obbligato contrattualmente verso il creditore, ammettere un diritto di regresso del tutto indipendente e potenzialmente più oneroso rispetto all'obbligazione gravante sul convenuto nei rapporti esterni significherebbe che per la sola esistenza di un contratto stipulato fra terzi il convenuto stesso viene a risentire un pregiudizio. Una simile conclusione, però, non è conciliabile con i principi che regolano l'autonomia privata e, in particolare, con il divieto di contratti in danno di terzi⁴⁵¹.

Si è quindi prospettata una diversa ricostruzione, in base alla quale si può pervenire a una rivalsa tra fideiussori indipendenti senza escludere l'applicabilità alla fattispecie del § 426 Abs. 1 BGB.

Tale norma, secondo questa tesi, non implicherebbe necessariamente la conclusione per cui fra i fideiussori debba sussistere una «*Schuldgemeinschaft*» con i caratteri che le attribuisce l'orientamento dominante fra gli interpreti; piuttosto, «lascia aperta la forma del regresso» («[...] *läßt die Ausgestaltung des Regresses offen*»)⁴⁵². È così possibile ritenere che una rivalsa tra fideiussori indipendenti, pur basata sul § 426 Abs. 1, trovi il proprio fondamento nell'arricchimento di cui, per effetto dell'adempimento da parte di uno dei fideiussori, beneficia un altro garante dello stesso debito, il cui debito fideiussorio verso il creditore si estingue in misura corrispondente all'avvenuto pagamento. La rivalsa spettante al fideiussore adempiente assumerebbe pertanto la forma di una *Rückgriffskondition* nei confronti di un eventuale altro fideiussore, contro la quale, diversamente rispetto a un diritto di regresso concepito come autonomo rispetto al credito adempiuto, restano opponibili tutte le eccezioni che il convenuto avrebbe potuto far valere contro il creditore. Tale *Rückgriffskondition* sarebbe poi garantita tramite la cessione legale del diritto del creditore soddisfatto, ai sensi del § 426 Abs. 2.

Vero è che l'ipotesi in esame mostra alcune deviazioni rispetto ai principi che governano la materia dell'arricchimento ingiustificato. Di regola infatti non è concessa una pretesa in arricchimento in favore di chi ha effettuato una prestazione in favore di un soggetto e, così facendo, ha procurato anche un vantaggio a un terzo⁴⁵³. È ciò che accade fra fideiussori indipendenti: il *solvens* paga al creditore quanto dovuto e in tal modo procura anche un vantaggio agli altri fideiussori nella forma della loro liberazione dai rispettivi vincoli di garanzia.

Da questo però non si può dedurre che il regresso fra fideiussori indipendenti sia «contrario al sistema» («*systemwidrig*»)⁴⁵⁴. Esso trova la sua giustificazione

⁴⁵¹ S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1184.

⁴⁵² Cfr. S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1230.

⁴⁵³ S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1184.

⁴⁵⁴ S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1184.

nell'esigenza di evitare i rischi dell'«arbitrio del creditore» («*Gläubigerwillkür*»)⁴⁵⁵; in mancanza di un regresso, infatti, il creditore sarebbe padrone di porre definitivamente a carico di uno dei garanti l'intero peso del debito.

In sostanza, una rivalsa così concepita non si distingue in definitiva dal un puro subingresso nelle ragioni del creditore, restando infatti opponibili tutte le eccezioni che afferivano al diritto dell'originario creditore; tuttavia questo rilievo non toglie valore alla conclusione così raggiunta.

Infatti concepire la rivalsa tra *Nebenbürgen* ai sensi del § 426 Abs. 1 come una *Rückgriffskondiktion* consente di preservare a tale disposizione la funzione di «norma fondamentale» («*Grundnorm*»), in base alla quale si deduce la divisione nei rapporti interni del peso debito e la legittimazione alla rivalsa in favore del consorte che esegue il pagamento al creditore. Né il legislatore sembra aver necessariamente disposto che il rimedio riconosciuto dal § 426 Abs. 1 attribuisca sempre al *solvens* vantaggi ulteriori rispetto alla pura *cessio legis* prevista dal successivo Abs. 2 dello stesso § 426 Abs. 2.

Confrontando l'ipotesi di «confideiussione congiunta» con quella di più fideiussioni indipendenti, emerge la diversa funzione svolta dal § 426 Abs. 1. Tra fideiussori congiunti la regola in esame pone la «presunzione di fatto» («*tatsächliche Vermutung*») della sussistenza di una «pretesa di regresso di fonte contrattuale» («*vertragliche[r] Ausgleichsanspruch*»), indipendente rispetto alla responsabilità nei rapporti esterni con il creditore; viceversa, tra fideiussori indipendenti la rivalsa si sostanzia in una *Rückgriffskondiktion*. In entrambi i casi la pretesa in rivalsa, sia essa un diritto di regresso autonomo rispetto al diritto spettante al creditore o una *Rückgriffskondiktion*, è garantita mediante lo strumento della *cessio legis* prevista dal § 426, Abs. 2, e così dal trapasso del diritto spettante all'originario creditore, che resta peraltro assoggettato al suo proprio regime⁴⁵⁶.

Possibili appaiono anche alcune aperture a favore della possibile concessione, mediante la rivalsa ai sensi del § 426 Abs. 1, di vantaggi ulteriori rispetto a quelli legati a un mero trasferimento del diritto del creditore soddisfatto. Si può infatti pensare a un diritto di rivalsa che, pur subordinato al fatto che il pagamento da parte di un fideiussore abbia liberato un altro garante da un debito fideiussorio non ancora prescritto, sia soggetto a un termine di prescrizione distinto rispetto a quello del diritto del creditore⁴⁵⁷, nonché a un diritto di rivalsa che sussiste pur in mancanza di un subingresso nel diritto del creditore a causa di un divieto di cessione («*Abtretungsverbot*»)⁴⁵⁸.

Una maggiore autonomia della rivalsa tra fideiussori indipendenti rispetto al credito garantito può inoltre essere conseguita con riguardo alle conseguenze derivanti da circostanze sopravvenute rispetto all'assunzione dell'impegno fideiussorio⁴⁵⁹. È bensì vero che il fideiussore che si sia obbligato soltanto nei confronti del creditore dovrà tendenzialmente essere tenuto anche in sede di rivalsa entro i limiti dell'impegno di garanzia assunto nei rapporti esterni, onde dovrà poter invocare anche contro la pretesa

⁴⁵⁵ S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1184.

⁴⁵⁶ Cfr. S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., pp. 1230 s.

⁴⁵⁷ In questo senso depone la considerazione per cui «[...] dem leistenden Bürgen gegenüber dem Hauptschuldner praktisch stets ein eigenständig verjährender Regress gewährt wird, indem man einen Anspruch aus §§ 683, 670 annimmt, während diese Regressgrundlage für den Nebenbürgen zumindest dann versperrt ist, wenn er die Verbindlichkeiten der übrigen Bürgen nicht kannte» (S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1231).

⁴⁵⁸ S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1231.

⁴⁵⁹ Le considerazioni che seguono sono di S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., pp. 1231 s.

di rivalsa le eccezioni che gli sarebbero spettate verso l'originario creditore; d'altra parte, in generale, un debitore è di regola esposto all'eventualità che il proprio creditore ceda il diritto, onde egli non può fare affidamento sul fatto che, una volta assunta l'obbligazione, successivi accadimenti relativi ai propri rapporti con il creditore originario, come ad esempio la stipulazione di un contratto con il primo creditore o il verificarsi di circostanze che gli consentano di opporre in compensazione a quest'ultimo dei controcrediti, necessariamente incidano sul suo vincolo. L'ordinamento tutela in questi casi soltanto la buona fede del debitore, disponendo che solo qualora non abbia conoscenza della cessione, circostanze relative ai suoi rapporti con il cedente, come la compensazione o la stipulazione di negozi giuridici, possono avere effetto nei confronti del cessionario⁴⁶⁰. Questa soluzione può essere trasportata al caso della pluralità di fideiussori considerando come momento rilevante non più quello della cessione del diritto bensì quello del sorgere della solidarietà debitoria. Ragionando in quest'ottica si potrà concludere, ad esempio, che la remissione pattuita tra il creditore e uno dei fideiussori, che nell'eventualità di pagamento da parte di un altro garante sarebbe tenuto in sede di regresso, non libererà quest'ultimo dai suoi obblighi nei rapporti interni verso gli altri consorti nel caso in cui egli sia al corrente della sussistenza, a fianco a sé, di altri tenuti in solido per lo stesso debito.

10. (segue) Il fondamento del regresso tra fideiussori

Stabilendo, mediante la disposizione corrispondente all'attuale § 769, che i confideiussori sono condebitori in solido, la prima commissione era consapevole che ciò avrebbe determinato anche l'applicazione del § 337 del primo progetto⁴⁶¹, secondo cui «(1) Soweit nicht aus Gesetz oder Rechtsgeschäft ein Anderes sich ergibt, gelten im Verhältnis zu einander die Gesamtgläubiger als zu gleichen Antheilen berechtigt, die Gesamtschuldner als zu gleichen Antheilen verpflichtet. (2) Ein Gesamtschuldner, welcher mehr als seinen Antheil geleistet hat, kann insoweit, als er Ersatz von den übrigen Gesamtschuldner zu verlangen berechtigt ist, auch die Rechte

⁴⁶⁰ Cfr. § 406 Aufrechnung gegenüber dem neuen Gläubiger: Der Schuldner kann eine ihm gegen den bisherigen Gläubiger zustehende Forderung auch dem neuen Gläubiger gegenüber aufrechnen, es sei denn, dass er bei dem Erwerb der Forderung von der Abtretung Kenntnis hatte oder dass die Forderung erst nach der Erlangung der Kenntnis und später als die abgetretene Forderung fällig geworden ist. § 407 Rechtshandlungen gegenüber dem bisherigen Gläubiger: (1) Der neue Gläubiger muss eine Leistung, die der Schuldner nach der Abtretung an den bisherigen Gläubiger bewirkt, sowie jedes Rechtsgeschäft, das nach der Abtretung zwischen dem Schuldner und dem bisherigen Gläubiger in Ansehung der Forderung vorgenommen wird, gegen sich gelten lassen, es sei denn, dass der Schuldner die Abtretung bei der Leistung oder der Vornahme des Rechtsgeschäfts kennt.

(2) Ist in einem nach der Abtretung zwischen dem Schuldner und dem bisherigen Gläubiger anhängig gewordenen Rechtsstreit ein rechtskräftiges Urteil über die Forderung ergangen, so muss der neue Gläubiger das Urteil gegen sich gelten lassen, es sei denn, dass der Schuldner die Abtretung bei dem Eintritt der Rechtshängigkeit gekannt hat.

⁴⁶¹ Per il testo della disposizione, cfr. W. SCHUBERT, (herausgegeben von), *Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Anlagen: Entwürfe eines Gesetzbuchs (Kommissions-Entwurf von 1885-1887 und Erster BGB-Entwurf von 1887). Entwurf eines Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch von 1888*, cit., p. 750.

des Gläubigers geltend machen. Zum Nachteile des Gläubigers kann die Uebertragung nicht geltend gemacht werden. (3) [...]»⁴⁶².

Deve ritenersi che secondo la prima commissione tra i fideiussori indipendenti, qualificati come condebitori in solido, vi fosse un diritto di regresso. Per effetto quindi del combinato disposto delle norme corrispondenti agli attuali § 769 e 427 I, «non doveva semplicemente essere resa esplicita una presunzione di fatto dell'esistenza di un rapporto interno produttivo di un regresso tra confideiussori congiunti, ma piuttosto essere disposto un diritto di regresso di fonte legale anche fra fideiussori indipendenti»⁴⁶³.

Nell'esame del problema della *cessio legis* in favore del fideiussore che adempie il debito garantito al creditore, che trova attualmente la sua disciplina nel § 774 BGB, la prima commissione prende le mosse dall'art. 940 del *Dresdener Entwurf*, che prevedeva appunto il trasferimento in capo al garante dei diritti del creditore soddisfatto⁴⁶⁴. Viene accolta l'istanza di precisare che, nei rapporti fra confideiussori, il trasferimento del credito al fideiussore ha luogo soltanto *pro parte*, vale a dire secondo la misura del diritto di regresso spettante al fideiussore *solvens* verso i congaranti⁴⁶⁵.

⁴⁶² Così S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1138. Questa consapevolezza emerge infatti da quanto può leggersi in H.H. JAKOBS u. W. SCHUBERT [herausgegeben von], *Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Recht der Schuldverhältnisse*, III, cit., sub § 769, p. 479.

⁴⁶³ S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1139; per l'analisi che segue, cfr. *op. cit.*, pp. 1139 ss.

⁴⁶⁴ Art. 940 *Dresdener Entwurf*: «Hat der Bürge in seiner Eigenschaft als solcher den Gläubiger befriedigt, so gehen auf ihn alle Rechte über, welche dem Gläubiger in Ansehung der verbürgten Schuld zustehen, ohne Unterschied, ob er die Bürgschaft im Einverständnisse mit dem Hauptschuldner oder ohne dessen Einwilligung und sogar gegen dessen Verbot übernommen hat» (cfr. *Dresdener Entwurf eines allgemeinen Deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse von 1866*, cit., p. 192).

⁴⁶⁵ In tal senso sono le proposte di PLANCK e WINDSCHEID. Il primo propone di sostituire l'art. 940 *Dresdener Entwurf* con una diversa disposizione, che stabilisce, per la parte che qui interessa: «Auf den Bürgen geht, soweit er eine Verbindlichkeit gegen den Gläubiger erfüllt hat und hierbei nicht etwas Anderes vereinbart ist, die verbürgte Forderung über, die Forderung gegen die Mitbürgen jedoch nur nach Maßgabe des § 27 Absatz 2 und 3 der Zusammenstellung des Obligationenrechts» (il § 27 della *Zusammenstellung des Obligationenrechts* dispone: «Soweit nicht aus Gesetz oder Rechtsgeschäft ein Anderes ergibt, gelten im Verhältnis zu einander die Gesammtgläubiger als zu gleichen Antheilen berechtigt, die Gesamtschuldner als zu gleichen Antheilen verpflichtet).

Insoweit als ein Gesamtschuldner, welcher mehr als seinen Antheil geleistet hat, Ersatz von den übrigen Gesamtschuldnern zu verlangen berechtigt ist, kann derselbe auch die Rechte des Gläubigers geltend machen.

Ist ein Gesamtschuldner zahlungsunfähig geworden, so ist der Ausfall von den übrigen zur Ausgleichung verpflichteten Gesamtschuldnern nach Maßgabe dieser Verpflichtung zu tragen»: cfr. H.H. JAKOBS, W. SCHUBERT, *Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Recht der Schuldverhältnisse I*, §§ 241 bis 432, Berlin-New York, 1978, p. 948).

La proposta di WINDSCHEID è invece di questo tenore: «Hat der Bürge den Gläubiger befriedigt, so geht auf hin, soweit er berechtigt ist, Ersatz des Geleisteten vom Hauptschuldner zu verlangen, die Forderung des Gläubigers über, die Forderung gegen den Mitbürger jedoch nur zu dessen Antheil». La commissione approva tale limitazione, e decide per la prima formulazione, ritenuta più chiara (cfr. H.H. JAKOBS, W. SCHUBERT, *Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Recht der Schuldverhältnisse III*, §§ 652 bis 853, cit., pp. 496 s.). La discussione nella prima commissione ha come esito, nel primo progetto, il § 676: «(1) Soweit der Bürge den Gläubiger befriedigt hat, wird auf ihn dessen Forderung gegen den Hauptschuldner kraft des Gesetzes übertragen; die mit der Forderung verbundenen, in der Haftung von Mitbürgen bestehenden Nebenrechte gehen jedoch nur nach Maßgabe des § 337 Abs. 2, 3 auf den Bürgen über. Zum Nachteile des Gläubigers kann die Uebertragung nicht geltend gemacht werden. (2) Dem Hauptschuldner bleiben die Einwendungen aus dem zwischen ihm und dem Bürgen bestehenden besonderen

La scelta di rinviare, nel § 676 del primo progetto, esclusivamente agli Abs. 2 e 3 del § 337 («die mit der Forderung verbundenen, in der Haftung von Mitbürgen bestehenden Nebenrechte gehen jedoch nur nach Maßgabe des § 337 Abs. 2, 3 auf den Bürgen über»), con esclusione del 1 Abs., risulta pienamente coerente se si pone mente al fatto che con tale indicazione si intendeva introdurre una limitazione della cessione legale e non apprestare il fondamento di un diritto di regresso⁴⁶⁶. Infatti nella prospettiva della commissione la qualificazione dei confideiussori come condebitori in solido già di per sé comportava l'operatività del regresso, senza che fosse necessario richiamare il 1 Abs. del § 337 anche nel § 676, dove oltretutto tale riferimento non sarebbe stato pertinente⁴⁶⁷.

Nel contesto dei lavori della seconda commissione viene proposto di modificare il § 676 prevedendo un rinvio all'intero § 337⁴⁶⁸. La commissione attribuisce però a tale modifica un rilievo puramente redazionale, poiché l'applicabilità del 1. Abs. della disposizione sarebbe già implicita nel disposto di cui al § 673 (corrispondente all'attuale § 769)⁴⁶⁹. Nelle formulazioni successive della disposizione il rinvio è quindi riferito all'intera norma corrispondente all'attuale § 426 BGB⁴⁷⁰.

Secondo il legislatore del BGB, quindi, il fondamento del regresso tra i confideiussori andrebbe rinvenuto nel § 426 Abs. 1, da ritenersi applicabile in quanto il § 769 qualifica i garanti come condebitori in solido, mentre il disposto del § 774 Abs. 2 («*Mitbürgen haften einander nur nach § 426*») avrebbe lo scopo di disciplinare il meccanismo surrogatorio nel rapporto fra i confideiussori, limitando il subingresso nel credito adempiuto e nelle relative garanzie secondo le quote di pertinenza di ciascun obbligato.

Questa è anche l'opinione di una parte degli interpreti⁴⁷¹. Tuttavia, assai diffusa in dottrina⁴⁷² e in giurisprudenza⁴⁷³, è la differente idea in base alla quale l'applicabilità del § 426 tra i confideiussori sarebbe resa possibile proprio dal § 774, Abs. 2 BGB.

Rechtsverhältnisse, dem Bürge die Ansprüche aus einem solchen besonderen Rechtsverhältnisse vorbehalten» (cfr. H.H. JAKOBS, W. SCHUBERT, *Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Recht der Schuldverhältnisse III*, §§ 652 bis 853, cit., p. 502; per il testo della disposizione, v. anche W. SCHUBERT [herausgegeben von], *Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Anlagen: Entwürfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs (Kommissions-Entwurf von 1885-1887 und Erster BGB-Entwurf von 1887). Entwurf eines Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch von 1888*, cit., p. 840).

⁴⁶⁶ «Der Ersten Kommission ging es hier nicht um die Schaffung einer Regressgrundlage, sondern lediglich um eine Einschränkung des Forderungsübergang nach § 774»: S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1140.

⁴⁶⁷ Cfr. S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1140.

⁴⁶⁸ Il rinvio viene previsto al § 322, paragrafo corrispondente al § 337 del primo progetto, del BGB-Entwurf in der Paragraphenzählung des E I nach der „Zusammenstellung der Beschlüsse der Redaktions-Kommission“ der 2. Kommission.

⁴⁶⁹ La seconda commissione ritiene che «Von lediglich redaktioneller Bedeutung war es [...], daß der Antrag den § 337 ganz, der Entw. Dagegen nur den § 337 Abs. 2, 3 für anwendbar erklärt, da sich die Anwendbarkeit des § 337 Abs. 1 auch im Entw. aus § 673 von selbst ergibt»: cfr. H.H. JAKOBS, W. SCHUBERT, *Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Recht der Schuldverhältnisse III*, §§ 652 bis 853, cit., p. 503.

⁴⁷⁰ Cfr. H.H. JAKOBS, W. SCHUBERT, *Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Recht der Schuldverhältnisse III*, §§ 652 bis 853, cit., pp. 503 s.

⁴⁷¹ Cfr. E. BRAUN-MELCHIOR, *Gesetzlicher Rechtsübergang und Ausgleich bei mehrfacher Drittsicherung*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 132, 1930, p. 188 s.; STERNBERG, *Die Verteilung der Haftungslast bei mehrfacher Sicherung einer Forderung*, in *Beiträge zur Erläuterung des*

deutschen Rechts, Jg. 52, 1908, p. 546; L. BENDIX, *Zur Lehre von dem gesetzlichen Übergange der Rechte (cessio legis) im Falle des Vorhandenseins mehrerer Sicherungen*, in *Archiv für bürgerliches Recht*, Bd. 25, 1905, pp. 86 ss., con riferimento ai lavori preparatori; P. FINGER, *Die Konkurrenz der Rückgriffsansprüche von Pfandschuldner und Bürge*, in *Betriebs-Berater*, 1974, p. 1416 («§§ 774 Abs. 2, 426 Abs. 2 Satz 1 schränken [...] – für den Fall der Mitbürgschaft – die §§ 774 Abs. 1 Satz 1, 412, 401 ein»); D. REINICKE e K. TIEDTKE, *Kreditsicherung*, cit., RdNr. 408, p. 127; H. WEBER, *Kreditsicherungsrecht*⁸, cit., p. 109, nonché ID., *Sonderformen der Bürgschaft und verwandte Sicherungsgeschäfte*, in *Juristische Schulung*, 1972, p. 10; H.-J. BECKER, *Ausgleich zwischen mehreren Sicherungsgebern nach Befriedigung des Gläubigers*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1971, p. 2152, nonché p. 2153; K. TIEDTKE, *Gesamtschuld Klausel und Sicherungsklausel im Bürgschaftsrecht*, in *Juristenzeitung*, 1987, p. 491; H. MEYER, *Grundfälle zum Sicherungsgeberausgleich*, in *Juristische Schulung*, 1993, p. 560; J. MORMANN, *sub § 774*, in *BGB-RGRK*, 12. Aufl., Bd. II, 4. Teil, Berlin-New York, 1978, RdNr. 7, p. 209.

⁴⁷² H. KREMER, *Die Mitbürgschaft*, cit., pp. 172 s. («[...] hat das Gesetz die Beziehungen der Mitbürgen zum Gläubiger im § 769 als Gesamtschuldverhältnis gestaltet. Die angezogene Bestimmung hatte dabei natürlich nur die Art der Haftung nach aussen, die einzige, dem Gesamtschuldverhältnis (und der Mitbürgschaft) wesentliche Seite im Auge. Der Umstand, dass nach § 769 die Mitbürgen als eigentliche Gesamtschuldner behandelt werden sollen, hatte demnach an sich noch nicht zur Folge, dass auch im internen Ausgleichsverhältnis unter den Mitbürgen die Gesamtschuldgrundsätze eintraten. Gerade deshalb war für die zuletzt berührte Seite noch die besondere Bestimmung des § 774 Abs. 2 B.G.B. notwendig. Dieselbe nimmt für das interne Verhältnis der Mitbürgen auf eine diesbetreffende Bestimmung über die Gesamtschuld, § 426, Bezug»); K. KANKA, *Die Mitbürgschaft*, cit., p. 138, nt. 13 («Nur vom Verhältnis der Mbn zum Gläubiger spricht [...] der § 769, nicht auch von dem Verhältnis der Mbn zueinander. Das ergibt sich schon aus der Stellung dieses Paragraphen innerhalb der §§ 767-773, die samt und sonders von dem Verhältnis des Gläubigers zum Bürgen handeln»); Rudolf SCHMIDT, *Unechte Solidarität*, cit., p. 50, nt. 3, p. 69, testo e nt. 1; U. SCHWEDHELM, *Das Gesamtschuldverhältnis*, cit., RdNr. 242 s., pp. 204 s.; in questo senso sembrerebbe anche N. HORN, *Haftung und interner Ausgleich bei Mitbürgen und Nebenbürgen*, in *Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1997, p. 267 («Mitbürgen haften dem Gläubiger gemäß § 769 als Gesamtschuldner. Hat einer von mehreren Mitbürgen den Gläubiger befriedigt, richtet sich daher ihre Ausgleichspflicht untereinander gemäß § 774 Abs. 2 BGB nach der für Gesamtschuldner geltenden Regelung des § 426 BGB. Dadurch wird die allgemeine Regelung der §§ 774 Abs. 1 Satz 1, 412, 401 BGB ausgeschlossen [...]»), e nello stesso senso ID., *sub § 774*, in *J. von Staudingers Kommentar zum BGB*, cit., RdNr. 43, p. 363; U. NOACK, *sub § 426*, in *J. von Staudingers Kommentar zum BGB*, cit., RdNr. 232, p. 586 e, con identico tenore, D. LOOSCHELDERS, *sub § 426*, in *J. von Staudingers Kommentar zum BGB*, cit., RdNr. 258, p. 649 («Wenn ein Mitbürgen den Gläubiger befriedigt, richtet sich der Ausgleich unter den Mitbürgen gem § 774 Abs 2 nach § 426. Dies bedeutet eine Ausnahme von den Regeln der §§ 774 Abs 1 S1, 412, 401 [...]»); M. HABERSACK, *sub § 765*, in *Münchener Kommentar zum BGB*⁵, cit., RdNr. 116, p. 1014 («Im Verhältnis zum Gläubiger haften Mitbürgen nach § 769 als Gesamtschuldner iS von §§ 412 ff. [...]. Für das (Innen-)verhältnis der Mitbürgen untereinander verweist § 774 Abs. 2 auf die Vorschriften des § 426 über den Regress von Gesamtschuldner [...]», nonché *sub § 769*, RdNr. 1, p. 1054 («Für das Innenverhältnis zwischen den Mitbürgen nimmt § 774 Abs. 2 auf die Ausgleichsregeln des § 426 Bezug»); v. anche M. HABERSACK, *Der Regress bei akzessorischer Haftung. Gemeinsamkeiten zwischen Bürgschafts- und Gesellschaftsrecht*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, Bd. 198, 1998, pp. 158 s., che parrebbe ricondurre il fondamento del regresso tra i confideiussori non al § 769, bensì al § 774, Abs. 1, Satz 1, affermando in seguito peraltro che l'*Ausgleichsverpflichtung* di cui al § 426 Abs. 1, Satz 1 e 2 sussisterebbe fra i fideiussori in base al § 769».

⁴⁷³ OLG Flensburg 13 agosto 1986, in *Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungs-Report*, 1987, p. 440, secondo cui la pretesa alla liberazione (*Anspruch auf Freistellung*) del fideiussore verso il congarante «ergibt sich gem. § 744 II BGB aus § 426 BGB»; BGH 23 ottobre 1986, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1987, p. 374 (parla di «Ein selbständiger Ausgleichsanspruch nach § 774 II BGB»); BGH 15 maggio 1986, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1986, p. 3131, che sembra fondare il *Befreiungsanspruch* tra confideiussori sul combinato disposto del § 774 Abs. 2 e 426, Abs. 1, Satz 1; OLG Hamm 29 ottobre 1996, in *Wertpapier-Mitteilungen*, 1997, p. 710 («Nach § 774 Abs. 2 BGB haften Mitbürgen, die nach § 769 BGB Gesamtschuldner sind, einander nach § 426 BGB»); che il diritto di regresso fra confideiussori, in quanto debitori in solido, sia da ricondurre al § 774 II è affermato anche da BGH 9 dicembre 2008, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2009, p. 437; v. anche BGH 4 giugno 1987, in

In realtà la scelta dell'una o dell'altra interpretazione è priva di particolari conseguenze. Tuttavia l'impostazione che, contrariamente a quanto si può desumere dai lavori preparatori, ricollega l'applicabilità del § 426 alla norma di cui al § 774, Abs. 2 può essere rivelatrice di un cambiamento di prospettiva, per effetto del quale l'applicabilità del regresso fra coobbligati in caso di fideiussioni indipendenti non deriverebbe dalla qualificazione (operata dal § 769) dei garanti come debitori in solido, ma esigerebbe un'espressa previsione per opera di una norma speciale⁴⁷⁴.

11. (segue) La surrogazione legale tra fideiussori

In relazione alla cessione legale del credito adempiuto⁴⁷⁵, un'opinione dottrinale⁴⁷⁶ ha ritenuto che in capo al confideiussore adempiente si trasferiscano, come diritti accessori (*Nebenrechte*) del credito garantito, anche in via integrale le garanzie fideiussorie verso gli altri consorti; non vi sarebbe quindi un trasferimento di esse soltanto *pro quota*, bensì un subingresso nella intera garanzia. L'acquisto della titolarità delle pretese fideiussorie sarebbe infatti conseguenza della cessione legale del credito principale, in base al § 774, Abs. 1 BGB, e ai §§ 412 e 401 BGB⁴⁷⁷, mentre non sarebbe rilevante in relazione alla confideiussione la surrogazione fra condebitori in solido disposta dal § 426, Abs. 2, BGB⁴⁷⁸.

Sarebbe «concettualmente» proprio della surrogazione il trapasso in via integrale anche dei diritti accessori (fra cui le garanzie fideiussorie), senza limitazioni di sorta quanto all'entità delle pretese acquistate dal confideiussore-surrogato, mentre sarebbe per converso difficilmente accettabile una sopravvivenza del credito principale in tutta la sua ampiezza accompagnata da una estinzione parziale delle garanzie che lo accompagnano. È dunque all'Abs. 1 del § 774 BGB che deve farsi riferimento per

Neue Juristische Wochenschrift, 1987, p. 3129, che, a proposito del § 426, I, 1, parla di «[...] im Rahmen des § 774 II BGB entsprechend anwendbare[...] Vorschrift»; RG 25 giugno 1914, VI 177/14, in *Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts soweit sie nicht in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts abgedruckt ist*, herausgegeben von O. Warneyer, 7. Jahrgang, Leipzig, 1914, num. 247, p. 348 («Die Bestimmung des § 426 Abs. 1 BGB., die gemäß § 774 Abs. 2 BGB. auch für Mitbürgen gilt [...]»); BGH 16 gennaio 1991, IV ZR 263/89, in *Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungs-Report*, 1991, p. 682.

⁴⁷⁴ Secondo S. MEIER, *Die Gesamtschulden*, cit., p. 1141, tale ricostruzione richiamerebbe l'idea per cui «Der Gesamtschuldregress für Nebenbürge ist demnach eine Besonderheit, die sich nicht schon aus der Gesamtschuldordnung selbst ergibt, sondern erst durch eine besondere Vorschrift ausdrücklich angeordnet werden muss».

⁴⁷⁵ Per l'analisi che segue, v. l'ampia trattazione di S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., pp. 1141 ss.

⁴⁷⁶ Cfr. H. KREMER, *Die Mitbürgschaft*, cit., pp. 151 s., 185 ss., 201 ss.

⁴⁷⁷ § 412 Gesetzlicher Forderungsübergang: «Auf die Übertragung einer Forderung kraft Gesetzes finden die Vorschriften der §§ 399 bis 404, 406 bis 410 entsprechende Anwendung»; § 401 Übergang der Neben- und Vorzugsrechte: «(1) Mit der abgetretenen Forderung gehen die Hypotheken, Schiffshypotheken oder Pfandrechte, die für sie bestehen, sowie die Rechte aus einer für sie bestellten Bürgschaft auf den neuen Gläubiger über. [2] Ein mit der Forderung für den Fall der Zwangsvollstreckung oder des Insolvenzverfahrens verbundenes Vorzugsrecht kann auch der neue Gläubiger geltend machen».

⁴⁷⁸ Cfr. H. KREMER, *Die Mitbürgschaft*, cit., p. 202: «Der zahlende Bürge tritt gewöhnlich nicht als Gesamtschuldner der Mitbürgen, nicht nach Maßgabe der vom B.G.B. neu getroffenen Bestimmung des § 426 in die Forderungen des Gläubigers gegen die Mitbürgen ein; sondern der Eintritt vollzieht sich vielmehr, wie schon nach dem Römischen Recht, als notwendige Folge seiner Subrogation in die Forderung gegen den Hauptschuldner».

stabilire quale sia l'ampiezza della surrogazione nei diritti contro i confideiussori, non già all'Abs. 2, norma che interviene invece a determinare la responsabilità di ciascun consorte nei rapporti interni⁴⁷⁹. La surrogazione nei diritti del creditore ha la funzione di garantire la pretesa in regresso contro gli altri confideiussori, sicché il regrediente non può pretendere di ottenere tramite la surrogazione più di quanto gli spetta a titolo di regresso. Le due pretese si trovano in rapporto di concorrenza di azioni (*Aktionenkonkurrenz*), vale a dire che entrambe le pretese si estinguono quando il debitore ne soddisfa una, cosicché vi sarà estinzione anche del credito acquistato per surrogazione se il debitore effettua il pagamento della quota dovuta in base al regresso⁴⁸⁰.

In senso critico si è tuttavia rilevata l'incompatibilità di tale ricostruzione con le risultanze dei lavori preparatori relativi ai §§ 769 e 774 BGB⁴⁸¹.

Né sarebbe illogico ammettere la parziale estinzione delle garanzie fideiussorie e la integrale sopravvivenza del debito principale⁴⁸². Dall'accessorietà della garanzia fideiussoria, infatti, può dedursi l'inammissibilità della sopravvivenza della fideiussione in caso di estinzione del debito principale, ma non di una estinzione, eventualmente *pro parte*, della garanzia con permanenza in vita del debito principale⁴⁸³.

Ammissa dunque la possibilità di una surrogazione soltanto parziale nelle pretese fideiussorie verso i altri congaranti, resta peraltro non del tutto chiarita la questione se il

⁴⁷⁹ Cfr. H. KREMER, *Die Mitbürgschaft*, cit., p. 203: «Während nun der Umfang der Subrogation [...] ausschliesslich in Abs. 1 geregelt ist, bestimmt Abs. 2 [...] nur den Umfang der Haftung einschränkend: »Mitbürgen haften einander nur nach § 426«. Er sagt, was mit der übergebenen Forderung zu erreichen ist».

⁴⁸⁰ Aderisce a questa tesi BOETHKE, recensione a H. KREMER, *Die Mitbürgschaft. Mit Beiträgen zur Lehre von Bürgschaft und Gesamtschuld*, Strassburg, 1902, in *Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts*, Jg. 47, 1903, p. 859. Il subingresso nell'intero credito adempiuto è riconosciuto anche da A. KOBAN, *Der Regress des Bürgen und Pfandeigentümers nach österreichischem und deutschem Rechte*, Graz, 1904, pp. 174 s., nt. 2, secondo il quale dai §§ 774, Abs. 2 e 426, Abs. 2 BGB dovrebbe trarsi solo il principio per cui il fideiussore può far valere i diritti spettanti al creditore e nei quali si è surrogato soltanto nei limiti in cui è legittimato al regresso ai sensi del § 426, Abs. 1 BGB. In parte diversa è la tesi di L. LIPPMAN, *Das bürgerliche Gesetzbuch über Einheits- und Mehrheitsschuld in Bürgschaft und Gesamtschuld*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 111, 1914, pp. 166 ss., 174 s., secondo il quale, in base al § 774, Abs. 1, il confideiussore che effettua il pagamento subentra in tutti i diritti spettanti al creditore; senonché un tale meccanismo, se operante anche nei confronti degli altri fideiussori, si risolverebbe in ciò, che il fideiussore *solvens*, acquistando anche un eventuale credito fideiussorio verso un consorte, potrebbe pretendere da esso il rimborso dell'intera somma pagata, onde il secondo fideiussore risponderrebbe in definitiva dell'intero debito, salvo però acquistare in via di surrogazione e quindi poter esercitare a propria volta verso il primo fideiussore, una volta rimborsatolo, il credito principale comprensivo della garanzia fideiussoria; ne deriverebbe una «*Schraube ohne Ende*», che potrebbe essere evitata soltanto escludendo l'operatività della surrogazione fra i confideiussori, ritenendo che fra questi sussista soltanto un diritto di regresso *pro quota*.

⁴⁸¹ Cfr. L. BENDIX, *Zur Lehre von dem gesetzlichen Übergange der Rechte (cessio legis) im Falle des Vorhandenseins mehrerer Sicherungen*, cit., pp. 86 ss., seguito da STERNBERG, *Die Verteilung der Haftungslast bei mehrfacher Sicherung einer Forderung*, cit., p. 547 (rilevando inoltre che, seguendo l'opinione criticata, il § 774, Abs. 2 diventerebbe inutile, poiché l'applicabilità del § 426, Abs. 1 ai confideiussori discende già dal disposto del § 769 BGB) e E. BRAUN-MELCHIOR, *Gesetzlicher Rechtsübergang und Ausgleich bei mehrfacher Drittsicherung*, cit., p. 181, nt. 18 (il quale condivide anche l'accennato ulteriore rilievo di STERNBERG).

⁴⁸² STERNBERG, *Die Verteilung der Haftungslast bei mehrfacher Sicherung einer Forderung*, in *Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts*, Jg. 52, 1908, p. 547, il quale evidenzia che sarebbe invece più strano dover ammettere che il *solvens* acquisti l'intero diritto verso ciascun confideiussore, essendo tuttavia i congaranti (ai sensi dei §§ 769 e 426) tenuti gli uni verso gli altri secondo quote uguali.

⁴⁸³ Per questo rilievo, v. S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., pp. 1141 s.

fondamento di tale surrogazione sia da rinvenire nel § 774, Abs. 1, BGB⁴⁸⁴ o invece nel § 426, Abs. 2 BGB⁴⁸⁵.

Assai chiaramente, in particolare, un autore afferma che il subingresso nelle pretese fideiussorie verso i congaranti non sarebbe da ricondurre al disposto di cui al § 426, Abs. 2, bensì deriverebbe dal carattere accessorio delle fideiussioni stesse, le quali passano al *solvens* in forza di quanto previsto dal § 774, Abs. 1, in combinato disposto con i §§ 412 e 401⁴⁸⁶.

Si è peraltro rilevato⁴⁸⁷ che il carattere di accessorialità delle garanzie fideiussorie rispetto al debito principale non impone la necessità di escludere l'applicazione della surrogazione in base al § 426 Abs. 2. È bensì vero, infatti, che l'accessorialità impedisce che la fideiussione possa sopravvivere all'estinzione del debito principale ed essere trasferita indipendentemente da quest'ultimo, ma questi principi non vengono vanificati facendo applicazione del § 426 Abs. 2, perché anche la surrogazione prevista da tale norma non consente al surrogante di acquisire diritti maggiori rispetto a quelli spettanti al creditore surrogato, e quindi il trasferimento del diritto è legato alla sua effettiva sussistenza in capo all'originario titolare. La *cessio legis* non dipende invece solamente dall'esistenza e dall'ampiezza del diritto di regresso spettante al condebitore adempiente ai sensi del § 426 Abs. 1. Così, ad esempio, non potrà esservi subingresso nelle ragioni del creditore soddisfatto se il diritto verso i condebitori in solido è estinto o prescritto.

⁴⁸⁴ In questa prospettiva, v. E. STROHAL, *Zur Lehre vom Eintritt des Bürgen und des Drittverpfänders in die Rechte des befriedigten Gläubigers nach BGB*, in *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1903, p. 373; STERNBERG, *Die Verteilung der Haftungslast bei mehrfacher Sicherung einer Forderung*, in *Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts*, Jg. 52, 1908, p. 546 («[...] folgt aus § 769 noch nicht die Anwendbarkeit des § 426 Abs. 2 auf Mitbürgen, da § 426 Abs. 2 in Widerspruch steht mit der zunächst für Bürgen in Betracht kommenden Vorschrift des § 774 Abs. 1»); E. SCHMID, *Die Mehrheit von Sicherungsgebern im deutschen und französischen Recht*, cit., p. 139; BGH 23 ottobre 1986, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1987, pp. 374 ss.; K. KANKA, *Die Mitbürgschaft*, cit., pp. 170 s.

⁴⁸⁵ Così orientati appaiono H. DERNBURG, *Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens*, II Bd., *Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Deutschen Reichs und Preußens*, II Abteilung, *Einzelne Obligationen*, 4. Aufl., Halle, 1915, § 289 II 1, pp. 433 s., che esclude un subingresso del confideiussore *solvens* nelle pretese fideiussorie verso i consorti in base ai § 774, Abs. 1. §§ 412. 401, affermando che «Die Ansprüche gegen die Mitbürgen stehen [...] dem erfüllenden Bürgen nicht zu; er hat nur nach § 426 Recht auf Ausgleich, § 774 Abs. 2», così sembrando anzi negare del tutto la surrogazione, anche in base al § 426 Abs. 2, fra i confideiussori (in realtà, però, non sembra che l'autore giunga a questa conclusione: v. infatti H. DERNBURG, *Pandekten*, Bd. II, *Obligationenrecht*, 6 Aufl., Berlin, 1900, § 81 II 2, p. 223, nt. 14: «[...] geht die Forderung des Gläubigers auf den zahlenden Bürgen soweit über, als er den Gläubiger befriedigt und von den übrigen Bürgen Ausgleich verlangen kann. Vgl. B.G.B. § 774 Abs. 2 in Verbindung mit § 426»); H. BECKER, *Ausgleich zwischen mehreren Sicherungsgebern nach Befriedigung des Gläubigers*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1971, pp. 2152 s.; Fr. OEGG, *sub § 774*, in *Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz*, II. Bd., 2. Hälfte, *Recht der Schuldverhältnisse (Besonderer Teil)*, 4. Aufl., Berlin-Leipzig, 1928, Anm. 2, c), p. 1452, Anm. 7, p. 1457; U. SCHWEDHELM, *Das Gesamtschuldverhältnis*, cit., RdNr. 242, pp. 204 s.; N. HORN, *Haftung und interner Ausgleich bei Mitbürgen und Nebenbürgen*, in *Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1997, p. 267; N. HORN, *sub § 774*, in *Staudingers Kommentar zum BGB*, cit., RdNr. 43, p. 471; J. BREIT, *Zur Lehre vom Eintritte des Bürgen und des Drittverpfänders in die Rechte des befriedigten Gläubigers nach B.G.B.*, in *Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts*, Jg. 48, 1904, p. 285; P. BÜLOW, *Recht der Kreditsicherheiten*⁷, cit., RdNr. 1010, p. 336; in giurisprudenza, v. OLG Stuttgart 28 novembre 1989, in *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1990, pp. 445 s., nonché, in massima, in *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht*, 1990, p. 147, con nota di W. BAYER.

⁴⁸⁶ M. HABERSACK, *Der Regreß bei akzessorischer Haftung. Gemeinsamkeiten zwischen Bürgschafts- und Gesellschaftsrecht*, cit., p. 158; M. HABERSACK, *sub § 774*, in *Münchener Kommentar zum BGB*⁵, cit., RdNr. 22, p. 1083.

⁴⁸⁷ Per queste argomentazioni, v. S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., pp. 1142 s.

Efficacemente si afferma che la rivalsa basata sulla cessione legale di cui al § 426 Abs. 2 è «*doppelt beschränkt*»: il trasferimento del diritto del creditore soggiace, da un lato, al limite rappresentato dalla sussistenza e dall'ampiezza della pretesa in regresso del condebitore *solvens*; dall'altro, all'esistenza dello stesso diritto spettante all'originario creditore secondo il suo proprio regime giuridico.

In ogni caso, si può concludere che la surrogazione del confideiussore nei diritti verso gli altri congaranti può essere ricondotta tanto al § 774, Abs. 1, con la limitazione prevista dal successivo Abs. 2, quanto al § 426 Abs. 2 senza che ne derivino conseguenze diverse⁴⁸⁸.

12. Considerazioni conclusive

La tesi che distingue tra la confideiussione e la pluralità di fideiussioni indipendenti in base alla presenza di un rapporto di fonte negoziale fra i garanti merita di essere condivisa.

Con particolare riguardo al problema della rivalsa interna, essa consente di pervenire a risultati più convincenti sia di un'impostazione che volesse individuare in ogni caso fra i fideiussori un diritto di regresso tendenzialmente autonomo rispetto al diritto spettante al creditore, sia di una concezione che ammettesse il regresso solo tra confideiussori e lo escludesse (salva la surrogazione) tra fideiussori indipendenti.

L'art. 1954 cod. civ., nel disporre il regresso tra fideiussori per uno stesso debito, non distingue, né pare necessario intervenire in via interpretativa a limitarne la portata.

In ipotesi di confideiussione, il regresso troverà fondamento nel rapporto interno di fonte negoziale, e a tale rapporto si farà riferimento per stabilire le quote di pertinenza di ciascun garante e le eccezioni che possono essere opposte contro la pretesa di rimborso; al regresso si accompagnerà il subingresso *pro quota* nelle ragioni del creditore, secondo quella che si è ritenuta essere la soluzione corretta in tema di solidarietà debitoria.

Per quanto attiene alla pluralità di fideiussioni indipendenti, il regresso si impone per l'esigenza di evitare i rischi connessi all'«arbitrio del creditore»⁴⁸⁹, al quale, in mancanza, sarebbe rimessa la scelta circa la sorte definitiva del peso del debito; tuttavia si pone il problema di coniugare la previsione di una pretesa di regresso distinta dal credito garantito con i «principi dell'autonomia privata»⁴⁹⁰.

Non appare in particolare accettabile che il garante convenuto in regresso possa essere tenuto secondo modalità più gravose rispetto alla responsabilità contrattualmente assunta: da un lato, egli partecipa al vincolo solidale solo perché ha stipulato un contratto con il creditore, e appare corretto ritenere che la sua responsabilità sia circoscritta all'impegno convenuto; dall'altro, egli non può risentire un pregiudizio per il solo fatto che anche altri si siano impegnati con il creditore a garantire lo stesso debito, giacché si tratterebbe, diversamente, di contratti a danno di un terzo⁴⁹¹.

⁴⁸⁸ V. infatti S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1143, secondo la quale «Der Forderungsübergang gegen die Mitbürgen kann also sowohl auf eine eingeschränkte Anwendung des § 774 I als auch auf § 426 II gestützt werden; unterschiedliche Ergebnisse entstehen nicht».

⁴⁸⁹ S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1184.

⁴⁹⁰ Cfr. S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1230.

⁴⁹¹ Si vedano le considerazioni di S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1184, il cui pensiero è stato più ampiamente riferito *supra*.

In realtà non sembrano sussistere ostacoli a concepire il regresso fra fideiussori indipendenti come una peculiare pretesa basata sull'arricchimento, assai simile, quanto a contenuto, al diritto acquisito tramite la surrogazione, con conseguente tendenziale opponibilità di tutte le eccezioni che afferivano al diritto dell'originario creditore⁴⁹².

Appare peraltro corretto mantenere distinto il diritto di regresso rispetto alla surrogazione, riportandolo alla previsione di cui all'art. 1954 cod. civ., norma coerente con le disposizioni di cui agli artt. 1298 e 1299 cod. civ. in tema di obbligazione solidale.

Il regresso sarà inoltre assistito dal credito originario acquisito dal *solvens* in via di surrogazione.

Non del tutto convincente appare poi l'orientamento che riconosce in ogni caso al fideiussore indipendente contro gli altri garanti una surrogazione nell'intero credito dedotta solo la propria quota; la soluzione appare in realtà un corollario dell'idea della surrogazione come subingresso nel credito così come esso si presentava in capo all'originario titolare, e quindi un credito rivolto all'intero: tra fideiussori indipendenti non sussisterebbe un regresso *pro quota*, né avrebbe luogo alcuna rifrazione del debito solidale, ma opererebbe soltanto la surrogazione nei diritti del creditore, surrogazione che non potrebbe avere luogo se non nell'identico, e quindi nell'intero, credito, dedotta solo la quota del *solvens*.

La soluzione non persuade anzitutto perché va escluso che fra i garanti abbia luogo una mera surrogazione, svincolata da una pretesa di regresso interna; in realtà, la surrogazione opera anche in questo caso come strumento diretto a facilitare l'attuazione di una sottostante pretesa in regresso.

Inoltre tale regola farebbe gravare il peso dell'insolvenza di uno degli altri fideiussori esclusivamente sul garante convenuto per primo in rivalsa: il *solvens* infatti potrà ottenere il rimborso dell'intera somma pagata, dedotta la propria quota, da uno solo degli altri garanti, e sarà quest'ultimo a dover rivolgersi agli altri per ottenere il ristoro delle quote di pertinenza di costoro; ora, se gli ulteriori fideiussori risultano insolventi, il primo convenuto in rivalsa non potrà ottenere rimborso.

Si potrebbe obiettare che la soluzione della rivalsa *pro quota* penalizza invece il *solvens*, che deve richiedere a ciascuno degli altri la propria quota e rischia un parziale insuccesso della propria azione di regresso in caso di insolvenza di un consorte.

In realtà anche restando fedeli all'idea di un regresso *pro quota* questo risultato può essere evitato. Infatti la quota di un eventuale fideiussore insolvente si ripartirà proporzionalmente fra gli altri (ivi compreso il *solvens*), ai sensi dell'art. 1299, 2° co., cod. civ., con il risultato che tutti i garanti parteciperanno alle conseguenze dell'insolvenza, e non soltanto il *solvens* o – come invece accade seguendo il modello della rivalsa «a cascata»⁴⁹³ – il primo convenuto in regresso (o un eventuale successivo convenuto che non riuscisse a recuperare da un ulteriore fideiussore quanto pagato in eccesso rispetto alla propria quota).

Non vi è quindi necessità di allontanarsi dalla soluzione del regresso *pro quota* che emerge dall'art. 1954 cod. civ. e che si rivela, in linea generale, quella preferibile.

⁴⁹² È quindi da condividere la prospettazione di S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., pp. 1230 s.

⁴⁹³ Per questa figura si vedano le considerazioni svolte nel Cap. 3. L'espressione «*Kaskadenregress*» è impiegata da S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., pp. 408 ss.

Un regresso «a cascata», tanto in caso di confideiussione quanto in caso di fideiussioni indipendenti, sebbene concettualmente non inammissibile, non può costituire la regola, ma andrà ammesso solo in casi particolari⁴⁹⁴.

⁴⁹⁴ Con riferimento al caso della confideiussione, cfr. ad esempio G. VILLANACCI, *Confideiussione e obbligazione solidale*, cit., p. 23, secondo il quale il rapporto interno fra i confideiussori può stabilire che l'obbligo di regresso fra i consorti abbia carattere solidale, anziché essere, come di regola, soltanto *pro quota*.

CAPITOLO QUINTO

PLURALITÀ DI FIDEIUSSIONI CON LIMITAZIONE D'IMPORTO

SOMMARIO: 1. Pluralità di fideiussioni limitate: individuazione dell'ipotesi. Rapporti tra garanti e creditore – 2. La rilevanza dell'importo massimo garantito nel regresso tra i fideiussori – 3. La clausola di esclusione della solidarietà tra fideiussori (c.d. Nebenbürgschaftsklausel) – 4. Difformità quantitative e solidarietà

1. Pluralità di fideiussioni limitate: individuazione dell'ipotesi. Rapporti tra garanti e creditore

Un problema pressoché ignorato dalla dottrina italiana⁴⁹⁵ e intorno al quale mancano prese di posizione, quantomeno espresse, da parte della giurisprudenza è quello della coesistenza di una pluralità di fideiussioni per il medesimo debito caratterizzate da differenti limitazioni di importo.

La disattenzione mostrata per quest'ipotesi non può non destare meraviglia se si considerano le fondamentali questioni, soprattutto in tema di regresso fra i garanti, che essa pone. Per farsi un'idea delle controversie che sorgono dalla coesistenza di più fideiussioni con diseguali limitazioni d'importo, è sufficiente considerare la discussione che intorno a questa fattispecie si è da tempo venuta sviluppando in area tedesca.

Dispone il § 769 BGB che più soggetti i quali prestino fideiussione per una stessa obbligazione (*dieselbe Verbindlichkeit*) sono tenuti come debitori in solido⁴⁹⁶. Alla luce di questa norma, ha dato luogo a molteplici questioni il caso di una pluralità di fideiussioni delle quali almeno una sia stata concessa con la fissazione di un importo massimo (*Höchstbetragsbürgschaft*).

I contrasti non sorgono tanto con riguardo all'ipotesi in cui i fideiussori – che hanno pattuito un tetto massimo al proprio impegno – garantiscano ciascuno una parte distinta del debito; i casi, in altri termini, in cui ogni fideiussione riguarda una determinata frazione del debito principale e ciascuna frazione non è coperta da più di una garanzia fideiussoria. Ciò si può verificare, ad esempio, quando più fideiussori garantiscano ciascuno la restituzione di una distinta rata di una somma mutuata⁴⁹⁷.

I fideiussori, in questo caso, non sono tenuti in solido⁴⁹⁸. Come è stato correttamente messo in evidenza, qui i vari fideiussori garantiscono in realtà non lo stesso debito bensì debiti diversi⁴⁹⁹.

⁴⁹⁵ Con l'eccezione di F. MACARIO, *Garanzie personali*, cit., p. 299, nt. 50, in prospettiva comparatistica.

⁴⁹⁶ § 769 Mitbürgschaft: «Verbürgen sich mehrere für dieselbe Verbindlichkeit, so haften sie als Gesamtschuldner, auch wenn sie die Bürgschaft nicht gemeinschaftlich übernehmen».

⁴⁹⁷ Per questo esempio, v. P. BÜLOW, *Recht der Kreditsicherheiten*⁷, cit., RdNr. 1028, p. 343.

⁴⁹⁸ Cfr. P. BÜLOW, *Recht der Kreditsicherheiten*⁷, cit., RdNr. 1028, p. 343; H. WEBER, *Kreditsicherheitsrecht*⁸, cit., p. 111: «Teilbürgen liegen [...] dann vor, wenn jeder Bürge für einen anderen Teil der Forderung einzustehen verspricht, wenn also z.B. A für die ersten 1.000,-€ und B für die

In base alla scelta terminologica preferibile⁵⁰⁰, nel caso in esame non si configura una *Mitbürgschaft*, o confideiussione, con limitazione d'importo (*Höchstbetragsbürgschaft*) bensì una *Teilbürgschaft*, o fideiussione parziale⁵⁰¹.

Più complesso si presenta il caso in cui vari fideiussori prestano garanzia con importo massimo senza che il loro impegno venga riferito a una determinata porzione del debito principale (*Höchstbetragsbürgschaften*).

Secondo una prima impostazione, in quest'ipotesi i fideiussori sarebbero debitori in solido per la somma rispetto alla quale le garanzie coincidono, ossia per un ammontare corrispondente al minore fra gli importi massimi fissati per le garanzie⁵⁰². Così, se a

zweiten 1.000,-€ haften will. Hier kommt eine gesamtschuldnerische Haftung nicht in Betracht» (corsivo nel testo); ID., *Sonderformen der Bürgschaft und verwandte Sicherungsgeschäfte*, in *Juristische Schulung*, 1972, p. 10; W. BAYER, *Der Ausgleich zwischen Höchstbetragsbürgen*, in *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1990, p. 1525; U. THEOBALD, *Gesamthaftungsverhältnisse. Die Gesamtschuld als Ausgleichsmodell bei der mehrfachen Drittsicherung einer Forderung*, Frankfurt a.M.-Berlin-Bern-New York-Paris-Wien, 1994, pp. 66 s.; H. SPRAU, *sub § 769*, in *Palandt BGB*⁷¹, cit., RdNr. 1, p. 1225.

⁴⁹⁹ N. HORN, *Haftung und interner Ausgleich bei Mitbürgen und Nebenbürgen*, in *Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1997, 265; ID., *sub § 769*, in *Staudingers Kommentar zum BGB*, Neubearb. 2013, cit., RdNr. 2, p. 424 («[...] an der Identität der Hauptschuld fehlt»). V. anche U. THEOBALD, *Gesamthaftungsverhältnisse*, cit., pp. 66 s., secondo cui manca l'identità della prestazione ai sensi del § 421 BGB («es fehlt an derselben Leistung i.S.d. 421 BGB»: *op. cit.*, p. 66).

⁵⁰⁰ È necessario avvertire, infatti, che in quest'ambito la terminologia non è impiegata in maniera univoca fra gli interpreti.

⁵⁰¹ Cfr. U. THEOBALD, *Gesamthaftungsverhältnisse*, cit., pp. 66 s.; H. SPRAU, *sub § 769*, in *Palandt BGB*⁷¹, cit., RdNr. 1, p. 1225; N. HORN, *Haftung und interner Ausgleich bei Mitbürgen und Nebenbürgen*, cit., 265; H. WEBER, *Kreditsicherungsrecht*⁸, cit., p. 86, pp. 110 s.; ID., *Sonderformen der Bürgschaft und verwandte Sicherungsgeschäfte*, in *Juristische Schulung*, 1972, p. 10; ID., *Die Bürgschaft*, in *Juristische Schulung*, 1971, p. 558; W. HADDING, F. HÄUSER, R. WELTER, *Bürgschaft und Garantie*, in *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, Bd. III, herausgegeben von Bundesministerium der Justiz, 1983, Köln, pp. 659 s. Anche per K. KANKA, *Die Mitbürgschaft*, cit., p. 124, che pure non utilizza il termine *Teilbürgschaft*, non sussiste *Mitbürgschaft* se i fideiussori si obbligano per parti diverse del debito principale. Ma per un diverso impiego dell'espressione «*Teilbürgschaft*», v. H. SCHOLZ e H.J. LWOWSKI, *Das Recht der Kreditsicherung*, 8. Aufl., Berlin, 2000, RdNr. 355, p. 321, nonché H.J. LWOWSKI e H. MERKEL, *Kreditsicherheiten. Grundzüge für die Praxis*, Berlin, 2003, p. 62, con scelta lessicale criticata da J. WEITZEL, *Höchstbetragsbürgschaft und Gesamtschuld*, in *Juristenzeitung*, 1985, p. 825. Va notato inoltre che M. WOLF, *Mitbürgen als Gesamtschuldner und Nebenschuldner*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1987, pp. 2473 ss., utilizza il termine «*Mitbürgschaft*» anche per il caso in cui dai vari fideiussori sia garantita una frazione determinata del debito principale. M. HABERSACK, *sub § 769*, in *Münchener Kommentar zum BGB*⁵, cit., RdNr. 2, pp. 1054 s., ritiene che «[...] keine Mitbürgschaft sind mehrere Teilbürgen [...], soweit sie für verschiedene Teile der Hauptschuld haften. Dies gilt insbesondere für mehrere Höchstbetragsbürgen [...]. Sie haften im Zweifel additiv und damit nicht für denselben Teilbetrag einer den Höchstbetrag übersteigende Hauptschuld [...] Da sich die Teil oder Nebenbürgschaften aber auf dieselbe Hauptschuld beziehen, sind die Bürgen im Verhältnis zueinander gleichwohl Mitbürgen und als solche einander insoweit zum Ausgleich verpflichtet, als bei einzelnen von ihnen die Haftungssumme vom Gläubiger nicht ausgeschöpft worden ist. Davon zu unterscheiden ist der Fall, dass sich mehrere Bürgen zwar für dieselbe (Teil-)Schuld, aber in unterschiedlicher Höhe verbürgt haben; dann sind sie hinsichtlich des sich deckenden Betrags auch im Verhältnis zum Gläubiger Mitbürgen iS von § 769» (corsivo nel testo); cfr. anche ID., *sub § 765*, in *Münchener Kommentar zum BGB*⁵, cit., RdNr. 127, p. 1019: «Während sich die Höchstbetragsbürgschaft [...], wenn auch betragsmäßig begrenzt, auf die gesamte Verbindlichkeit erstreckt, müssen Gläubiger und Teilbürge im Hinblick auf das Bestimmtheitsfordernis [...] von der Gesamtforderung einen gegenständlich individualisierbaren Teil abgrenzen (corsivo nel testo).

⁵⁰² Per questa tesi, v. Fr. OEGG, *sub § 769*, in *Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz*, II Bd., 2. Hälfte, *Recht der Schuldverhältnisse (Besonderer Teil)*, 4. Aufl., n. 1, p. 1435: «Verbürgten sich mehrere Personen für die ganze Hauptschuld, aber unter Beschränkung auf Höchstbeträge, die für die einzelnen Bürgen verschieden bemessen sind, so liegt Mitbürgschaft mit

fronte di un debito principale di 1.000 il fideiussore A presta garanzia per 200, B per 300 e C per 500, in caso di mancato pagamento di 200 da parte del debitore principale i tre fideiussori rispondono, per tale somma di 200, come debitori in solido ai sensi del § 421, Abs. 1 BGB; in caso di mancato pagamento di ulteriori 100, risponderanno, per questi 100, come debitori in solido solo B e C, mentre per l'inadempimento che eccede i 300 sarà tenuto – entro il limite di 200, avendo fissato una soglia massima di 500 – soltanto C. Del debito principale, una parte pari a 500 resta del tutto sprovvista di garanzia⁵⁰³. Come è stato evidenziato, seguendo quest'impostazione il creditore risulta garantito solo fino ad un ammontare corrispondente al maggiore fra gli importi massimi, mentre la parte del debito principale che eccede rispetto a tale soglia non sarà assistita da alcun impegno fideiussorio⁵⁰⁴. Questo assetto sfavorevole per il creditore deriva dall'applicazione del § 422, Abs. 1, BGB, in forza del quale il pagamento da parte di un garante va, nei limiti in cui vi è solidarietà fra i fideiussori, a beneficio degli altri, comportandone la liberazione, eventualmente parziale, dai rispettivi vincoli nei confronti del creditore⁵⁰⁵.

gesamtschuldnerischer Haftung immer nur bis zur gemeinschaftlichen Grenze vor»; H. WEBER, *Kreditsicherungsrecht*⁸, cit., pp. 86, 110 s.; ID., *Sonderformen der Bürgschaft und verwandte Sicherungsgeschäfte*, cit., p. 10; ID., *Die Bürgschaft*, cit., p. 558; H. SCHOLZ e H.J. LWOWSKI, *Das Recht der Kreditsicherung*⁸, cit., RdNr. 355, p. 321; H.J. LWOWSKI e H. MERKEL, *Kreditsicherheiten. Grundzüge für die Praxis*, cit., p. 62; J. BEESER, *Die Bürgschaft mehrerer*, in *Betriebsberater*, 1958, p. 971; W. HADDING, F. HÄUSER, R. WELTER, *Bürgschaft und Garantie*, cit., pp. 630, 659 s.; F. SCHULZ, *Rückgriff und Weitergriff. Studien zur gesetzlichen und notwendigen Zession*, Breslau, 1907, p. 73: «wenn Bürge A sich für eine Forderung von 9000, Bürge B sich für dieselbe Forderung nur in Höhe von 2000 verbürgt, eine Mitbürgschaft nur in Höhe von 2000 vorhanden ist, sodaß, wenn B die 2000 zahlt, er von A 1000 verlangen kann, und ebenso A von B, wenn er zahlt»; P. BÜLOW, *Recht der Kreditsicherheiten*⁷, cit., RdNr. 1028, 343; N. HORN, *Haftung und interner Ausgleich bei Mitbürgen und Nebenbürgen*, in *Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1997, 268, e ID., *sub § 774*, in *Staudingers Kommentar zum BGB*, 13. Bearb., Berlin, 1997, RdNr. 55, p. 366 (ma il passaggio non è più presente nel successivo aggiornamento dell'opera; cfr. ID., *sub § 774*, in *Staudingers Kommentar zum BGB*, Neubearb. 2013, Berlin, 2013, RdNr. 55, pp. 475 s.): «Haften die Mitbürgen in unterschiedlicher Höhe, so sind sie einander nur ausgleichspflichtig, soweit sich die Bürgschaftssummen decken, weil sie nur insoweit Gesamtschuldner iS §§ 769, 426 sind», senza però trarre la conseguenza per cui una parte del debito principale resterebbe priva di garanzia (ma per una impostazione diversa, in base alla quale la sussistenza di una confideiussione si avrebbe allorché il debito principale sia in tutto o in parte coperto da più di una garanzia, ossia che la somma degli importi delle fideiussioni superi quello dell'obbligazione garantita, v. ID., *sub § 769*, in *Staudingers Kommentar zum BGB*, Neubearb. 2013, Berlin, 2013, RdNr. 13, p. 428 [e già nella precedente edizione del 1997, *ivi*, p. 325], nonché ID., *Haftung und interner Ausgleich bei Mitbürgen und Nebenbürgen*, cit., p. 267).

⁵⁰³ L'esempio è tratto da H. WEBER, *Kreditsicherungsrecht*⁸, cit., p. 86.

⁵⁰⁴ Per questo rilievo, v. U. THEOBALD, *Gesamthaftungsverhältnisse*, cit., p. 68; W. HADDING, F. HÄUSER, R. WELTER, *Bürgschaft und Garantie*, cit., p. 630; H. SCHOLZ e H.J. LWOWSKI, *Das Recht der Kreditsicherung*⁸, cit., RdNr. 357, p. 321.

⁵⁰⁵ Cfr. soprattutto J. BEESER, *Die Bürgschaft mehrerer*, cit., p. 972, sul rilievo per cui l'effetto estintivo generale previsto dal § 422, Abs. 1, BGB è «begriffsnotwendiges Wesensmerkmal jeder gesamtschuldnerischen Verpflichtung» e «Ohne diese befreiende Wirkung gibt es keine Gesamtschuld», conclude che «Wer dieses Wesensmerkmal der Gesamtschuld erkennt, stellt jeden Unterschied zwischen ihr und der Einzelschuld, hier also zwischen Mit- und Wahlbürgschaft in Abrede». Pertanto, quando risulta stipulata una *Wahlbürgschaft* anziché una *Mitbürgschaft*, «befreit die Zahlung durch einen der Wahlbürgen die anderen nicht: Im Gegensatz zur Mitbürgschaft besteht hier keine dem § 422 Abs. 1 BGB entsprechende Vorschrift».

Che il perno di questa soluzione sia costituito proprio da tale applicazione del § 422, I, BGB pare implicito nella possibilità, affermata da alcuni sostenitori di questa tesi, di ritenere responsabili tutti i garanti fino a concorrenza dei rispettivi importi massimi nell'ipotesi in cui tale norma venga derogata mediante una specifica clausola, con conseguente cumulo delle fideiussioni limitate; cfr. W. HADDING, F.

Un altro filone, peraltro alquanto articolato al suo interno, propende invece per la sussistenza di un debito solidale fra i confideiussori con limitazione d'importo soltanto per l'eventuale *eccedenza* fra la somma dei vari importi massimi e l'ammontare del debito principale⁵⁰⁶. Così, se un debito di 12.000 è garantito da due fideiussioni limitate

HÄUSER, R. WELTER, *Bürgschaft und Garantie*, cit., p. 630, e J. BEESER, *Die Bürgschaft mehrerer*, cit., p. 971: quest'ultimo a., in particolare, ritiene che, con la necessaria pattuizione fra garante e creditore, possa essere esclusa la responsabilità solidale, ottenendo il risultato per cui il fideiussore risulta tenuto, nei limiti dell'importo massimo, per qualsiasi parte del credito principale; in tal caso non si dovrebbe parlare di *Mitbürgschaft*, termine da riservarsi alle sole fideiussioni solidali, ma più propriamente di *Wahlbürgschaft* ("fideiussione alternativa"), per l'affinità con la figura della *Wahlschuld* (obbligazione alternativa) di cui al § 262 BGB. Fermo restando che «Jedenfalls läßt allein schon die Übereinstimmung der Forderungshöhe mit der Gesamtsumme mehrerer Bürgschaftsbeträge normalerweise nicht die dem § 769 BGB widersprechende Auslegung zu, es handle sich in solchen Fällen um Wahlbürgschaften (Teilbürgschaften) und es finde daher § 422 Abs. 1 keine Anwendung», una *Wahlbürgschaft*, pur non espressamente pattuita, sarebbe da ammettere però «wenn eine Forderung durch eine auffällige Vielzahl von Bürgschaften gedeckt ist und es dabei im Hinblick auf die Interessen des Gläubigers – möglicherweise auch der Bürgen – sinnlos wäre, einen geringeren Forderungsteil übermäßig oft, den Großteil aber überhaupt nicht abzusichern. Im Zweifel wird eine solche Ausnahme aber nur dann anzunehmen sein, wenn die Gesamtsumme der Bürgschaftsbeträge der Höhe der abzusichernden Forderung zumindest entspricht oder gar überschreitet» (cfr. p. 972, nota omissa). Critico rispetto all'impiego del termine «*Wahlbürgschaft*» è invece M. WOLF, *Mitbürgen als Gesamtschuldner und Nebenschuldner*, cit., p. 2474, il quale obietta che «Bei der Wahlschuld steht dem Gläubiger jedoch nur eine einzige Leistung zu, während der Gläubiger bei der Nebenbürgschaft alle Bürgen nebeneinander in Anspruch nehmen können will». Richiedono un accordo espresso affinché due fideiussioni d'importo inferiore al credito garantito si cumulino anche H. SCHOLZ, H.J. LWOWSKI, *Das Recht der Kreditsicherung*⁸, cit., RdNr. 357, pp. 321 s., pur ammettendo che, nel dubbio, se si tratta di più fideiussioni volte a garantire «piccoli importi parziali» (*op. cit.*, RdNr. 357, p. 322) del credito, dovrà ammettersi che non si tratti di confideiussioni, ma di «fideiussioni parziali», come tali indipendenti, e quindi destinate a sommarsi, perché una diversa conclusione porterebbe a lasciare priva di garanzia una significativa porzione del credito, con un esito contrario alla «presumibile volontà delle parti» (*ibidem*).

⁵⁰⁶ Cfr., con varietà di formulazioni, le tesi di K. ADLER, *Ueber Doppelvericherung und Uebervericherung*, in *Leipziger Zeitschrift*, 1912, p. 505 («Der Grundirrtum ist [...] bei der Mitbürgschaft [...], dass die Mitbürgen allgemein auf den kleinsten der Bürgschaftsbeträge solidarisch haften. Richtig ist dies nur innerhalb des Betrages, um den die Summe der Bürgschaftsbeträge die Kreditsumme übersteigt; genauer: nur insoweit liegt Mitbürgschaft nach § 769 vor, darüber hinaus Teilbürgschaft»); N. HORN, *sub § 769*, in *Staudingers Kommentar zum BGB*, Neubearb. 2013, RdNr. 13, p. 428, nonché, negli stessi termini, ID., *Haftung und interner Ausgleich bei Mitbürgen und Nebenbürgen*, cit., 267 (con riferimento alle ipotesi in cui «die Summe der verschiedenen Höchstbetragsbürgschaften die Hauptschuld übersteigt, die verschiedene Bürgschaften sich also teilweise oder ganz überdecken», «Soweit [...] der gleiche Hauptschuldbetrag durch mehrere Bürgschaften gesichert ist, entsteht Mitbürgschaft iS §§ 769, 421») (ma sembrerebbe prospettare una soluzione diversa, come si è già evidenziato, in ID., *sub § 774*, in *Staudingers Kommentar zum BGB*, Berlin, 1997, RdNr. 55, p. 366 [in un passaggio non più riportato nel successivo aggiornamento dell'opera], nonché ID., *Haftung und interner Ausgleich bei Mitbürgen und Nebenbürgen*, cit., p. 268: «Haften die Mitbürgen in unterschiedlicher Höhe, so sind sie einander nur ausgleichspflichtig, soweit sich die Bürgschaftssummen decken, weil sie nur insoweit Gesamtschuldner iS §§ 769, 426 sind»; non porta infatti a risultati identici ritenere che due fideiussori con diversa limitazione d'importo siano condebitori in solido della somma per cui le garanzie coincidono (ad es., per un debito di 1000, sono prestate una fideiussione di 500 e una di 600; vi è solidarietà fra i garanti per 500) o che siano tali per l'eccedenza fra la somma degli importi delle fideiussioni e l'ammontare del debito principale, cioè per il caso in cui vi sia una copertura plurima dello stesso importo (nell'esempio vi sarebbe un debito solidale pari a 100: (500 + 600) - 1000 = 100); E. WOLF, *Lehrbuch des Schuldrechts*, 2. Bd., *Besonderer Teil*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1978, p. 370; O. MÜHL, *sub § 769*, in Th. SOERGEL-W. SIEBERT, *Bürgerliches Gesetzbuch, Kohlhammer-Kommentar*, Bd. 4, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1985, RdNr. 3: «Verbürgen sich mehrere Personen für eine Schuld mit Summen, die einzeln die Hauptschuld nicht erreichen, zusammen sie aber übersteigen, so liegt zugleich Mitbürgschaft und Teilbürgschaft vor. Die Zahlungen sind zunächst auf die Teilbürgschaft und

di 10.000, vi è un sopravanzo di 8.000 fra la somma degli importi massimi delle garanzie e il debito principale, onde sussiste nella stessa misura un debito solidale fra i due fideiussori⁵⁰⁷.

In questa prospettiva si colloca, in particolare, una complessa ricostruzione che muove dal rilievo per cui nella fattispecie considerata il debito garantito da ciascuno fideiussore risulta, al momento dell'assunzione dell'impegno fideiussorio, indeterminato; ma non essendo ancora individuato il credito a cui ogni fideiussione deve essere riferita, neppure si può concludere per la sussistenza dell'estremo dell'identità del debito garantito, onde deve essere esclusa – quantomeno *ex ante* – la configurabilità di una fideiussione solidale⁵⁰⁸.

L'attribuzione di una parte del debito garantito a una fideiussione avviene nel momento in cui il creditore fa valere la propria pretesa contro uno dei garanti. Ciò si spiega, a parere della dottrina in esame, considerando che la fideiussione può essere prestata anche per debiti futuri o sottoposti a condizione (§ 765, Abs. 2, BGB)⁵⁰⁹, e che il riferimento delle frazioni del debito principale alle fideiussioni parziali (*Teilbürgschaften*) può avvenire anche ad opera di una delle parti, alla stregua del § 315 BGB⁵¹⁰. Il § 765, Abs. 2, sarebbe applicabile non solo quando si tratta di un credito propriamente futuro o condizionato, ma anche – in via analogica – quando tale credito già sussiste e ciò che resta ancora indeterminato è il suo riferimento ad una delle fideiussioni parziali. Ebbene, l'imputazione costituirebbe determinazione del contenuto della prestazione fideiussoria, in quanto è mediante tale operazione che viene stabilito quale sia il debito principale per quale il fideiussore è responsabile. Di regola, tenuto conto delle circostanze e degli interessi in gioco, la determinazione spetterà al

dann auf die Mitbürgschaft zu verwenden»; H. WEITNAUER, *Personenmehrheit auf der Gläubiger- und Schuldnerseite*, in E. VON CAEMMERER, R. FISCHER, K. NÜBGENS, R. SCHMIDT (herausgegeben von), *Festschrift für Fritz Hauß zum 70. Geburtstag*, Karlsruhe, 1978, pp. 379 s., nt. 23. V. inoltre W. BAYER, *Der Ausgleich zwischen Höchstbetragsbürgen*, cit., pp. 1525 ss., il quale nega che fra fideiussori che abbiano prestato garanzia per importi massimi diversi sia configurabile una confideiussione (*Mitbürgschaft*), neppure intesa come «Mitbürgschaft auf einen beliebigen Teil»; in questo caso i garanti non sono confideiussori (Mitbürgen), bensì «getrennt haftende Nebenbürgen» (*op. cit.*, p. 1525): si dovrebbe convenire che i fideiussori garantiscono «dieselbe Verbindlichkeit», ma mancherebbe, per affermare sussistente un debito solidale, l'efficacia estintiva generale del pagamento effettuato da uno solo dei garanti. E la circostanza che tale pagamento comporta pur sempre la diminuzione del debito principale, con beneficio di tutti i fideiussori, verrebbe erroneamente interpretato come efficacia solutoria tipica dell'obbligazione solidale mentre è in realtà un portato dell'accessorietà tra fideiussione e debito principale; cfr. anche W. BAYER, nota a OLG Stuttgart 28 novembre 1989, in *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht*, 1990, pp. 147 s.

⁵⁰⁷ L'esempio è tratto da E. WOLF, *Lehrbuch des Schuldrechts*, 2. Bd., cit., p. 370.

⁵⁰⁸ Cfr. M. WOLF, *Mitbürgen als Gesamtschuldner und Nebenschuldner*, cit., p. 2473: «Wenn [...] die konkrete Zuordnung einzelner Forderungen oder Forderungsteile zu den Bürgschaften offen ist, kann auch nicht festgestellt werden, daß sie für dieselbe Verbindlichkeit im Sinne ein und desselben Betrags haften. Eine gesamtschuldnerische Bürgschaft kann deshalb (noch) nicht bestehen».

⁵⁰⁹ § 765, Abs. 2, BGB: «Die Bürgschaft kann auch für eine künftige oder eine bedingte Verbindlichkeit übernommen werden».

⁵¹⁰ § 315 BGB: «(1) Soll die Leistung durch einen der Vertragsschließenden bestimmt werden, so ist im Zweifel anzunehmen, dass die Bestimmung nach billigem Ermessen zu treffen ist. (2) Die Bestimmung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem anderen Teil. (3) Soll die Bestimmung nach billigem Ermessen erfolgen, so ist die getroffene Bestimmung für den anderen Teil nur verbindlich, wenn sie der Billigkeit entspricht. Entspricht sie nicht der Billigkeit, so wird die Bestimmung durch Urteil getroffen; das Gleiche gilt, wenn die Bestimmung verzögert wird».

creditore⁵¹¹. Quando il creditore fa valere la garanzia fideiussoria verso uno dei garanti per una specifica parte del debito principale, esercita con ciò anche il suo potere determinativo ai sensi del § 315⁵¹².

Ma al creditore è concesso imputare una stessa parte del debito anche a più fideiussori, i quali saranno quindi tenuti in solido per tale frazione, ai sensi del § 769, con conseguente applicabilità delle norme dettate per la solidarietà passiva, in particolare, fra le altre, quelle sulla rilevanza del pagamento a favore di tutti i coobbligati (§ 422) e sul diritto di regresso (§ 426). E poiché ai sensi del 315, Abs. 1, la determinazione della prestazione ad opera di una delle parti del contratto deve essere, nel dubbio, effettuata secondo l'equo apprezzamento («*nach billigem Ermessen*») della parte stessa, quando l'ammontare del credito garantito è fissato definitivamente ed esso risulta inferiore alla somma degli importi massimi delle fideiussioni (e vi è quindi un eccesso dell'ammontare delle garanzie rispetto al debito garantito), appare conforme a tale criterio l'imputazione in via solidale ai fideiussori per la parte in cui le garanzie non gli risultano necessarie⁵¹³.

Anche un'altra tesi ritiene che la solidarietà fra *Höchstbetragsbürgen* possa affermarsi solo quando la somma degli importi massimi superi l'entità del debito principale⁵¹⁴. In questo caso dovrebbe ammettersi che i garanti sono tenuti in solido, e debbano perciò un'unica prestazione, perché diversamente si giungerebbe a un cumulo delle prestazioni dei fideiussori che si porrebbe in contrasto con lo scopo di garanzia (*Sicherungszweck*) degli impegni fideiussori⁵¹⁵. Tale solidarietà, peraltro, sussisterebbe solo con riferimento al minimo comune «*Sockelbetrag*» (importo base) che supera l'ammontare dovuto al creditore⁵¹⁶. Il *Sockelbetrag* corrisponde alla misura nella quale ogni fideiussore viene liberato dal proprio vincolo in conseguenza del pagamento del proprio importo massimo da parte di uno dei garanti. Si ipotizzi⁵¹⁷ un debito principale pari a 20.000, per il quale A presta fideiussione per 5.000, B per 17.000 e C per 20.000. In questo caso A, B e C sono tenuti in solido per un *Sockelbetrag* di 2.000; infatti, se A paga al creditore una somma corrispondente all'importo massimo della sua garanzia, e cioè 5.000, il debito principale si riduce a 15.000 e ciascuno degli altri fideiussori risulta liberato per un ammontare almeno pari a 2.000: B vede infatti il proprio debito fideiussorio ridursi da 17.000 a 15.000, e quindi subire un decremento di 2000; la fideiussione di C, invece, passa da 20.000 a 15.000, con una decurtazione di 5.000, superiore quindi di 3.000 rispetto al *Sockelbetrag* di 2.000. È da notare che dopo il

⁵¹¹ «Die Zuordnung eines bestimmten Teils der Hauptforderung zu einer Teilbürgschaft ist [...] zugleich eine Bestimmung des Leistungsinhalts der Bürgschaft [...]. Die Zuordnung einzelner Teile der Hauptforderung auf die Teilbürgschaften deckt sich also voll mit dem Regelungszweck des § 315 BGB. Üblicherweise wird nach den Gesamtumständen und der Interessenlage davon auszugehen sein, daß das Bestimmungsrecht dem Gläubiger zustehen soll»: cfr. M. WOLF, *Mitbürgen als Gesamtschuldner und Nebenschuldner*, cit., p. 2474.

⁵¹² «Indem der Gläubiger gegen einen Mitbürgen als Nebenbürgen die Bürgschaft für einen bestimmten Teil der Hauptforderung geltend macht, übt er jedoch zugleich sein Bestimmungsrecht nach § 315 BGB aus»: cfr. M. WOLF, *Mitbürgen als Gesamtschuldner und Nebenschuldner*, cit., p. 2474.

⁵¹³ M. WOLF, *Mitbürgen als Gesamtschuldner und Nebenschuldner*, cit., p. 2475.

⁵¹⁴ Il riferimento è alla tesi di F. WERNECKE, *Die Gesamtschuld – ihre Befreiung von irrationalen Merkmalen und ihre Rückführung in die Gesetzssystematik*, Berlin, 1990, pp. 143 ss.

⁵¹⁵ F. WERNECKE, *Die Gesamtschuld*, cit., p. 145.

⁵¹⁶ «Eine Gesamtschuldnerschaft entsteht [...] nur in Höhe des geringsten gemeinsamen „Sockelbetrags“, der das zu befriedigende Gläubigerinteresse übersteigt»: F. WERNECKE, *Die Gesamtschuld*, cit., p. 145.

⁵¹⁷ Cfr. F. WERNECKE, *Die Gesamtschuld*, cit., p. 145, da cui è tratto l'esempio riportato nel testo.

pagamento di A gli altri fideiussori B e C risultano debitori in solido per il residuo ammontare di 15.000: complessivamente, quindi, fra B e C sussiste una solidarietà debitoria per 17.000. D'altra parte, anche se la *solutio* anziché da A è effettuata da B, che paga al creditore i suoi 17.000, C risulta liberato per 17.000 e A per 2.000, con ciò restando confermato che il *Sockelbetrag* ammonta a 2.000.

In senso critico rispetto a quest'ultima ricostruzione, tuttavia, si è obiettato che essa si rivela particolarmente complessa quando si tratta di individuazione l'entità del debito solidale in presenza di numerosi garanti⁵¹⁸.

Un altro orientamento ritiene invece che i confideiussori con importo massimo siano da considerarsi debitori in solido per l'intero debito principale garantito, fermo restando che essi non potranno essere convenuti in pagamento per un ammontare superiore al limite apposto alle rispettive garanzie⁵¹⁹. Unico presupposto per la solidarietà dei

⁵¹⁸ Cfr., per questo rilievo, S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1057, nt. 167, e U. THEOBALD, *Gesamthaftungsverhältnisse*, cit., pp. 73 s., il quale individua altresì dei casi ipotesi in cui, contrariamente alle premesse della tesi stessa, la determinazione del debito solidale porta a risultati diversi a seconda di quale fra i garanti si ipotizzi effettuare il pagamento al creditore.

⁵¹⁹ Cfr. D. REINICKE e K. TIEDTKE, *Kreditsicherung*⁵, cit., RdNr. 574, p. 189; EID., nota a BGH 14.7.1983, in *Juristenzeitung*, 1983, p. 898; K. TIEDTKE, *Gesamtschuld Klausel und Sicherungsklausel im Bürgschaftsrecht*, nota a BGH 23.10.1986, in *Juristenzeitung*, 1987, 492; ID., *Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Anwendung des AGB-Gesetzes im Bürgschaftsrecht seit 1980*, in *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1986, 150; W. SELB, nota a OLG Hamm, 25.4.1990, in *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht*, 1990, p. 1079, p. 1079 («Verbürgen sich mehrere nebeneinander, aber nicht gemeinschaftlich für dieselbe Verbindlichkeit zu unterschiedlichen Höchstbeträgen, so haften sie alle nach § 769 BGB als Gesamtschuldner für die ganze gesicherte Forderung, wengleich jeweils begrenzt auf den eigenen Höchstbetrag»; corsivo nel testo); ID., *Mehrheiten von Gläubigern und Schuldner*, cit., p. 63; J. GLÖCKNER, *Ausgleich zwischen mehreren Bürgen bei unterschiedlichen Höchstbetragsbeschränkungen*, in *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1999, p. 824 («Für das Bestehen einer Gesamtschuld ist gemäß § 769 BGB nur erforderlich, dass sich mehrere „für dieselbe Verbindlichkeit“ verbürgt haben. Das ist auch und gerade bei Höchstbetragsbürgen stets der Fall»); ID., *Gesamtschuldvorschriften und Schuldnermehrheiten bei unterschiedlichen Leistungsinhalten*, cit., pp. 100 s.; A. STADLER, *sub § 769*, in *Jauernig BGB Kommentar*¹⁴, cit., RdNr. 3, pp. 1116 («Bürgen mehrere mit unterschiedlichen Höchstbeträgen, sind sie bezüglich der gesamten Hauptschuld Gesamtschuldner, nicht nur für den mehrfach gesicherten Betrag»); per la solidarietà nell'importo risultante dalla somma dei vari importi massimi, entro il limite segnato dall'entità del credito garantito, si esprime P. BYDLINSKI, *sub § 421*, in *Münchener Kommentar zum BGB*, Bd. 2, *Schuldrecht – Allgemeiner Teil. §§ 241-432*, 6. Aufl., München, 2012, RdNr. 32, p. 2851 («Übernehmen die Bürgen die Haftung nur für unter der gesicherten Schuld liegende Höchstbeträge, so sind sie weder Teilschuldner, noch Gesamtschuldner für den geringsten Deckungsbetrag, sondern Gesamtschuldner für den sich aus der Addition der Höchstbeträge ergebenden Betrag, sofern die gesicherte Schuld nicht geringer als dieser Betrag ist. Denn sie haften dem Gläubiger für jeden Teil der gesicherten Schuld, nicht für einen bestimmten; der Gläubiger ist nur darin beschränkt, dass kein Bürge mehr als den zugesagten Höchstbetrag leisten muss.»). V. anche D. EHLSCHEID, *Die Ausgleichsansprüche unter Sicherungsgebern*, in *Betriebs-Berater*, 1992, p. 1291, secondo cui «dieselbe Verbindlichkeit» ai sensi del § 769, con conseguente solidarietà dei confideiussori, deve considerarsi la «gemeinsam gesicherte Hauptschuld im Ganzen»; tuttavia ritiene necessaria in questo caso una *teleologische Reduktion* del § 422 BGB per evitare l'efficacia solutoria generale del pagamento da parte del singolo fideiussore e quindi che una parte del debito principale resti priva di garanzia per l'estinzione delle altre fideiussioni. Giudica tale tesi *widersprüchlich* S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1055, nt. 162. In giurisprudenza, cfr. RG 27 febbraio 1913, in *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*, vol. 81, 1913, pp. 414 ss., spec. 419: «Mehrere Bürgen, die sich für dieselbe Forderung, aber unter Beschränkung auf einen bestimmten Betrag selbstschuldnerisch verpflichten, haften dem Gläubiger für jeden Teil der Forderung; er kann wählen, in welcher Reihenfolge er sie zur Zahlung heranziehen will, und ist nur darin beschränkt, daß kein Bürge mehr als den zugesagten Höchstbetrag zu leisten braucht. Die Begrenzung der Haftung spricht insbesondere für sich allein nicht dafür, daß die verschiedenen Bürgschaften aneinander anschließende Teile der Schuld decken sollen

confideiussori è infatti che sia garantita «*dieselbe Verbindlichkeit*» ai sensi del § 769 BGB. I confideiussori sono pertanto tenuti per l'intero debito principale, seppur entro la soglia quantitativa dell'importo massimo, e non per una parte determinata di esso; con efficace espressione si è affermato che la responsabilità dei confideiussori «oscilla» («*flottiert*») nell'ambito del complessivo ammontare del debito principale⁵²⁰

Nell'ambito di questo filone, una parte della dottrina distingue fra «*Mitbürgschaft auf einen beliebigen Teil*», vale a dire di confideiussione a garanzia di una parte qualsiasi (del debito principale), che costituirebbe la regola, in contrapposizione alla «*Mitbürgschaft auf einen bestimmten Teil*», e cioè una confideiussione a garanzia di una parte determinata (del debito principale); nel primo caso, vi è solo fissazione di un importo massimo alla garanzia, senza che questa venga riferita a una determinata frazione del debito principale, cosicché ogni fideiussore risponde per qualsiasi parte del debito, ancorché nei limiti dell'importo massimo; nel secondo caso, invece, i fideiussori garantiscono un tratto ben individuato del debito principale (ad es., per un debito di 1.000, i primi 800, o il segmento tra 600 e 900, e così via), onde una confideiussione può dirsi sussistente per la parte in cui le frazioni garantite dai confideiussori coincidono (ad es., se per un debito principale di 90.000 un fideiussore garantisce i primi 60.000, un altro i primi 30.000, un terzo il segmento tra 60.000 e 90.000, vi sarà confideiussione fra il primo e il secondo per 30.000, e per il resto fideiussioni parziali tra il primo e il terzo e tra il secondo e il terzo)⁵²¹.

Questo filone ritiene che non si debba individuare «*dieselbe Verblindlichkeit*» – presupposto della confideiussione e quindi della solidarietà – nell'importo massimo, bensì nel complessivo credito garantito, considerato integralmente. Né così opinando verrebbe meno un imprescindibile presupposto della solidarietà, stante che il pagamento di uno dei garanti non produce effetto estintivo in via diretta rispetto all'importo massimo garantito di ciascun fideiussore; la *solutio* va pur sempre a beneficio dei

[...]; OLG Stuttgart 28 novembre 1989, in *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1990, p. 445 s. (su cui v. la nota di W. BAYER, in *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht*, 1990, pp. 147 s.); OLG Hamm 25 aprile 1990, in *Neue juristische Wochenschrift*, 1991, pp. 297 s.; BGH 11 dicembre 1997, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen*, Bd. 137, Köln-Berlin-Bonn-München, 1999, pp. 292 ss., spec. 295 (pubblicata, in massima, anche in *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht*, 1998, p. 347, con nota di K. TIEDTKE): «In Wirklichkeit liegt, wenn [...] die Haftung der Bürgen nicht auf bestimmte Teilbeträge der gesicherten Forderung beschränkt ist, eine Gesamtschuld insofern immer vor, als jeder Bürge für jeden Teil der Gesamtforderung haftet; die Begrenzung auf einen Höchstbetrag ändert daran nichts [...]».

⁵²⁰ Cfr. J. GLÖCKNER, *Ausgleich zwischen mehreren Bürgen bei unterschiedlichen Höchstbetragsbeschränkungen*, cit., p. 824: «Die Bürgenverpflichtung ist allein gegenständlich bezogen auf eine verbürgte Hauptverbindlichkeit. Letztere ist Anknüpfungspunkt für die Frage nach der Bestimmbarkeit der Bürgschaftsverpflichtung und die Gesamtschuldanordnung in § 769 BGB. Erstere ist demgegenüber Gegenstand einer möglichen Begrenzung durch einen Höchstbetrag und „flottiert“ innerhalb des Gesamtbetrages der Hauptverbindlichkeit»; E. SCHMID, *Die Mehrheit von Sicherungsgebern im deutschen und französischen Recht*, cit., p. 135. L'espressione è mutuata da N. HORN, *Haftung und interner Ausgleich bei Mitbürgen und Nebenbürgen*, cit., p. 268 («Der Höchstbetragsbürge haftet nämlich im Rahmen seines Haftungsbetrag jeweils für die ganze Hauptschuld bis zu deren letzten Teilbetrag, ohne daß eine feste Zuordnung zu Teilbeträgen oder Abschnitten festgelegt ist; die Bürgenhaftung „flottiert“ innerhalb des Gesamtbetrags der Hauptschuld»), nonché ID., *sub* § 774, in *Staudingers Kommentar zum BGB*, 13. Bearb., Berlin, 1997, RdNr. 56, p. 367; va precisato, peraltro, che tale a. accoglie una diversa soluzione sul problema della solidarietà fra più fideiussori con limitazione d'importo.

⁵²¹ Cfr. K. KANKA, *Die Mitbürgschaft*, cit., p. 124 (da cui, con alcune semplificazioni, è tratto il primo esempio); J. WEITZEL, *Höchstbetragsbürgschaft und Gesamtschuld*, cit., p. 826 (dove il secondo esempio).

consorti in quanto comporta la parziale estinzione del debito principale, anche se provoca una decurtazione dell'entità di un'altra fideiussione limitata solo quando l'ammontare del debito garantito si porta al di sotto dell'importo massimo della garanzia⁵²². Come si è affermato, «la fideiussione è prestata per l'intera obbligazione, non per l'importo massimo come tale, il quale rappresenta soltanto una grandezza contabile di limitazione del rischio»⁵²³.

Si rileva inoltre che il legislatore del codice tedesco si poneva come scopo quello di escludere il *beneficium divisionis* tra fideiussori tipico del diritto comune, mentre non si è occupato della regolamentazione della fideiussione con limitazione d'importo rispetto alla previsione di cui al § 769 o alla disciplina delle obbligazioni solidali di cui ai §§ 422 ss.⁵²⁴

Alla prima delle tesi ricordate, che propende per una solidarietà tra i fideiussori per l'entità in cui i rispettivi importi massimi coincidono, si è giustamente obiettato che contrasta con la volontà delle parti ritenere che debba essere costituito un debito solidale corrispondente all'ammontare per il quale gli importi massimi delle garanzie vengono a coincidere; in realtà i diversi garanti devono essere tenuti in via cumulativa sino a concorrenza dell'intero debito principale; ciò emerge chiaramente nei casi in cui la somma degli importi massimi viene a coincidere con quella del credito garantito, ma non va escluso neppure quando tale somma supera l'entità del credito⁵²⁵.

Come si è osservato, non si può invero configurare un normale debito solidale per l'entità dell'intero debito garantito se il creditore non ha una pretesa di pari importo verso ciascun fideiussore⁵²⁶. In quest'ipotesi si può peraltro rintracciare egualmente un debito solidale per l'intero importo del debito principale se ci si colloca nella prospettiva di una «*modifiziertes Gesamtschuldverhältnis*», di un'obbligazione solidale “modificata”, che consiste in una *Hybridform* tra debito solidale e debito parziario: il creditore ha diritto ad ottenere un importo che non coincide con il *debitum* di ciascun obbligato, come accade nelle obbligazioni solidali, né con la sommatoria di quanto ogni debitore è tenuto a prestare, come nell'ipotesi dei debiti parziari, ma un ammontare che di regola si pone in un punto intermedio fra questi estremi⁵²⁷.

⁵²² Per queste argomentazioni, cfr. J. WEITZEL, *Höchstbetragsbürgschaft und Gesamtschuld*, cit., pp. 826 s.

⁵²³ «Verbürgt ist die Gesamtverbindlichkeit, nicht der Höchstbetrag als solcher, der nur eine das Risiko begrenzende rechnerische Größe darstellt»: cfr. J. WEITZEL, *Höchstbetragsbürgschaft und Gesamtschuld*, cit., p. 827.

⁵²⁴ Così, quasi testualmente, J. WEITZEL, *Höchstbetragsbürgschaft und Gesamtschuld*, cit., p. 827: «[...] der BGB-Gesetzgeber, dem es darum ging, das gemeinrechtliche beneficium divisionis (Einrede der Teilung) bei der Bürgschaft mehrerer endgültig zu beseitigen, auf die Behandlung der Höchstbetragsbürgschaft im Rahmen des § 769 oder der §§ 422 ff. BGB nicht eingegangen ist».

⁵²⁵ Cfr. S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1054: «Es ist offenkundig, dass die Annahme einer Gesamtschuld in Höhe der sich deckenden Höchstbeträge dem Willen der eine Höchstbetragsbürgschaft vereinbarenden Parteien widerspricht. Die Beiträge der Höchstbetragsbürgschaft sollen dem Gläubiger bis zur Höhe der Hauptschuld kumuliert zustehen»; v. anche W. BAYER, *Der Ausgleich zwischen Höchstbetragsbürgen*, cit., p. 1526.

⁵²⁶ S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1056: «Richtig ist [...] dass ein gewöhnliches Gesamtschuldverhältnis in Höhe der Hauptschuld nicht vorliegen kann, wenn der Gläubiger nicht jeden Bürgen in dieser Höhe in Anspruch nehmen kann», specificando che tale considerazione non sarebbe infirmata dall'obiezione per cui «der Bürge schulde in Höhe der Hauptschuld, hafte aber nur in Höhe des Höchstbetrags», in quanto deve ritenersi che «Vielmehr schuldet der Höchstbetragsbürge auch nicht mehr als den Höchstbetrag».

⁵²⁷ Così, quasi testualmente, S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1056: «eine Hybridform zwischen Gesamt- und Teilschulden, bei der jeder Schuldner einen bestimmten Betrag schuldet und der Gläubiger

Nella scelta tra questa ricostruzione e la tesi che invece rinvia un debito solidale esclusivamente nell'eventuale importo che risulta garantito più volte può osservarsi che il primo modello risulta di applicazione meno complessa rispetto al secondo ed esime inoltre dal compito di individuare dei criteri per l'imputazione dei pagamenti parziali effettuati dal debitore o da un garante⁵²⁸.

Deve aggiungersi che ammettendo un debito solidale esclusivamente per l'importo oggetto di garanzia plurima si finisce per non distinguere adeguatamente la fideiussione con limitazione d'importo dalla fideiussione non limitata a garanzia di un credito determinato: nel primo caso intervengono «due fattori» a conformare la responsabilità del garante, vale a dire l'entità del credito principale e l'importo massimo garantito apposto alla fideiussione. Diversamente dal secondo caso, dove ogni pagamento eseguito dal debitore comporta una corrispondente liberazione anche del fideiussore, nella prima ipotesi i pagamenti effettuati in adempimento del debito principale vanno a beneficio del fideiussore solo quando risultano (complessivamente) d'ammontare superiore all'importo massimo. Così, non possono essere equiparate le situazioni di una fideiussione non limitata a garanzia di un debito di 1.000 e una fideiussione a garanzia di un debito di 2.000 con un limite di 1.000. Nella fideiussione con limitazione d'importo i pagamenti vengono anzitutto conteggiati per la parte non garantita del debito principale, cioè quella rappresentata dalla differenza tra ammontare del debito principale e importo massimo della garanzia, e soltanto oltre tale soglia vanno a beneficio del fideiussore; ma non si tratta di vera e propria imputazione (*Anrechnung*) del pagamento a una parte del debito, perché il fideiussore non garantisce una frazione definita del debito, bensì l'intero debito ancorché con una limitazione d'importo. Seguendo la teoria del debito solidale in ragione dell'ammontare della garanzia plurima, e non in ragione dell'intero debito principale, si perviene sostanzialmente a un'assimilazione, non corretta, della fideiussione con limitazione d'importo alla fideiussione parziale⁵²⁹. Ragionando secondo questa impostazione, qualora per un debito principale di 100 prestassero fideiussione due garanti, l'uno con limite di 50, l'altro senza limitazione d'importo, sarebbe da ammettere la falsa ricostruzione che vede in tale caso un debito principale di 50 garantito da una fideiussione singola, e un altro debito di pari importo garantito in via solidale da due fideiussori; in realtà la

insgesamt einen Betrag verlangen kann, der weder den Betrag jeder einzelnen Schuld entspricht (Gesamtschulden), noch der Summe der Schuldnerbeträge (Teilschulden), sondern in der Regel dazwischen liegt»; EAD., *sub* §§ 420-432/I, in M. SCHMOECKEL, J. RÜCKERT, R. ZIMMERMANN (herausgegeben von), *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, Bd. II, Schuldrecht: Allgemeiner Teil §§ 241-432, 2. Teilband: §§ 305-432, Tübingen, 2007, RdNr. 146, pp. 2513 s. Cfr. altresì H. WEITNAUER, *Personenmehrheit auf der Gläubiger- und Schuldnerseite*, in E. VON CAEMMERER, R. FISCHER, K. NÜBGENS, R. SCHMIDT (herausgegeben von), *Festschrift für Fritz Hauß zum 70. Geburtstag*, Karlsruhe, 1978, pp. 379 s., nt. 23, che fa riferimento a «eine Form der Verbindung mehrerer Schulden, die man als *modifizierte Gesamtschuld* bezeichnen kann und die dadurch gekennzeichnet ist, daß der Gläubiger gegen mehrere Schuldner Ansprüche hat, von denen zwar jeder unter der Höhe des vom Gläubiger insgesamt zu beanspruchenden Betrages bleibt, die in ihrer Gesamtheit aber diesen Betrag übersteigen. Beispiele ergeben sich bei Sicherungs- und bei Schutzzweck-Beziehungen» (corsivo aggiunto).

⁵²⁸ S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., pp. 1056 s.

⁵²⁹ S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1057 (da cui anche l'esempio): «Im ersten Fall werden Leistungen des Hauptschuldners, bildlich gesprochen, zunächst auf den nicht gesicherten Teil angerechnet [...] Tatsächlich aber handelt es sich hier nicht um die Frage, auf welche „Teilforderung“ eine Leistung des Schuldners angerechnet wird, weil die Höchstbetragsbürgen nicht eine bestimmte Teilforderung sichert, sondern die gesamte Hauptschuld mit einer Betragsbegrenzung. Die zweite Ansicht behandelt den Höchstbetragsbürgen aber ähnlich wie einen Teilbürgen».

concezione in esame non tiene in adeguato conto l'elemento costituito dall'importo complessivo del debito principale, che è invece rilevante per stabilire il rischio assunto da un fideiussore con limitazione d'importo.

2. La rilevanza dell'importo massimo garantito nel regresso tra i fideiussori

Ha ricevuto diverse soluzioni il problema relativo all'individuazione dei criteri in base ai quali deve svolgersi il regresso fra i confideiussori con limitazione d'importo. Un aspetto che appare pacifico è quello per cui anche nei rapporti interni ciascun garante non può rispondere per una misura superiore all'importo massimo della propria fideiussione⁵³⁰. Fermo questo limite, diverse sono le prospettazioni in relazione alla misura secondo cui il regresso deve articolarsi.

Una prima tesi, sovente indicata come modello a gradi (*Stufenmodell*), ritiene che fra i garanti debba avere luogo un regresso per quote eguali entro i limiti in cui gli importi massimi delle garanzie coincidono. Così, se il debito principale ammonta a 9.000 e per esso vengono prestate due fideiussioni rispettivamente di 10.000 e di 5.000, il primo fideiussore sarà tenuto nei rapporti interni per 6.500, il secondo per 2.500 (l'importo comune di 5.000 viene diviso in parti uguali fra i due garanti [2.500 ciascuno], mentre per gli ulteriori 4.000 rimane responsabile solo il fideiussore che ha prestato la garanzia con limite massimo più elevato). Il regresso può avere luogo soltanto quando il pagamento da parte di uno dei fideiussori liberi gli altri nei confronti del creditore; tale liberazione può avvenire soltanto per quella parte per la quale anche il garante che non effettua il pagamento avrebbe potuto essere escusso dal creditore, e quindi per la misura nella quale le garanzie si sovrappongono, non per la parte eccedente che resta assistita da una sola garanzia⁵³¹.

⁵³⁰ Cfr. W. BAYER, nota a OLG Stuttgart, 28 novembre 1989, in *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht*, 1990, p. 147; W. SELB, *Mehrheiten von Gläubigern und Schuldnern*, cit., p. 97; H.P. PECHER, *sub* § 769, in Th. SOERGEL-W. SIEBERT, *Bürgerliches Gesetzbuch, Kohlhammer-Kommentar*, Bd. 5/1¹², cit., RdNr. 18, p. 690. In giurisprudenza, cfr. RG 27 febbraio 1913, in *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*, vol. 81, 1913, pp. 414 ss., spec. 421: «Die Begrenzung der Bürgenhaftung bedeutet nicht nur, daß der Bürge dem Gläubiger höchstens die angegebene Summe zahlen will, sondern sie besagt auch, daß er aus der Bürgschaft in keiner Weise auf mehr haften will, auch nicht im Wege des Rückgriffs. Hieraus folgt, daß dann, wenn ein Bürge bereits den festgesetzten Höchstbetrag an den Gläubiger bezahlt hat, von einem Rückgriff der anderen Bürgen gegen ihn selbst dann nicht die Rede sein kann, wenn bei ungehinderter Anwendung des anzuwendenden Verteilungsmaßstabes Herauszahlungen zu leisten wären, und daß überhaupt keine Ausgleichung stattfindet, wenn jeder Mitbürge bis zum Höchstbetrage seiner Haftung von dem Gläubiger in Anspruch genommen wurde»; BGH 11 dicembre 1997, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen*, vol. 137, 1999, pp. 292 ss., spec. 294 (pubblicata anche in *Neue juristische Wochenschrift*, 1998, pp. 894 s., nonché, in massima, in *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht*, 1998, p. 347, con nota di K. TIEDTKE): «Eine der Kopfzahl entsprechende Aufteilung ohne Rücksicht auf den jeweiligen Höchstbetrag ist nicht möglich, weil es nicht angeht, den Bürgen im Innenverhältnis über die nach außen hin übernommene Haftungsgrenze hinaus zu belasten».

⁵³¹ Cfr., per questa tesi, W. BAYER, *Der Ausgleich zwischen Höchstbetragsbürgen*, in *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1990, p. 1528 (da cui l'esempio), nonché W. BAYER, nota a OLG Stuttgart, 28 novembre 1989, in *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht*, 1990, pp. 147 s. Cfr. anche J. MORMANN, *sub* § 774, in *BGB-RGRK*, Bd. II, 4. Teil, Berlin-New York, 1978, RdNr. 7, pp. 209 s.; H. SCHOLZ e H.J. LWOWSKI, *Das Recht der Kreditsicherung*⁸, cit., RdNr. 355, p. 321; P. BÜLOW, *Recht der Kreditsicherheiten*⁷, cit., RdNr. 1028, p. 343; N. HORN, *Haftung und interner Ausgleich bei Mitbürgen und Nebenbürgen*, in *Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1997, p. 268, Id., *sub* § 774, in *Staudingers Kommentar*, 12. Aufl., Berlin, 1982, RdNr. 31, p. 443, nonché 13. Aufl., Berlin, 1997, RdNr. 55, p. 366 (meno nettamente, invece, nel successivo aggiornamento dell'opera del 2013): «Wenn für eine

Hauptschuld von 1000 C bis zu 600, B bis zu 800, A bis zum vollem Betrag bürgt, findet eine Ausgleichung statt für 600 unter A, B und C, für weitere 200 unter A und B, keine Ausgleichung für den Spitzenbetrag, für den A allein gebürgt hat»), quest'ultimo a., peraltro, (con precisazione che compare nella 13. Aufl., nonché in *Haftung und interner Ausgleich bei Mitbürgen und Nebenbürgen*, loc. cit.) ammette la possibilità di un regresso proporzionale agli importi massimi, ancorché la reputi una soluzione non del tutto appagante; rileva infatti l'a. che il criterio sopra descritto può essere applicato solo quando «jede einzelne von ihnen [scil.: Höchstbetragsbürgschaften] betragsmäßig die Hauptschuld übersteigt, und damit feststeht, daß die Höchstbetragsbürgen im Umfang der Hauptschuld Mitbürgen sind»; si porta quindi l'esempio di un debito principale di 120, garantito da fideiussioni rispettivamente per 100, 80 e 60, osservando che «Insgesamt ist die Hauptschuld hier durch die Summe der Bürgschaftsbeiträge doppelt abgedeckt; die Überdeckung der einzelnen Mitbürgschaften kann aber nicht genau lokalisiert werden»; si conclude che «Hier bleibt nichts weiter übrig als eine Berechnung der Ausgleichsquoten proportional zur Höhe der einzelnen Bürgschaften, so unbefriedigend dies auch sein mag» (in *Haftung und interner Ausgleich bei Mitbürgen und Nebenbürgen*, cit., 268, si precisa altresì che «[...] muß jedenfalls dann, wenn eine der mehreren Höchstbetragsbürgschaften die Hauptschuld übersteigt, der Übersteigende Betrag bei der proportionalen Berechnung außer Betracht bleiben»); il riparto proporzionale ai rispettivi importi massimi dovrebbe però essere circoscritto ai casi in cui le fideiussioni prese singolarmente non garantiscono tutto il debito principale e soltanto la loro somma raggiunge l'ammontare dell'obbligazione garantita («Höchstbetragsbürgschaften [...] welche gemeinsam, aber nicht einzeln, die Hauptschuld abdecken»), mentre ritiene che la regola generale debba rimanere, al di fuori del caso appena indicato, quella del regresso in parti uguali per le rispettive parti di debito garantite da più fideiussori («als generelle Regel bleibt es bei der Verteilung nach Köpfen hinsichtlich feststehender Mehrfachdeckungen»); in realtà il coordinamento dei due criteri suggeriti dall'a. non appare del tutto definito: prima si afferma che il riparto per quote virili potrebbe aversi solo quando ciascuna delle fideiussioni superi il debito garantito (e questa puntualizzazione, d'altro canto, già di per sé porterebbe a escludere che nel caso del primo esempio si possa procedere a un regresso in parti uguali per gli importi coincidenti, poiché nessuna delle garanzie supera il debito e due di esse neppure lo eguagliano), per poi invece sostenersi che esso opererebbe, come regola generale, in ogni caso in cui tutte le fideiussioni singolarmente prese non coprano l'intero debito, e così, dunque, anche quando una di esse non eguaglia l'obbligazione garantita, purché ve ne sia almeno una che raggiunga tale ammontare; non è chiaro quindi come si sviluppi il regresso quando (riprendendo il secondo esempio) per un debito di 120 vi sono due fideiussioni di 80 e 60, e una terza, anziché di 100, di 120 (così modificato, il secondo esempio diviene in realtà del tutto analogo al primo, onde il problema di coordinamento risulta evidente). In realtà non si vede la ragione per cui nel caso di cui al primo esempio (in cui vi è un fideiussore la cui garanzia eguaglia l'importo del debito principale) e in quello di cui al secondo (in cui tutte le cautele sono d'entità minore rispetto all'obbligazione garantita) il criterio per stabilire le rispettive quote di regresso dovrebbe essere differente. Afferma F. SCHULZ, *Rückgriff und Weitergriff. Studien zur gesetzlichen und notwendigen Zession*, Breslau, 1907, p. 73: «wenn Bürge A sich für eine Forderung von 9000, Bürge B sich für dieselbe Forderung nur in Höhe von 2000 verbürgt, eine Mitbürgschaft nur in Höhe von 2000 vorhanden ist, sodaß, wenn B die 2000 zahlt, er von A 1000 verlangen kann, und ebenso A von B, wenn er zahlt». Secondo Fr. OEGG, *sub* § 774, in *Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz*, II Bd., 2. Hälfte, *Recht der Schuldverhältnisse (Besonderer Teil)*, 4. Aufl., n. 7, e), p. 1458: «Haben sich mehrere Bürgen unter Beschränkung auf bestimmte Beträge verpflichtet, so sind die Vorschriften über die Ausgleichung unter Mitbürgen nur insoweit anzuwenden, als die Bürgen wirklich Mitbürgen mit gesamtschuldnerische Haftung gegenüber dem Gläubiger sind (§ 769). Bei einer Verbürgung für die ganze Hauptschuld, aber unter Beschränkung auf bestimmte Höchstbeträge kommt, unbeschadet einer abweichenden Vereinbarung oder der besonderen Umstände, die z.B. eine Ausgleichung nach Verhältnis der Haftsummen als angebracht erscheinen lassen können, eine Ausgleichung also nur insoweit in Frage, als die Höchstbeträge sich decken»; l'a. porta l'esempio di un debito principale di 1200, per il quale tre fideiussori hanno prestato garanzia con limite rispettivamente a 600, 1000 e 1200: avrà luogo, si sostiene, un regresso per 600 fra tutti e tre i garanti, per ulteriori 400 fra il secondo e il terzo, mentre ulteriori 200 ricadranno esclusivamente a carico del terzo. H.G. GRAF LAMBSDORFF, B. SKORA, *Handbuch des Bürgschaftsrechts*, München, 1994, RdNr. 309, p. 150, affermano: «Nach auch hier vertretener Auffassung, von uns nach dem Schöpfer „Horn'sches Stufenmodell“ genannt, ist – ausgehend von der gemeinsamen Deckungssumme – zunächst hinsichtlich dieses Betrages Gesamtschuldnerschaft anzunehmen und nur daraus die Ausgleichung vorzunehmen. Il modello proposto dai due autori, che ricalca quello formulato da N. HORN, *Bürgschaften und Garantien*:

Per converso, non potrebbe annettersi rilievo al parametro costituito dal rapporto di valore fra le diverse garanzie («Wertverhältnis der verschiedenen Sicherheiten»). Si fa salva l'eventuale pattuizione, anche per comportamento concludente, di un regresso in misura diversa, eventualmente proporzionato ai rispettivi importi massimi delle garanzie⁵³².

Non sarebbe spiegabile, in particolare, perché la concessione di una garanzia più ampia debba comportare una maggiore responsabilità nei rapporti interni pur quando il più elevato rischio assunto non si è effettivamente verificato; esemplificando, se per un debito inizialmente pari a 20.000 e poi ridottosi fino a 4.500 due fideiussori hanno prestato garanzia rispettivamente per un importo di 5.000 e di 10.000, non appare corretto ripartire la responsabilità nei rapporti interni fra i garanti, con riferimento ai 4.500 residui, secondo la misura di 1.500 e di 3.000 (quindi proporzionata al rapporto di 1 a 2 fra i limiti massimi delle due garanzie), mentre esatta risulta una suddivisione per 2.250 a carico di ciascun fideiussore (risultante dalla suddivisione in quote eguali dell'importo di 4.500), non essendosi effettivamente verificato il rischio per il secondo fideiussore di essere escusso per 10.000⁵³³.

Si osserva che considerando la proporzione fra gli importi massimi garantiti si perviene alla duplice ingiustificata conseguenza per cui, da un lato, il fideiussore con limite inferiore può trovarsi *penalizzato* dovendo ritenersi obbligato in sede di regresso anche in relazione all'ammontare del debito garantito che non è coperto dalla propria fideiussione ma soltanto dall'impegno di un altro garante (come risulta dal primo esempio in questo paragrafo), e dall'altro può trarre un *vantaggio* nei rapporti interni quando l'ammontare del debito principale eguaglia l'importo della sua fideiussione o scende al di sotto di esso (come risulta dal secondo esempio)⁵³⁴.

aktuelle Rechtsfragen der Bank-, Unternehmens- und Außenwirtschaftspraxis, 8. Aufl., RWS-Skript, Köln, 2001, RdNr. 646, p. 180 (ma v. già ID., *sub* § 774, in *Staudingers Kommentar*, 12. Aufl., Berlin, 1982, RdNr. 31), viene illustrato con la seguente esemplificazione: si ipotizzi un debito principale di 1000, per il quale presta fideiussione un primo garante per 600, un secondo per 800 e un terzo per 1000, e che il terzo fideiussore abbia adempiuto integralmente il debito; per un importo di 600 si avrà regresso per quote virili fra tutti e tre i garanti, cosicché su ciascuno graveranno 200; per ulteriori 200, si avrà un regresso in parti uguali fra i due fideiussori "maggiori" (quindi, 100 ciascuno); i restanti 200 ricadranno integralmente sul terzo fideiussore; in conclusione, il primo garante sarà tenuto nei rapporti interni per 200, il secondo per 300 (200 dal riparto dei primi 600, cui si sommano 100 risultanti dal secondo riparto), il terzo per 500 (200 dal primo riparto, 100 dal secondo, 200 come importo residuo a lui spettante in via esclusiva). V. anche K. TIEDTKE, nota a BGH 11.12.1997, in *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht*, 1998, p. 347, D. REINICKE e K. TIEDTKE, *Kreditsicherung*⁵, cit., RdNr. 420, p. 131, che propendono per un regresso in parti uguali secondo il numero dei fideiussori, limitato dai rispettivi importi massimi.

⁵³² W. BAYER, nota a OLG Stuttgart, 28 novembre 1989, in *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht*, 1990, pp. 147 s.; N. HORN, *sub* § 774, in *Staudingers Kommentar*, 12. Aufl., Berlin, 1982, RdNr. 31, p. 443; N. HORN, *Haftung und interner Ausgleich bei Mitbürgen und Nebenbürgen*, cit., p. 268; ID., *sub* § 774, in *Staudingers Kommentar*, 13. Bearb., Berlin, 1997, RdNr. 55, p. 366.

⁵³³ Cfr. W. BAYER, *Der Ausgleich zwischen Höchstbetragsbürgen*, cit., p. 1528 (da cui l'esempio).

⁵³⁴ Cfr. W. BAYER, *Der Ausgleich zwischen Höchstbetragsbürgen*, cit., p. 1528: «Die Haftung im Verhältnis der übernommenen Höchstbeträge kann dazu führen, daß der „kleine“ Bürge auch solche Teile der Hauptforderung ausgleichen muß, die nicht mehrfach, sondern lediglich einfach gesichert ist. Umgekehrt wird er bevorzugt, wenn die Hauptforderung seinen Höchstbetrag nicht (mehr) übersteigt».

Un'ulteriore obiezione al *Quotenmodell* è formulata da H.G. GRAF LAMBSORFF, B. SKORA, *Handbuch des Bürgschaftsrechts*, cit., RdNr. 309, pp. 150 s. Si fa osservare che nel caso *supra* esemplificato in nota, in cui dall'applicazione dello *Stufenmodell* derivava una responsabilità del fideiussore "maggior" pari a 500, il *Quotenmodell* porterebbe invece a una responsabilità di 416,66: il primo fideiussore sarebbe tenuto nella proporzione di 1/4 del debito principale, risultante dalla divisione del proprio importo massimo (600) per la somma degli importi massimi (600+800+1000=2400), e così

La tesi del regresso secondo il modello a gradi non è però condivisa dalla dottrina maggioritaria, che preferisce dare rilievo anche nei rapporti interni alla diversa misura della responsabilità assunta dai garanti nei confronti del creditore, secondo il c.d. *Quotenmodell*, o modello per quote⁵³⁵.

per 250 (1000/4); il secondo, garante per 800, risponderebbe secondo la proporzione di 1/3 (800/2400), e così per 333,33 (1000/3); il terzo, che vede la propria fideiussione limitata all'importo di 1000, sarebbe tenuto per 5/12 (1000/2400), e dunque per 416,66; in proposito si critica il vantaggio che il fideiussore "maggiore" trarrebbe dall'applicazione del *Quotenmodell*, vantaggio che non sarebbe coerente con il fatto che il garante in questione è quello che ha assunto la responsabilità più ampia («Nach dem Quotenmodell wäre der große Bürge 3 grundlos bevorzugt, obgleich er sich zu dem deutlich höchsten Betrag verbürgt hat»: *op. cit.*, p. 151).

⁵³⁵ Cfr. le considerazioni di W. SELB, nota a OLG Hamm 25 aprile 1990, in *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht*, 1990, p. 1079, secondo cui «Die Gesamtschuld unter Höchstbetragsbürgen zeigt freilich eine Besonderheit, die eine direkte Anwendung der §§ 426, 769 Abs. 1 BGB und damit der Kopfteilregel fraglich macht»; si ritiene inoltre (*op. cit.*, p. 1080) che «Die Ausgleichung nach Kopfteilen bei Wertbeschränkung wäre geradezu paradox. Sie über eine Analogie zu § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB in Erwägung zu ziehen und dann auszuschließen, wäre es auch» (corsivi nel testo). Secondo J. WEITZEL, *Höchstbetragsbürgschaft und Gesamtschuld*, in *Juristenzeitung*, 1985, 828, la soluzione trascurerebbe l'esistenza di un debito solidale fra i garanti per l'intero debito principale e sarebbe ammissibile soltanto nelle ipotesi di fideiussioni limitate prestate per una parte determinata del debito principale (*Höchstbetragsbürgschaften auf einen bestimmten Teil*). Esemplicando, se per un debito principale di 1.000 A presta fideiussione per l'intero debito, B per i primi 800 e C per i primi 600, A, B e C sono confideiussori per i primi 600, A e B per i successivi 200, mentre per gli ultimi 200 A è l'unico fideiussore. In caso di escussione dei fideiussori per l'intero debito il regresso segue i rapporti di confideiussione; così, tra A, B e C ha luogo – in parti uguali – per 600, tra A e B – sempre in parti uguali – per ulteriori 200. A, in definitiva, è tenuto per 200+100+200, B per 200+100 e C, infine, per 200. Per una analoga soluzione, cfr. già K. KANKA, *Die Mitbürgschaft*, in *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts* 87, 1937/1938, p. 166 testo e nota 44, richiamato anche dallo stesso J. WEITZEL, *Höchstbetragsbürgschaft und Gesamtschuld*, in *Juristenzeitung*, 1985, 828. Per la posizione di N. HORN, *sub* § 774, in *Staudingers Kommentar*, 13. Aufl., Berlin, 1997, RdNr. 55, p. 366, e RdNr. 56, p. 367, cfr. *supra*. A sostegno del *Quotenmodell*, v. H. SPRAU, *sub* § 774, in *Palandt BGB*⁷¹, cit., RdNr. 14, p. 1229; A. STADLER, *sub* § 774, in *Jauernig BGB Kommentar*¹⁴, cit., RdNr. 9, p. 1120; U. NOACK, *sub* § 426, in *J. von Staudingers Kommentar zum BGB*, cit., RdNr. 235-237, pp. 586 s.; D. LOOSCHELDERS, *sub* § 426, in *J. von Staudingers Kommentar zum BGB*, cit., RdNr. 262-263, pp. 650 s.; M. HABERSACK, *sub* § 774, in *Münchener Kommentar zum BGB*⁵, cit., RdNr. 23, p. 1083; P. BYDLINSKI, *sub* § 426, in *Münchener Kommentar zum BGB*⁶, cit., RdNr. 52, p. 2912; F. WERNECKE, *Die Gesamtschuld: ihre Befreiung von irrationalen Merkmalen und ihre Rückführung in die Gesetzessystematik*, Berlin, 1990, p. 145, nt. 99; W. SELB, *Mehrheiten von Gläubigern und Schuldnern*, Tübingen, 1984, pp. 96 s.; D. EHLSCHEID, *Die Ausgleichsansprüche unter Sicherungsgebern*, cit., p. 1291; H.P. PECHER, *sub* § 769, in Th. SOERGEL-W. SIEBERT, *Bürgerliches Gesetzbuch, Kohlhammer-Kommentar*, Bd. 5/1¹², cit., RdNr. 18, p. 690; P. SCHLECHTRIEM, *Ausgleich zwischen mehreren Sicherern fremder Schuld* in *Festschrift für Ernst von Caemmerer zum 70. Geburtstag*, Tübingen, 1978, p. 1040 («Die Bemessung der jeweiligen Anteile im Ausgleichsverfahren proportional zur Haftungsgrenze ist [...] m.E. sachgerecht, da die Beschränkung der Risikoübernahme, die in der summenmäßigen oder gegenständlichen Haftungsbegrenzung liegt, grundsätzlich auch die Lastentragung in Innenverhältnis beeinflussen muß»); P. PECHER, *sub*, § 774, in *Münchener Kommentar*, 2. Aufl., 3. Bd., 2. Halbband, München, 1986, RdNr. 21, p. 1056. In giurisprudenza, v. OLG Stuttgart 28 novembre 1989, in *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1990, p. 445 s., nonché, in massima, in *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht*, 1990, p. 147, con nota di W. BAYER; OLG Hamm 25 aprile 1990, in *Neue juristische Wochenschrift*, 1991, pp. 297 s.; OLG Hamm 29 ottobre 1996, in *Wertpapiermitteilungen*, 1997, pp. 710 ss. (spec. 717); OLG Köln 8 marzo 1990, in *Neue juristische Wochenschrift*, 1991, pp. 298 s.; BGH 11 dicembre 1997, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen*, Bd. 137, Köln-Berlin-Bonn-München, 1999, pp. 292 ss. (pubblicata anche in *Neue juristische Wochenschrift*, 1998, pp. 894 s., nonché, in massima, in *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht*, 1998, p. 347, con nota di K. TIEDTKE); BGH 9 dicembre 2008, in *Neue juristische Wochenschrift*, 2009, pp. 437 s.; BGH 13 gennaio 2000, in *Neue juristische Wochenschrift*, 2000, 1035, nonché in *Wertpapiermitteilungen*, 2000, 410.

È stato posto in rilievo che la diversità di importi massimi apposti alle fideiussioni comporta una probabilità diversa di essere convenuto in pagamento dal creditore: a un importo doppio della garanzia corrisponde un doppio rischio di escussione. La volontà di accollarsi un rischio maggiore nei rapporti con il creditore assumendo una garanzia più ampia può essere riferita anche ai rapporti interni, con il risultato per cui il regresso si articola secondo il rapporto fra i diversi importi massimi⁵³⁶.

A questi argomenti si è peraltro obiettato⁵³⁷ che è piuttosto il fideiussore che presta garanzia per un importo minore ad essere soggetto a una maggior probabilità di essere convenuto dal creditore rispetto a quello che abbia assunto un impegno più ampio, perché entro i confini quantitativi dell'importo massimo egli è tenuto per l'intero debito principale⁵³⁸. Inoltre, il fideiussore è pur sempre tenuto per l'intero credito, ancorché entro l'importo massimo, cosicché non si può dedurre dal rapporto esterno con il creditore il rapporto interno fra i garanti senza considerare il dato costituito dal numero dei garanti obbligati; mentre se si intende ricostruire il regresso prescindendo dalle quote virili diviene indispensabile separare il rapporto interno da quello esterno, operazione che esige di essere giustificata⁵³⁹. In altre parole, dalla responsabilità integrale dei fideiussori nei rapporti esterni (pur con il limite dei rispettivi importi massimi) non sarebbe ricavabile un criterio applicabile al rapporto interno, onde tale criterio non sarebbe individuabile se non tenendo distinto il rapporto interno da quello interno.

Riprendendo alcuni rilievi già formulati in giurisprudenza⁵⁴⁰, si pone l'accento sul possibile trattamento pregiudizievole per il garante "minore" che si verifica soprattutto quanto una parte del debito principale non è venuta ad esistenza o è stata adempiuta dal debitore, e alle analoghe sperequazioni che si verificano quando il credito risulta garantito in via plurima (l'ammontare delle fideiussioni supera quello del credito che assistono). Il fideiussore "maggiore", in caso di pluralità di garanti, risulta liberato a

⁵³⁶ Cfr. K. KANKA, *Die Mitbürgschaft*, cit., p. 167, il quale precisa che tale risultato non contrasta con il principio di separazione tra rapporti esterni e interni («die Regel grundsätzlicher Trennung von Außen- und Innenverhältnis»).

⁵³⁷ L'opinione richiamata è quella di J. WEITZEL, *Höchstbetragsbürgschaft und Gesamtschuld*, cit., pp. 828 s., da cui sono tratti anche gli esempi.

⁵³⁸ Cfr. J. WEITZEL, *Höchstbetragsbürgschaft und Gesamtschuld*, cit., p. 828 («Es ist vielmehr das Risiko des mit einem niedrigeren Betrag Haftenden, in Anspruch genommen zu werden, eben deshalb, weil er in Höhe seines geringen Betrages für die gesamte Verbindlichkeit einzustehen hat, relativ höher als das eines Bürgen mit einer hohen Haftungssumme»). Il rilievo è condiviso da J. GLÖCKNER, *Ausgleich zwischen mehreren Bürgen unterschiedlichen Höchstbetragsbeschränkungen*, cit., p. 826, il quale, in senso critico rispetto alla tesi della maggiore probabilità di escussione di un fideiussore con importo più elevato, osserva che, ad esempio, in una situazione in cui un debito principale di 100.000 sia assistito da due fideiussioni per rispettivi 90.000 e 45.000 e si verifica un effettivo scoperto di 15.000, la probabilità di escussione delle due fideiussioni non dipenderebbe dall'ampiezza della responsabilità assunta ma da altre variabili, come il grado di solvibilità di ciascun garante o le personali preferenze del creditore.

⁵³⁹ J. WEITZEL, *Höchstbetragsbürgschaft und Gesamtschuld*, cit., p. 828.

⁵⁴⁰ In giurisprudenza, cfr. RG 27 febbraio 1913, in *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*, vol. 81, 1913, pp. 414 ss., spec. 422: «Die Ausgleichung nach Kopfteilen wird bei Bürgschaften mit eingeschränkter Haftung häufig dazu führen, daß die Bürgen mit niedriger Haftgrenze voll, die mit hoher Haftsumme nur teilweise in Anspruch genommen werden, ein Ergebnis, das der Billigkeit wenig entspricht, aber nicht vermeidbar ist». Ancorché l'esito indicato venga ritenuto espressamente „nicht vermeidbar“, nondimeno la corte afferma che «Bei dieser Sachlage liegt die Frage nahe, ob der Haftungsbeschränkung nicht die Bedeutung zukommt, es sei auch die Ausgleichung nach dem Verhältnis der Haftsummen vorzunehmen»; tuttavia la questione viene lasciata aperta, perché non rilevante nel caso di specie («Hierzu Stellung zu nehmen, bietet aber der vorliegende Fall keine Veranlassung»).

spese del fideiussore “minore”. Il pregiudizio per il fideiussore con importo inferiore risulta particolarmente intenso qualora la propria quota virile giunge a corrispondere con il rispettivo importo massimo garantito⁵⁴¹. Le fideiussioni minori vengono escusse integralmente fino a quando il loro importo massimo non supera la quota virile, vale a dire l’ammontare risultante dalla divisione del debito principale effettivamente sussistente (*realisierte Haftung*), e fino a tale soglia ogni diminuzione di tale debito (effettivamente sussistente) giova soltanto ai fideiussori con importo più elevato.

Si ipotizzi un debito principale di 120.000, assistito da una fideiussione con tetto massimo a 90.000 e da un’altra con limite a 30.000. Se entrambi i fideiussori vengono escussi per l’intero debito, non vi sarà alcun regresso; in questo caso nei rapporti interni l’importo delle rispettive responsabilità prevale sul criterio del numero dei garanti⁵⁴². Qualora invece il debitore principale effettui un adempimento parziale per 30.000, il residuo debito di 90.000 dovrebbe suddividersi, nei rapporti interni, secondo il numero dei garanti in due frazioni di 45.000; tuttavia, per il limite costituito dagli importi massimi, in realtà sul fideiussore “minore” graveranno 30.000 e gli altri 60.000 saranno ascritti all’altro garante. Se poi l’adempimento parziale anziché di 30.000 risulta essere di 60.000, e quindi residua un debito di 60.000, la suddivisione per quote virili – e dunque in parti uguali – non subisce più alcuna correzione per tener conto del limite, non valicabile anche nei rapporti interni, degli importi massimi, cosicché il fideiussore con importo inferiore sopporterà il peso di 30.000 (60.000/2); ma per lo stesso ammontare (30.000) risponderà anche il fideiussore che ha assunto l’impegno più ampio.

Tale modalità di suddivisione interna del peso del debito sono apparse non conformi ad equità⁵⁴³ e si è individuato nel diverso criterio del riparto proporzionale alle quote di

⁵⁴¹ J. WEITZEL, *Höchstbetragsbürgschaft und Gesamtschuld*, cit., p. 828 (wenn der Kopfteil, für den er einzustehen hätte, mit dem Höchsthaftungsbetrags zur Deckung kommt). V. anche D. EHLSCHEID, *Die Ausgleichsansprüche unter Sicherungsgebern*, cit., p. 1291: «Wird die Hauptschuld durch mehrere Höchstbetragsbürgen gesichert, hat der in § 426 Abs. 1 BGB vorgesehene kopfteilige Ausgleich die unbillige Konsequenz, daß die Bürgen mit niedriger Haftungsgrenze voll, die mit hoher Haftsumme nur zum Teil in Anspruch genommen würden». In giurisprudenza, v. BGH 11 dicembre 1997, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen*, Bd. 137, Köln-Berlin-Bonn-München, 1999, pp. 292 ss., spec. 294 s. (pubblicata anche in *Neue juristische Wochenschrift*, 1998, pp. 894 s., nonché, in massima, in *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht*, 1998, p. 347, con nota di K. TIEDTKE): «Übersteigt sie [scil.: die Summe der Haftungshöchstbeträge] diese [scil.: die gesicherte Forderung] [...] so kommt bei einer Aufteilung nach Köpfen jeder Betrag, um den die Forderung des Gläubigers hinter der insgesamt verbürgten Summe zurückbleibt, zunächst allein dem Bürgen mit dem größten Haftungsumfang zugute; das gilt auch insoweit, als die Forderung unter jenen Gesamtbetrag (weiter) absinkt. [...] In der Tat erscheint es wenig befriedigend, den »kleinen« Bürgen infolge einer Rückführung der gesicherten Forderung durch den Hauptschuldner erst dann für – anteilig – entlastet zu halten, wenn seine eigener Höchstbetrag unterschritten wird [...]». V. anche U. NOACK, *sub § 426*, in *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Berlin, 2005, RdNr. 236, p. 587 e, con identico tenore, D. LOOSCHELDERS, *sub § 426*, in *J. von Staudingers Kommentar zum BGB*, cit., RdNr. 262, p. 650 («Das Stufenmodell bevorzugt den großen und benachteiligt den kleinen Bürgen»). Obietta però K. TIEDTKE, nota a Bundesgerichtshof 11 dicembre 1997, in *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht*, 1998, p. 348: «Der kleine Bürge weiß, dass sich seine Haftung gegenüber dem Gläubiger erst verringert, wenn der Hauptschuldner so viel zurückzahlt, dass die verbürgte Forderung geringer als der Höchstbetrag wird, zu dem der kleine Bürge haftet. Warum soll diese Rechtsfolge, die sich zwangsläufig aus der verschiedenen Höhe der Bürgschaftsverpflichtungen ergibt, im Innenverhältnis korrigiert werden?».

⁵⁴² J. WEITZEL, *Höchstbetragsbürgschaft und Gesamtschuld*, cit., p. 828: «die Haftungssummen setzen sich gegen die Kopfzahl durch».

⁵⁴³ J. WEITZEL, *Höchstbetragsbürgschaft und Gesamtschuld*, cit., p. 828: «Der Ausgleich nach dem Verhältnis der Höchstbeträge vermeidet solche Ungleichgewichtigkeiten, die zwar mathematischen

responsabilità un opportuno strumento per evitare gli squilibri («Ungleichgewichtigkeiten») che sorgono dall'applicazione del regresso per quote virili⁵⁴⁴. Così, nell'esempio precedente, se l'importo del credito garantito diminuisce di 30.000 (residuando quindi 90.000), i debiti di regresso ammontano a 67.500 e 22.500; se risulta decurtato di 60.000 (residuando pertanto 60.000), 45.000 e 15.000; se infine il pagamento parziale assomma a 80.000 (con residuo scoperto di 40.000), non si procederà a regresso in parti uguali (ciascun fideiussore per 20.000), bensì per gli importi di 30.000 e 10.000.

La possibilità di costruire un regresso sui rapporti fra i rispettivi importi massimi garantiti si fonda sull'inciso del § 426, Abs. 1, 1° periodo, laddove si prevede un regresso in parti uguali “soweit nicht ein anderes bestimmt ist”⁵⁴⁵.

La considerazione del rapporto fra i rispettivi limiti di responsabilità alla stregua di “ein anderes” ai sensi della norma citata dipende dal risultato di un'attività di interpretazione (*Auslegung*); qualora le fideiussioni siano assunte congiuntamente (*gemeinsam*), l'esito di tale interpretazione dipenderà in maniera determinante dai rispettivi testi contrattuali. Quando si tratti invece di fideiussioni indipendenti, non si potrà fare riferimento a questi dati. In questo caso va introdotto il criterio interpretativo per cui, nel dubbio, il regresso deve seguire il rapporto fra i diversi importi massimi; la stessa regola varrà poi anche tra fideiussioni assunte congiuntamente, e cioè non indipendenti, quando rimanga incerta la misura del regresso nei rapporti interi. La responsabilità “*auf einen beliebigen Teil*” nei rapporti esterni risponde all'esigenza di garantire nella misura più ampia possibile l'interesse del creditore, tutelandolo rispetto a qualsiasi ipotesi di mancato adempimento (*Ausfall*) del debito principale. Tuttavia, mentre l'interesse del creditore alla garanzia (*Sicherungsinteresse*) si determina in base all'intero debito principale che può restare inadempito, l'interesse di regresso (*Ausgleichsinteresse*) nei rapporti interni deve essere definito tenendo conto dell'ampiezza della responsabilità effettivamente venuta in essere, che può non coincidere con l'intero ammontare del credito garantito, stante la possibilità che esso non venga interamente ad esistenza o che siano effettuati dei pagamenti parziali dal debitore principale. Nel caso di fideiussioni indipendenti, assunte senza vicendevolesse consapevolezza delle altre garanzie, il fideiussore con importo più elevato non può attendersi che il regresso a seguito del pagamento dello scoperto effettivamente cristallizzato abbia luogo seguendo principi che rispondono alla previsione della

Gesetzen, nicht aber der Billigkeitsvorstellung folgen». Ma v. H.G. GRAF LAMBSDORFF u. B. SKORA, *Handbuch des Bürgschaftsrechts*, München, 1994, RdNr. 309, p. 152: «Soweit behauptet wird, beim Horn'sches Stufenmodell werde der große Bürge bevorzugt und der kleine benachteiligt, muß ein Denk- oder Rechenfehler vorliegen»; per la dimostrazione numerica di questa conclusione (che si basa però su un'ipotesi in cui vi è l'integrale pagamento, per opera del fideiussore “maggiore” del debito garantito) cfr. *supra*.

⁵⁴⁴ Cfr. anche, in giurisprudenza, BGH 11 dicembre 1997, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen*, Bd. 137, 1999, pp. 292 ss., spec. 295 (pubblicata anche in *Neue juristische Wochenschrift*, 1998, pp. 894 s., nonché, in massima, in *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht*, 1998, p. 347, con nota di K. TIEDTKE): «Angemessener ist es, ein Absinken der gesicherten Forderung allen Sicherungsgebern entsprechend ihrem Anteil an dem Gesamtbetrag der Sicherungen zugute kommen zu lassen. Dadurch wird erreicht, daß jeder Sicherungsgeber nicht nur dann, wenn die Summe der Sicherheiten die gesicherte Forderung nicht überschreitet, sondern in jedem Fall anteilmäßig für die Verbindlichkeit einzustehen hat».

⁵⁴⁵ J. WEITZEL, *Höchstbetragsbürgschaft und Gesamtschuld*, cit., p. 828: «Ausgangspunkt aller Überlegungen zur Trennung von Haftungsmaßstab und Ausgleichsmodalitäten ist § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB „soweit nicht ein anderes bestimmt ist“».

potenziale massima responsabilità del debitore principale; l'interesse al regresso di tale garante andrà protetto solo in quanto egli può basarsi sulla circostanza che l'intervento di eventuali altri fideiussori riduca il suo rischio proporzionalmente al rapporto fra i vari importi massimi.

Altra dottrina ha però osservato che il tentativo di ricostruire in via interpretativa la disciplina del regresso si scontra con il carattere di reciproca indipendenza che possono assumere le varie fideiussioni; in tal caso una volontà volta a porre il rapporto fra gli importi massimi a misura del regresso dovrebbe essere oggetto di una finzione⁵⁴⁶. Si ritiene quindi necessario adottare dei criteri di carattere oggettivo.

Più in generale si rileva che, in realtà, le limitazioni di responsabilità relative al rapporto fra due soggetti (nella fattispecie in esame, il creditore e ciascuno dei fideiussori con limitazione d'importo) non offrono alcuna indicazione relativa alla eventuale loro efficacia nei confronti di terzi (nel caso della confideiussione, gli altri garanti)⁵⁴⁷.

Si ritiene invece produttiva l'assimilazione della fattispecie della fideiussione limitata all'ipotesi di altre garanzie prestate da terzi, secondo una prospettiva già indicata da una parte della dottrina⁵⁴⁸, per rilevare che la fideiussione, al pari degli altri negozi con cui un terzo presta garanzia per un debito altrui, costituisce un contratto caratterizzato dal rischio («*Risikovertrag*»), in quanto il garante resta esposto all'incertezza in ordine all'*an* e al *quantum* di un proprio esborso patrimoniale⁵⁴⁹.

⁵⁴⁶ J. GLÖCKNER, *Ausgleich zwischen mehreren Bürgen unterschiedlichen Höchstbetragsbeschränkungen*, cit., p. 826.

⁵⁴⁷ J. GLÖCKNER, *Ausgleich zwischen mehreren Bürgen unterschiedlichen Höchstbetragsbeschränkungen*, cit., p. 826: «Haftungsprivilegierungen innerhalb eines Zweipersonenverhältnisses enthalten im Regelfall nämlich keine Aussage darüber, ob und in welcher Weise Dritte von ihnen betroffen werden».

⁵⁴⁸ Cfr. W. SELB, nota a OLG Hamm 25.4.1990, in *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht*, 1990, pp. 1079 s., che accosta l'ipotesi delle fideiussioni limitate a quella di altre pluralità di garanzie (come ad esempio diversi pegni) che assistono l'intero credito ma non possono essere escusse oltre un certo limite di valore, e senza che tale escussione liberi gli altri garanti fino a quando residui una parte del debito principale ancora inadempita; qui assume rilievo la *Wertrelation* fra le diverse garanzie; del § 426 Abs. 1 sarebbe dunque operante nel caso in esame solo l'idea di fondo (*Grundgedanke*) della necessità di un regresso, la cui misura però dovrebbe risultare dal rapporto fra i rischi assunti («das Maß des Ausgleichs sollte bei allen Wertgrenzen von Sicherungsrisiken nach der Natur der Sache der Relation dieser Risiken folgen»).

⁵⁴⁹ Secondo J. GLÖCKNER, *Ausgleich zwischen mehreren Bürgen unterschiedlichen Höchstbetragsbeschränkungen*, cit., p. 827, «il garante non può influenzare la nascita e l'entità della propria obbligazione» («der Sicherungsgeber nicht beeinflussen kann, ob und in welcher Höhe seine Verpflichtung entsteht»); in realtà, dal momento che l'obbligazione del fideiussore sorge già al momento della conclusione del contratto di garanzia e non solo, successivamente, al tempo dell'eventuale inadempimento del debitore principale e della richiesta di pagamento al fideiussore da parte del creditore, ci sembra più puntuale la scelta terminologica di M. HENSSLER, *Risiko als Vertragsgegenstand*, Tübingen, 1994, p. 323, secondo il quale «[...] ist bei Abschluss des Vertrages noch vollkommen ungewiß, ob und in welchem Umfang der Bürge in Anspruch genommen wird»; questo a. prosegue affermando che «Dieses der Bürgschaft [...] immanente Element der Unsicherheit begründet schon für sich gesehen ihre Einordnung in die Kategorie der gewagten-bzw. Risikoverträge». Secondo O. MÜHL, *sub* vor § 765, in Th. SOERGEL-W. SIEBERT, *Bürgerliches Gesetzbuch, Kohlhammer-Kommentar*, Bd. 4, *Schuldrecht III (§§ 705-853)*, 11. Aufl., RdNr. 6, p. 291, «Die Bürgschaft gehört für den Bürgen zu den gewagten, den aleatorischen Geschäften».

Ora, il limite massimo della fideiussione, come il valore del bene nelle garanzie reali o l'ammontare dell'indennizzo dovuto dall'assicuratore contro i danni⁵⁵⁰, consente di dare una dimensione quantitativa al rischio assunto e di porlo in rapporto con quelli di altri soggetti; è proprio la circostanza data dal concorso di più contratti per l'assunzione di un rischio (*Verträge zur Risikoübernahme*) che consente di dedurre dai criteri di limitazione di responsabilità nei rapporti fra garante e creditore la misura per la ripartizione interna della responsabilità⁵⁵¹.

Tuttavia si rivela problematica l'ipotesi in cui l'importo massimo di una delle fideiussioni non supera, nel momento in cui la garanzia viene prestata, l'ammontare del debito principale, e in un momento successivo tale ammontare si riduce, in modo da risultare inferiore al limite di valore della fideiussione. La questione che si pone è se anche in questo caso il regresso dovrà corrispondere proporzionalmente al rapporto fra i rischi inizialmente assunti, senza tener conto del fatto che l'effettivo scoperto sia risultato inferiore al tetto massimo di una o più delle fideiussioni, o se invece il fideiussore la cui garanzia eccede l'importo del debito garantito sia tenuto in regresso per una somma proporzionale alla parte del debito principale rimasta *in concreto* inadempita. Si ipotizzi che il debito principale sia pari a 90.000 e che per esso siano prestate due fideiussioni, l'una con limite massimo di 90.000, l'altra di 30.000; il debito principale risulta inadempito per un importo di 60.000; ci si chiede se nel determinare il regresso si debba osservare la proporzione tra i rispettivi importi massimi (quindi, secondo il rapporto 90.000:30.000), oppure quella fra il minore degli importi massimi e il valore della parte di debito rimasta effettivamente insoluta, in quanto l'importo massimo del primo fideiussore eccede tale valore (quindi, secondo il rapporto 60.000:30.000)⁵⁵².

Sembra di poter aderire alla prima soluzione⁵⁵³. Si afferma in questo senso che «in caso di concorrenza di contratti diretti all'assunzione di un rischio unitario, risulta dalla

⁵⁵⁰ J. GLÖCKNER, *Ausgleich zwischen mehreren Bürgen unterschiedlichen Höchstbetragsbeschränkungen*, cit., p. 827, richiama l'ipotesi della *Doppelversicherung*, in relazione alla quale il previgente § 59 Abs. 2, 1° periodo VVG (*Versicherungsvertragsgesetz*) disponeva un regresso secondo il rapporto fra gli indennizzi dovuti dagli assicuratori («Die Versicherer sind im Verhältnis zueinander zu Anteilen nach Maßgabe der Beträge verpflichtet deren Zahlung ihnen dem Versicherungsnehmer gegenüber vertragsmäßig obliegt»); per l'attuale disciplina, cfr. § 78 (Haftung bei Mehrfachversicherung), Abs. 2, 1° periodo, VVG: «Die Versicherer sind im Verhältnis zueinander zu Anteilen nach Maßgabe der Beträge verpflichtet, die sie dem Versicherungsnehmer nach dem jeweiligen Vertrag zu zahlen haben»). Per il riferimento, in tema di regresso nella garanzia plurima, al § 59 Abs. 2 VVG, relativo alla *Doppelversicherung*, già P. SCHLECHTRIEM, *Ausgleich zwischen mehreren Sicherern fremder Schuld*, in *Festschrift für Ernst von Caemmerer zum 70. Geburtstag*, Tübingen, 1978, p. 1040. V. anche D. EHLSCHEID, *Die Ausgleichsansprüche unter Sicherungsgebern*, cit., p. 1291: «Die Interessenlage im Fall der Doppelversicherung entspricht der bei Zusammentreffen mehrerer Höchstbetragsbürgen. In beiden Fällen besteht das Interesse des Gläubiger darin, Vorsorge zu treffen gegen Ereignisse, die Vermögenswerte vernichten oder zusätzliche Mittel erforderlich machen».

⁵⁵¹ J. GLÖCKNER, *Ausgleich zwischen mehreren Bürgen unterschiedlichen Höchstbetragsbeschränkungen*, cit., p. 827.

⁵⁵² L'esempio è tratto da J. GLÖCKNER, *Ausgleich zwischen mehreren Bürgen unterschiedlichen Höchstbetragsbeschränkungen*, cit., p. 827.

⁵⁵³ Oltre a J. GLÖCKNER, *Ausgleich zwischen mehreren Bürgen unterschiedlichen Höchstbetragsbeschränkungen*, cit., pp. 828 s., anche J. WEITZEL, *Höchstbetragsbürgschaft und Gesamtschuld*, cit., p. 828, ricostruisce il regresso sempre secondo l'originaria proporzione fra gli importi massimi nonostante eventuali diminuzioni del debito principale che ne abbiano portato il valore al di sotto di uno o più degli importi massimi apposti alle fideiussioni. V., parimenti, D. SCHANBACHER, *Der Ausgleich zwischen dinglichem Sicherer (Grund-, Hypotheken- und Pfandschuldner) und persönlichem Sicherer (Bürgen)*, in *Archiv für die civilistische Praxis* (191), 1991, p. 100, secondo cui «Der Wert der –

“natura della cosa” che la responsabilità deve essere ripartita secondo l’ampiezza del rischio assunto»⁵⁵⁴, senza che assuma rilievo il rischio effettivamente realizzatosi⁵⁵⁵. Questa soluzione consente di far beneficiare proporzionalmente di un’eventuale diminuzione dell’entità del debito garantito anche quei fideiussori che abbiano prestato una garanzia con un importo massimo che rimane al di sotto dell’ammontare del debito garantito; d’altra parte, non si vede la ragione per cui i fideiussori “maggiori” debbano trarre vantaggio dal fatto che l’effettivo scoperto relativo al debito principale sia risultato in concreto minore rispetto all’entità dell’importo massimo originariamente apposto alle loro garanzie⁵⁵⁶.

Nel caso in cui venga prestata per un debito di ammontare fisso una fideiussione senza precisazione di un limite di importo, per la determinazione del regresso si farà

gegenständlich unbeschränkten – persönlichen Sicherheit richtet sich [...] nach dem Betrag der gesicherten Forderung oder dem niedrigeren oder höheren Haftungshöchstbetrag. Maßgeblich für die Wertbestimmung zum Zwecke der Ausfallverteilung sind die Bestellungszeitpunkte». Cfr. invece P. SCHLECHTRIEM, *Ausgleich zwischen mehreren Sicherern fremder Schuld*, cit., p. 1041: «Stets muß [...] die Schuldsumme (im Zeitpunkt der Zahlung) die insoweit maßgebende Obergrenze darstellen. [...] Übersteigen die Werte der einzelnen Pfänder und die Deckungszusagen der Bürgschaften den Betrag der gesicherten Forderung, bleibt es beim Ausgleich nach Kopfteilen. Das ist sachgerecht, da alle das gleiche, d.h. durch die Höhe der gesicherten Forderung gleich begrenzte Risiko übernommen haben. Zu einem scheinbar ähnlichen Ergebnis kommt auch die teilweise vertretene Ansicht, bei mehreren Bürgen sei Mitbürgschaft und damit Ausgleichspflicht nur bis zur gemeinsamen Deckungsgrenze gegeben. Sie dürfte jedoch unrichtig an der konstruktiven Vorstellung orientiert sein, ausgleichspflichtige Mitbürgschaft entstehe aus gemeinschaftlicher Verbürgung» (note omesse); nonché M. HABERSACK, *sub* § 774, in *Münchener Kommentar zum BGB*⁵, cit., RdNr. 23, p. 1083: «Maßgebend für die Bestimmung des Ausgleichsverhältnisses ist die Mithaftung der Beteiligten im Zeitpunkt der Inanspruchnahme des Ausgleichsberechtigten Mitbürgen» (corsivo nel testo); H.P. PECHER, *sub* § 769, in Th. SOERGEL-W. SIEBERT, *Bürgerliches Gesetzbuch, Kohlhammer-Kommentar*, Bd. 5/1¹², cit., RdNr. 18, p. 690: «Sind für die Verteilung unbegrenzte Bürgschaften und Höchstbeträge über dem Haftungsinteresse des Gläubigers zu veranschlagen, so sind sie lediglich mit dem Wert des zum Ausgleich anstehenden und von jedem Bürgen nach § 767 Abs 1 Satz 1 auch nur geschuldeten Betrages einzusetzen. Überschreiten die einzelnen Haftungsbeträge je für sich die noch abzudeckende Hauptverbindlichkeit, ergibt sich somit ein Ausgleichsverhältnis zu nominell gleichen Anteilen. Dem Gläubiger gegenüber eingegangene Haftungsrisiken, die sich nicht verwirklicht haben, bleiben für den Ausgleich der tatsächlich aufzubringenden Leistungen unerheblich»; v. inoltre il rilievo di K. TIEDTKE, nota a BGH 11 dicembre 1997, in *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht*, 1998, p. 348: «Es ist [...] bedenklich, auf ein Risiko abzustellen, das der große Bürge zwar übernommen, das sich aber nach teilweiser Rückzahlung der verbürgten Schuld nicht verwirklicht hat».

⁵⁵⁴ J. GLÖCKNER, *Ausgleich zwischen mehreren Bürgen unterschiedlichen Höchstbetragsbeschränkungen*, cit., p. 828: «Bei konkurrierenden Verträge über die Übernahme eines einheitlichen Risikos ergibt sich aus der „Natur der Sache“, dass die Haftungsbelastung nach dem Umfang des übernommenen Risikos verteilt werden muss».

⁵⁵⁵ J. GLÖCKNER, *Ausgleich zwischen mehreren Bürgen unterschiedlichen Höchstbetragsbeschränkungen*, cit., p. 828, il quale rileva che in applicazione dell’opposta soluzione la regola del riparto secondo i rispettivi limiti massimi verrebbe integralmente sostituito dalla *Kopfteilregel*, cioè dal regresso in parti uguali, quando l’effettivo scoperto garantito risultasse inferiore rispetto al minore fra gli importi massimi delle garanzie; il rilievo è formulato anche da K. TIEDTKE, nota a BGH 11 dicembre 1997, in *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht*, 1998, p. 348. V. infatti N. HORN, *Haftung und interner Ausgleich bei Mitbürgen und Nebenbürgen*, cit., p. 268, e Id., *sub* § 774, in *Staudingers Kommentar*, 13. Aufl., Berlin, 1997, RdNr. 56, p. 367, secondo cui avrebbe luogo un regresso per quote uguali quando tutte le fideiussioni superino il debito garantito, a nulla rilevando l’eventuale differenza di importo massimo, nonché, similmente, P. SCHLECHTRIEM, *Ausgleich zwischen mehreren Sicherern fremder Schuld*, cit., p. 1041, e H.P. PECHER, *sub* § 769, in Th. SOERGEL-W. SIEBERT, *Bürgerliches Gesetzbuch, Kohlhammer-Kommentar*, Bd. 5/1¹², cit., RdNr. 18, p. 690.

⁵⁵⁶ J. GLÖCKNER, *Ausgleich zwischen mehreren Bürgen unterschiedlichen Höchstbetragsbeschränkungen*, cit., p. 828.

riferimento all'ammontare del debito principale, poiché in tal caso il rischio assunto dal garante viene a coincidere con l'entità del credito garantito⁵⁵⁷.

3. La clausola di esclusione della solidarietà tra più fideiussori (c.d. *Nebenbürgschaftsklausel*)

In area tedesca, è diffuso nella prassi l'impiego, nei contratti con cui vengono concesse garanzie fideiussorie a favore delle banche, di clausole che escludono la solidarietà fra più fideiussori per il medesimo debito⁵⁵⁸. Scopo di queste clausole sarebbe quello di evitare, nell'interesse della banca garantita, che per effetto dell'applicazione del § 422 BGB il pagamento effettuato da uno dei fideiussori vada a beneficio degli altri, provocando una corrispondente estinzione dei vincoli fideiussori degli altri garanti. Esemplicando, qualora vengano prestate due fideiussioni limitate rispettivamente a 100.000 e 20.000, è intento della banca garantita quello di disporre complessivamente di una garanzia pari a 120.000; ma se trova applicazione il § 422, il pagamento da parte del fideiussore "minore" di 20.000 va a beneficio anche dell'altro garante, comportando una riduzione del vincolo di quest'ultimo a 80.000, cosicché la somma complessivamente coperta dalle fideiussioni sarà pari a 100.000 e non a 120.000; per converso, un pagamento di 100.000 da parte del fideiussore "maggiore" provocherà senz'altro l'estinzione totale dell'altra garanzia, onde anche in questo caso soltanto 100.000 saranno assistiti da fideiussione, mentre resteranno scoperti 20.000⁵⁵⁹.

Il *Bundesgerichtshof* ha ritenuto che simili clausole debbano essere interpretate nel senso per cui esse producono effetto soltanto nei rapporti tra fideiussori e creditore garantito, impedendo il sorgere di un debito solidale fra i garanti, mentre non incidono sui rapporti interni tra i fideiussori, e in particolare sul diritto di regresso spettante al

⁵⁵⁷ J. GLÖCKNER, *Ausgleich zwischen mehreren Bürgen unterschiedlichen Höchstbetragsbeschränkungen*, cit., p. 828.

⁵⁵⁸ C.d. *Nebenbürgschaftsklausel*. Si tratta di clausole così formulate: «Se più fideiussori garantiscono i crediti della banca, garantisco ogni parte dei crediti per i quali presto fideiussione indipendentemente dagli altri [fideiussori]. È esclusa la nascita di un debito solidale» («Haften für die Forderungen der Bank mehrere Bürgen, so hafte ich unabhängig von den anderen für jeden Teil der von mir verbürgten Forderungen. Das Entstehen einer Gesamtschuldnerschaft ist ausgeschlossen»); ovvero: «Se per le pretese della banca garantiscono più fideiussori, ciascuno garantisce, con esclusione di un rapporto di debito solidale, indipendentemente dagli altri ciascuna parte delle pretese assistite da fideiussione» («Haften für die Ansprüche der Bank mehrere Bürgen, so haftet jeder einzelne unter Ausschluß eines Gesamtschuldverhältnisses unabhängig von den anderen für jeden Teil der verbürgten Ansprüche»). Gli esempi sono tratti da da BGH, 14 luglio 1983, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen*, vol. 88, 1984, p. 185, nonché in *Juristenzeitung*, 1983, p. 894, con nota di D. REINICKE e K. TIEDTKE. Cfr. anche BGH 15 maggio 1986, in *Neue juristische Wochenschrift*, 1986, p. 3131, che riporta il contenuto di una clausola del tipo in esame: «Mehrere Bürgen, die diese Urkunde unterzeichnen, haften als Gesamtschuldner (Mitbürgschaft). [...] Bestehen für die Ansprüche der Bank gegen den Hauptschuldner außerhalb dieser Urkunde gegenwärtig oder zukünftig noch andere Bürgschaften, so haftet jeder Bürge unabhängig von den anderen Bürgschaften – insoweit abweichend von § 769 BGB – aus dieser Urkunde für den vollen Betrag seiner Bürgschaft (Nebenbürgschaft). Die Bürgschaft aus dieser Urkunde tritt neben etwa von dem Bürgen abgegebene sonstige Bürgschaftserklärungen»; simile è l'esempio che può leggersi in BGH 4 giugno 1987, in *Neue juristische Wochenschrift*, 1987, p. 3126. La clausola riportata in BGH 23 ottobre 1986, in *Neue juristische Wochenschrift*, 1987, p. 375, precisa: «[...] werden die Bürgen aus dieser Urkunde durch Leistungen der weiteren Bürgen nicht frei».

⁵⁵⁹ L'esempio, tratto dal caso deciso da BGH, 14 luglio 1983, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen*, vol. 88, 1984, pp. 188 s., nonché in *Juristenzeitung*, 1983, p. 895, è così illustrato nella nota alla sentenza di D. REINICKE e K. TIEDTKE, in *Juristenzeitung*, 1983, pp. 896 s.

*solvens*⁵⁶⁰. Il § 769, che dispone la solidarietà tra confideiussori, è norma che può essere derogata sia mediante una convenzione tra i fideiussori sia tramite accordo tra un singolo garante e il creditore. La clausola in esame risponde all'intenzione della banca di conferire al rapporto con il fideiussore un carattere a sé più favorevole rispetto a quello che deriverebbe dall'applicazione della disciplina legale posta dai §§ 422, 423, 424 BGB, mentre non si ravvisa un suo interesse meritevole di tutela a impedire il regresso fra i confideiussori; né può dirsi corrispondente all'interesse del singolo fideiussore di disciplinare il rapporto interno con eventuali altri confideiussori mediante il contratto stipulato con la banca⁵⁶¹. A ciò si aggiunge l'ulteriore rilievo per cui mancherebbe, in assenza di una specifica pattuizione ai sensi del § 426, 1 Abs., BGB (ove si prevede il regresso in parti uguali salvo che sia stabilito altrimenti), qualsiasi ragione in base alla quale uno dei fideiussori debba sopportare in via definitiva, stante l'esclusione del regresso, il peso dell'intero debito inadempito da parte del garantito⁵⁶². L'esclusione del regresso non può essere affermata se non quando risulta che le parti hanno voluto derogare alle norme che dispongono il regresso stesso, e quindi sussistono indizi in base ai quali dedurre la volontà che uno dei fideiussori debba sopportare in via esclusiva il rischio dell'inadempimento⁵⁶³.

In realtà il *Bundesgerichtshof* non chiarisce quale assetto più favorevole al creditore garantito derivi dalla clausola di esclusione della solidarietà tra confideiussori, derogatoria rispetto al disposto dei §§ 422-424 BGB, e in particolare a quanto ammonterebbe la complessiva garanzia prestata dai fideiussori in assenza di una siffatta clausola⁵⁶⁴.

Anche parte della dottrina riconosce efficacia alla clausola nei rapporti fra garanti e creditore⁵⁶⁵, pur senza esplicitare – come è stato rilevato⁵⁶⁶ – quale sarebbe l'assetto se la clausola non vi fosse.

⁵⁶⁰ In questo senso v. anche BGH 7 novembre 1985, in *Neue juristische Wochenschrift*, 1986, p. 930; BGH 4 giugno 1986, in *Neue juristische Wochenschrift*, 1987, p. 3127; BGH 11 giugno 1992, in *Neue juristische Wochenschrift*, 1992, p. 2287.

⁵⁶¹ «Die Bank versprach sich [...] offenbar in ihrem Verhältnis zu den einzelnen Bürgen einen rechtlichen Vorteil im Hinblick auf die §§ 422 bis 424 BGB. Daß sie irgend ein schutzwürdiges Interesse haben könnte, auch einen Ausgleich zwischen mehreren Mitbürgen zu verhindern, ist nicht ersichtlich. Ebensovienig entsprach es dem Interesse des einzelnen Bürgen, bei Übernahme der Bürgschaft das Innenverhältnis zu etwaigen anderen Mitbürgen durch Vertrag mit der Bank zu regeln»: BGH, 14 luglio 1983, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen*, Bd. 88, Köln-Berlin, 1984, 188 s., nonché in *Juristenzeitung*, 1983, 895, con nota di D. REINICKE e K. TIEDTKE.

⁵⁶² «Verbürgen sich mehrere gleichstufige Mitbürgen für dieselbe Schuld und wird einer von ihnen aus der Bürgschaft in Anspruch genommen, so lassen sich – sofern nicht ein anderes bestimmt ist, § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB – keine überzeugende Gründe finden, aus denen der eine oder der andere Mitbürge im Verhältnis zueinander letztlich den Ausfall allein tragen sollte»: BGH, 14 luglio 1983, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen*, Bd. 88, Köln-Berlin, 1984, 188 s., nonché in *Juristenzeitung*, 1983, 895, con nota di D. REINICKE e K. TIEDTKE.

⁵⁶³ «Daß die Parteien eines Bürgschaftsvertrages diese Regelung abbedingen wollen, kann nur angenommen werden, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, daß sie – wie etwa bei der Ausfallbürgschaft – einem Bürgen das alleinige Risiko des Ausfalls aufbürden wollen»: BGH, 14 luglio 1983, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen*, vol. 88, 1984, p. 190, nonché in *Juristenzeitung*, 1983, pp. 895 s., con nota di D. REINICKE e K. TIEDTKE; similimente, v. BGH 23 ottobre 1986, in *Neue juristische Wochenschrift*, 1987, pp. 375, 376.

⁵⁶⁴ Cfr. S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1060: «Leider ließ der Neunte Senat dabei offen, was es mit der Abdingung der §§ 422 ff. aus sich hatte»; cfr., altresì, p. 1062.

⁵⁶⁵ Aderiscono alla tesi del Bundesgerichtshof O. MÜHL, in Th. SOERGEL-W. SIEBERT, *Bürgerliches Gesetzbuch, Kohlhammer-Kommentar*, Bd. 4, 11. Aufl., Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1985, sub § 769, RdNr. 6, p. 340, nonché sub § 774, RdNr. 10, p. 349; H. WEBER, *Kreditsicherheiten. Recht der*

Tuttavia, secondo l'opinione prevalente le fideiussioni con limitazione d'importo per così dire "si sommano", onde il creditore potrà esigere il pagamento da parte di ciascun garante di una somma almeno pari all'ammontare massimo della rispettiva fideiussione⁵⁶⁷. Come è stato evidenziato, in quest'ottica il pagamento effettuato da uno

Sicherungsgeschäfte, 6. Aufl. München, 1998, p. 96; H. WEBER, *Kreditsicherungsrecht*⁸, cit., p. 110; H. MEYER, *Grundfälle zum Sicherungsgeberausgleich*, in *Juristische Schulung*, 1993, p. 562. Condividono l'assunto per cui la clausola non ha effetto in relazione ai rapporti interni U. NOACK, *sub* § 426, in *J. von Staudingers Kommentar zum BGB*, cit., RdNr. 232, p. 586, e RdNr. 239, pp. 587 s.; D. LOOSCHELDERS, *sub* § 426, in *J. von Staudingers Kommentar zum BGB*, cit., RdNr. 265, pp. 651 s.; M. HABERSACK, *sub* § 769, in *Münchener Kommentar zum BGB*⁵, cit., RdNr. 6 e 7, p. 1056, secondo il quale nel caso in cui la somma degli importi massimi sopravanzi il debito garantito, il significato («Bedeutung») della clausola sarebbe quello di escludere l'applicazione del § 424 BGB, in base al quale la mora del creditore che si verifica nei confronti di un condebitore ha effetto anche verso gli altri (ma v. il rilievo di S. MEIER, *Gesamtschuld*, cit., p. 1061: seppure non si possa escludere, non vi sono elementi per ritenere che a fondamento della clausola le banche pongano proprio l'ipotesi infrequente della *mora accipiendi*); quando invece la somma delle fideiussioni non raggiunga l'ammontare del debito principale, la clausola attribuirebbe la precedenza alla integrale attuazione del credito rispetto alla pretesa in regresso (v. anche *sub* § 774, RdNr. 26, p. 1085); A. STADLER, *sub* § 769, in *Jauernig BGB Kommentar*¹⁴, cit., RdNr. 3, p. 1115 (la deroga al § 769 può lasciare inalterati i rapporti interni).

⁵⁶⁶ L'osservazione è di S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1060.

⁵⁶⁷ W. BAYER, *Der Ausgleich zwischen Höchstbetragsbürgen*, cit., p. 1526 («Verbürgen sich mehrere Personen zu unterschiedlichen Höchstbeträgen für dieselbe Verbindlichkeit, insbesondere für einen offenen Kontokorrentkredit, so sind die Bürgschaftserklärungen im Zweifel vielmehr dahingehend auszulegen, daß der Gläubiger die verschiedenen Bürgen bis zur Abdeckung der gesamten gesicherten Verbindlichkeit kumulativ im Sinne einer Addition der Höchstbetragsbürgschaften in Anspruch nehmen kann. Die Begrenzung der einzelnen Bürgschaften durch Höchstbeträge bedeutet daher im Ergebnis eine (stillschweigende) Abbedingung des durch § 769 BGB für den Fall der unbeschränkten Mitbürgenhaftung sachgerechten Gesamtschuldverhältnisses»); W. BAYER, nota a OLG Stuttgart, 28 novembre 1989, in *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht*, 1990, p. 147: «Bis zur Abdeckung der gesamten Verbindlichkeit haften die nebeneinander bestehenden Höchstbetragsbürgschaften dem Gläubiger im Ergebnis *kumulativ*» (corsivo nel testo); E. SCHMID, *Die Mehrheit von Sicherungsgebern im deutschen und französischen Recht*, cit., p. 135: «Sinn und Zweck dieser Höchstbetragsbürgschaften entspricht es, daß die Bürgen in der Regel im Verhältnis zum Gläubiger additiv haften», p. 146; N. HORN, *sub* § 769, in *Staudingers Kommentar zum BGB*, 13. Bearb., Berlin 1997, RdNr. 13, p. 325, e *ivi*, Neubearb. 2013, Berlin, 2013, RdNr. 13, p. 428 («es steckt [...] im Begriff der Höchstbetragsbürgschaft, daß diese für die ganze, größere Hauptschuld gilt, bis diese vollständig getilgt ist [...], so daß die Zahlung durch einen anderen Bürgen die Bürgenschuld gegenüber dem Gläubiger unverändert bestehen läßt, sofern noch ein ungetilgter Teil der Hauptschuld fortbesteht») nonché ID., *Haftung und interner Ausgleich bei Mitbürgen und Nebenbürgen*, cit., 267; D. SCHREINER, *Die Kreditbürgschaft in der Formularpraxis der Banken und Sparkassen*, Frankfurt a.M.-Berlin-Bern-New York-Paris-Wien, 1989, pp. 146 s.; D. EHLSCHEID, *Die Ausgleichsansprüche unter Sicherungsgebern*, cit., p. 1291; D. REINICKE e K. TIEDTKE, *Kreditsicherung*⁵, cit., RdNr. 574, p. 189; K. TIEDTKE, *Gesamtschuld Klausel und Sicherungsklausel im Bürgschaftsrecht*, nota a BGH 23.10.1986, in *Juristenzeitung*, 1987, 492; K. TIEDTKE, *Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Anwendung des AGB-Gesetzes im Bürgschaftsrecht seit 1980*, in *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1986, 150; D. REINICKE e K. TIEDTKE, nota a BGH 14.7.1983, in *Juristenzeitung*, 1983, p. 898; W. SELB, nota a OLG Hamm, 25.4.1990, in *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht*, 1990, p. 1079, p. 1079; W. SELB, *Mehrheiten von Gläubigern und Schuldner*, cit., p. 63; J. GLÖCKNER, *Ausgleich zwischen mehreren Bürgen bei unterschiedlichen Höchstbetragsbeschränkungen*, cit., p. 824; J. GLÖCKNER, *Gesamtschuldvorschriften und Schuldnermehrheiten bei unterschiedlichen Leistungsinhalten*, cit., pp. 100 s.; H.P. PECHER, *sub*, § 769, in *Münchener Kommentar*, 2. Aufl., 3. Bd., 2. Halbband, München, 1986, RdNr. 2, p. 1039: «Haben mehrere Bürgen eine der Summe nach beschränkte Höchstbetragsbürgschaft für eine größere Forderung übernommen, so haften sie dem Gläubiger zwar nebeneinander bis zur Abdeckung der ganzen gesicherten Verbindlichkeit. Insgesamt beziehen sich die mehreren Bürgschaften aber auch kumulativ auf dieselbe Verbindlichkeit. Deshalb sind die Beteiligten untereinander als Mitbürgen insoweit zum Ausgleich verpflichtet, wie bei einzelnen von ihnen die Haftungssumme vom Gläubiger nicht ausgeschöpft worden ist»; J. WEITZEL, *Höchstbetragsbürgschaft*

dei confideiussori va computato in diminuzione del debito principale, ma il vincolo degli altri consorti non subisce una decurtazione fino a quando l'ammontare del debito principale non diminuisce al di sotto degli importi massimi fissati per le garanzie⁵⁶⁸.

La gran parte della dottrina ritiene pertanto che la clausola sia superflua⁵⁶⁹ e semmai abbia soltanto una «funzione chiarificatrice»⁵⁷⁰. Si è sostenuto che nei casi in cui l'entità del debito garantito eguagli o superi la somma degli importi delle fideiussioni, discenderebbe dallo stesso concetto della fideiussione con limitazione d'importo la conseguenza per cui essa non si estingue per i pagamenti parziali di altri fideiussori finché sussiste una parte inadempita del debito principale, onde non vi sarebbe alcuna necessità di derogare al § 769, perché in realtà tale norma non trova applicazione in queste ipotesi; quando invece la somma delle fideiussioni superi il debito principale, la clausola sarà sostanzialmente inefficace: per la parte garantita in via plurima sorgerà

und Gesamtschuld, p. 827; K. ADLER, *Ueber Doppelversicherung und Uebersicherung*, cit., c. 505 («Der Grundirrtum ist [...] bei der Mitbürgschaft [...], dass die Mitbürgen allgemein auf den kleinsten der Bürgschaftsbeträge solidarisch haften. Richtig ist dies nur innerhalb des Betrages, um den die Summe der Bürgschaftsbeträge die Kreditsumme übersteigt; genauer: nur insoweit liegt Mitbürgschaft nach § 769 vor, darüber hinaus Teilbürgschaft»). In giurisprudenza, RG 27 febbraio 1913, in *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*, vol. 81, 1913, pp. 414 ss.; OLG Stuttgart 28 novembre 1989, in *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1990, p. 445 s., nonché in *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht*, 1990, p. 147, con nota di W. BAYER.

⁵⁶⁸ Cfr. W. BAYER, nota a OLG Stuttgart, 28 novembre 1989, in *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht*, 1990, p. 147: «Zahlungen eines Mitbürgen vermindern daher die Hauptforderung als solche, wirken sich jedoch erst dann entlastend für andere Mitbürgen aus, wenn die verbleibende Hauptschuld die vereinbarten Höchstbeträge unterschreitet»; W. SELB, nota a OLG Hamm, 25.4.1990, in *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht*, 1990, p. 1079, p. 1079;

⁵⁶⁹ J. WEITZEL, *Höchstbetragsbürgschaft und Gesamtschuld*, cit., p. 830: «Die Ausschlußklausel nimmt [...] objektiv auf den Haftungsumfang keinen Einfluß. Sie ist insoweit überflüssig wie der Begriff der Wahlbürgschaft. Bedeutung. Bedeutung könnte sie nur für das Ausgleichsverhältnis zwischen den Bürgen gewinnen – und diese Wirkung hat der BGH, wenn auch noch etwas zögerlich, verneint»; S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., pp. 1061 s., secondo la quale la clausola potrebbe spiegare effetto soltanto accedendo alla tesi della confideiussione come garanzia solidale del minimo importo comune ai garanti, ma anche in tal caso non si potrebbe aderire all'impostazione del BGH (efficacia della clausola solo per i rapporti esterni) perché l'effetto utile della pattuizione richiederebbe l'esclusione anche del regresso nei rapporti interni; W. BAYER, *Der Ausgleich zwischen Höchstbetragsbürgen*, cit., p. 1526: «Befürchtungen, daß ohne eine ausdrückliche Abbedingung des in § 769 BGB angeordneten Gesamtschuldverhältnisses der über den obersten Höchstbetrag hinausgehende Teil der Hauptforderung ungesichert bliebe, während die sich deckenden Beträge mehrfach gesichert seien, sind [...] unbegründet»; D. SCHREINER, *Die Kreditbürgschaft in der Formularpraxis der Banken und Sparkassen*, Frankfurt a.M.-Berlin-Bern-New York-Paris-Wien, 1989, p. 147. V. anche H. JÜRGENS, *Teilschuld-Gesamtschuld-Kumulation*, Baden-Baden, 1988, p. 30: «[...] ist es abzulehnen, § 769 BGB in Verhältnis zum Gläubiger für abdingbar zu halten, davon aber die Ausgleichspflicht nach §§ 774 II, 426 BGB unberührt zu lassen. Wenn § 769 BGB abbedungen wird, kommt allein der Grundsatz des § 420 BGB zum Tragen. Die Mitbürgen sind Teilschuldner. Die Frage nach einer Ausgleichspflicht kann sich in diesem Fall nicht stellen».

⁵⁷⁰ «Die Nebenbürgschaftsklausel hat nur eine begrenzte, klarstellende Funktion; im übrigen ist sie teils überflüssig, teils unwirksam»: v. N. HORN, *sub § 769*, in *Staudingers Kommentar zum BGB*, Neubearb. 2013, cit., RdNr. 13, p. 428; E. SCHMID, *Die Mehrheit von Sicherungsgebern im deutschen und französischen Recht*, cit., p. 146; W. BAYER, *Der Ausgleich zwischen Höchstbetragsbürgen*, cit., p. 1526 («klarstellender Charakter»). Meno nettamente, v. M. HABERSACK, *sub § 769*, in *Münchener Kommentar zum BGB*⁵, cit., RdNr. 2, pp. 1054 s.: «[...] keine Mitbürgschaft sind mehrere Teilbürgen [...], soweit sie für verschiedene Teile der Hauptschuld haften. Dies gilt insbesondere für mehrere Höchstbetragsbürgen [...]. Sie haften im Zweifel additiv und damit nicht für denselben Teilbetrag einer den Höchstbetrag übersteigende Hauptschuld; durch eine sog. Nebenbürgschaftsklausel wird genau dies sichergestellt».

confideiussione ai sensi dei §§ 769 e 421 e per tale frazione vi sarà regresso fra i congaranti⁵⁷¹.

Secondo un'opinione dottrinale, l'interpretazione data dal *Bundesgerichtshof* alla c.d. *Nebenbürgschaftsklausel* come intesa a escludere la solidarietà fra i garanti soltanto nei rapporti esterni con il creditore non sarebbe corretta. Per converso dovrebbe ritenersi che le parti intendano escludere la solidarietà anche nei rapporti interni. Infatti scopo della clausola sarebbe anche, e forse soprattutto, quello di evitare che taluna delle garanzie possa estinguersi per via di un pagamento effettuato in base a una pretesa di regresso; esemplificando, se per un debito principale di 120.000 prestano fideiussione due soggetti rispettivamente con limite di 100.000 e 20.000, qualora il primo fideiussore paghi i propri 100.000 al creditore e si rivolga poi in sede di regresso contro l'altro per ottenere il rimborso di 20.000, il secondo fideiussore convenuto in regresso che paghi i suoi 20.000 al consorte sarà liberato anche nei confronti del creditore, perché una volta pagata, non importa se al creditore o al confideiussore, la somma pari all'importo massimo della sua garanzia, egli deve ritenersi liberato dal suo impegno di garanzia; cosicché il creditore sarà complessivamente garantito non per 120.000, bensì per 100.000⁵⁷². Tuttavia la clausola sarebbe inefficace ai sensi del § 9 AGB-Gesetz (oggi, § 307 BGB)⁵⁷³, perché comporterebbe a carico del fideiussore uno «svantaggio sproporzionato» (*unangemessene Benachteiligung*), privando il fideiussore *solvens* del regresso nei confronti degli altri garanti anche quando il creditore non agisce nei loro confronti perché con il pagamento del *solvens* l'intero debito principale viene estinto⁵⁷⁴.

⁵⁷¹ N. HORN, *sub* § 769, in *Staudingers Kommentar*, Neubearb. 2013, RdNr. 13, p. 428.

⁵⁷² Cfr. D. REINICKE e K. TIEDTKE, nota a BGH 14 luglio 1983, in *Juristenzeitung*, 1983, p. 897 (da cui anche l'esempio, che corrisponde al caso deciso dalla pronuncia annotata). Per considerazioni simili con riguardo alle implicazioni relative ai rapporti interni, v. anche M. WOLF, *Mitbürgen als Gesamtschuldner und Nebenschuldner*, cit., p. 2473, che conclude nel senso per cui l'esclusione della solidarietà limitatamente ai rapporti esterni sarebbe priva di senso. V. anche P. PECHER, *sub* § 769, in *Münchener Kommentar*, 2. Aufl., 3. Bd., 2. Halbband, München, 1986, RdNr. 5, p. 1040, nonché § 774, RdNr. 23, 1057; M. HABERSACK, *sub* § 769, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*⁵, cit., RdNr. 6 e 7, p. 1056, nonché *sub* § 774, RdNr. 26, p. 1085, secondo i quali quando la somma delle fideiussioni non raggiunga l'ammontare del debito principale, la clausola attribuirebbe la precedenza alla integrale attuazione del credito rispetto alla pretesa in regresso (v. anche *sub* § 774, RdNr. 26, p. 1085).

⁵⁷³ In questo senso v. anche H.G. GRAF LAMBSDORFF u. B. SKORA, *Handbuch des Bürgschaftsrechts*, cit., RdNr. 224, p. 112.

⁵⁷⁴ Cfr. Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz), 9 dicembre 1976, § 9 Generalklausel: «(1) Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. (2) Eine unangemessene Benachteiligung ist im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung 1.) mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist, oder 2.) wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben, so einschränkt, daß die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist». La AGB-Gesetz è stata abrogata per effetto del Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts, del 26 novembre 2001, a far data dal 1° gennaio 2002; attualmente la disposizione corrispondente al § 9 AGB-Gesetz è contenuta nel § 307 BGB, Inhaltskontrolle: «(1) Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Eine unangemessene Benachteiligung kann sich auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist. (2) Eine unangemessene Benachteiligung ist im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung 1.) mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist oder 2.) wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist. (3) Die Absätze 1 und 2 sowie die §§ 308 und 309 gelten nur für Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, durch die von

In realtà, si osserva, la clausola non ha alcuna utilità né per regolare il rapporto esterno né quello interno; l'applicazione della disciplina legale già consente di raggiungere soluzioni capaci di assicurare gli interessi del creditore che si intendono tutelare escludendo la solidarietà fra i garanti.

Per ciò che attiene in particolare ai rapporti interni, è senz'altro da ammettere il regresso quando risulta che il creditore non potrà escutere gli altri garanti (perché il *solvens* ha già estinto il debito principale), onde in tal caso sarebbe incongrua l'esclusione del regresso derivante dall'applicazione della *Nebenbürgschaftsklausel*; è invece da escludere la possibilità per il fideiussore che effettua il pagamento di rivolgersi verso un altro congarante non solo quando il convenuto abbia già pagato al creditore una somma pari al suo importo massimo (quest'ultimo infatti non è tenuto a effettuare altri pagamenti oltre l'importo massimo), ma anche quando il fatto che tale soggetto debba adempiere al creditore è «certo o probabile»⁵⁷⁵.

Anche un altro autore ritiene che, in realtà, non sussista la possibilità di un pregiudizio per il creditore derivante dall'operare del regresso fra i garanti, in particolare considerando, fra l'altro, che la legge stessa⁵⁷⁶ preclude l'eventualità che il diritto acquistato dal *solvens* tramite la cessione legale possa essere fatto valere in pregiudizio del creditore⁵⁷⁷.

Si può dunque convenire con l'opinione secondo cui non sarebbe possibile un'esclusione della solidarietà limitatamente ai rapporti esterni è sostanzialmente priva di utilità. La deroga al § 769 BGB avrebbe come conseguenza la configurazione delle fideiussioni come debiti parziari (*Teilschulden*) o, in alternativa, il «cumulo» dei vincoli, che in quest'ultimo caso però non potrebbero però essere considerati come fideiussioni, mentre non è possibile concepire un'esclusione della solidarietà nei rapporti esterni con conservazione del regresso nei rapporti interni⁵⁷⁸.

4. Difformità quantitative e solidarietà

La tesi che vede nella pluralità di fideiussioni con importi diseguali una forma di obbligazione solidale «modificata», come figura che mutua caratteri sia dalla solidarietà

Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden. Andere Bestimmungen können nach Absatz 1 Satz 2 in Verbindung mit Absatz 1 Satz 1 unwirksam sein».

⁵⁷⁵ D. REINICKE e K. TIEDTKE, nota a BGH 14 luglio 1983, in *Juristenzeitung*, 1983, p. 898; cfr. anche K. TIEDTKE, *Gesamtschuld Klausel und Sicherungsklausel im Bürgschaftsrecht – Zugleich eine Besprechung des BGH-Urteils von 23. Oktober 1986*, in *Juristenzeitung*, 1987, pp. 491 ss.; D. REINICKE e K. TIEDTKE, *Kreditsicherung*⁵, cit., RdNr. 574 s., pp. 189 s.; nello stesso senso v. S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1060.

⁵⁷⁶ Cfr. § 426 Abs. 2, BGB: «Soweit ein Gesamtschuldner den Gläubiger befriedigt und von den übrigen Schuldnern Ausgleich verlangen kann, geht die Forderung des Gläubigers gegen die übrigen Schuldner auf ihn über. Der Übergang kann nicht zum Nachteil des Gläubigers geltend gemacht werden»; § 774 Abs. 1, BGB: «Soweit der Bürge den Gläubiger befriedigt, geht die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner auf ihn über. Den Übergang kann nicht zum Nachteil des Gläubigers geltend gemacht werden. [...]».

⁵⁷⁷ J. WEITZEL, *Höchstbetragsbürgschaft und Gesamtschuld*, cit., pp. 829 s. Questo a., inoltre, ritiene tendenzialmente limitata la possibilità per il *solvens* di agire in regresso dopo aver effettuato un pagamento parziale per un ammontare inferiore a quella che sarebbe la sua quota interna (in contrasto però con l'opinione maggioritaria). In senso critico v. S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1060, nt. 175.

⁵⁷⁸ Cfr. S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1062 («nicht möglich ist [...] eine Abdingung der Gesamtschuld nur im Außenverhältnis unter Aufrechterhaltung des Gesamtschuldregresses»).

sia dalla parziarietà, si adatta anche al sistema che emerge dal codice civile, consentendo di superare i dubbi che l'idea di un'obbligazione solidale caratterizzata da una molteplicità di vincoli quantitativamente difformi ha destato in una parte della dottrina.

Difficilmente, invero, si potrebbe sostenere che la diversità di importi del debito dei vari consorti non costituisca una circostanza incompatibile con la solidarietà, sul rilievo che rappresenterebbe soltanto una modalità differente dei singoli vincoli ai sensi dell'art. 1293 cod. civ.⁵⁷⁹, quantomeno se con ciò si volesse intendere che la solidarietà si estende anche all'ammontare ulteriore dovuto solo da alcuni fra gli obbligati; al contrario la maggior parte degli interpreti – ancorché talora si tenga fede all'idea della disparità quantitativa come modalità dei singoli vincoli compatibile con la solidarietà ai sensi dell'art. 1293 cod. civ.⁵⁸⁰ – ritiene che in caso di disuguaglianza la solidarietà si abbia soltanto per l'ammontare comune agli obbligati⁵⁸¹.

⁵⁷⁹ Così in dottrina, ma in modo non del tutto univoco, G. AMORTH, *L'obbligazione solidale*, cit., pp. 25, 201, 202

⁵⁸⁰ Cfr. ad es. D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit., pp. 136, 179, 273; G.F. CAMPOBASSO, *Coobbligazione cambiaria e solidarietà disuguale*, cit., pp. 169 ss., 353. *Contra* M. TICOZZI, *Studio sulle obbligazioni solidali*, cit., pp. 33, 102 s.

⁵⁸¹ In questo senso v. D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit., p. 179 («si ha obbligazione solidale per la parte di prestazione comune, e, per il resto, obbligazione soggettivamente semplice»), 273; G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione e solidarietà*, Padova, 2002, p. 224 (la difformità quantitativa cozzerebbe con «la definizione di solidarietà contenuta nell'art. 1292 c.c., da cui risulta che ciascuno è tenuto per l'intero e l'adempimento per la totalità libera anche gli altri»); M. TICOZZI, *Studio sulle obbligazioni solidali*, cit., pp. 33, 102 s. In questo senso, forse, anche G.F. CAMPOBASSO, *Coobbligazione cambiaria e solidarietà disuguale*, cit., p. 170, e, più chiaramente, 353 («il vincolo solidale è limitato alla parte di prestazione comune»). Sembrano escludere la solidarietà in presenza di un difformità quantitative L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, I², cit., p. 190 (arg. ex art. 1292, cod. civ., laddove prescrive il vincolo alla totalità per ciascun obbligato) e M. FRAGALI, *Delle obbligazioni*, cit., p. 275.

In giurisprudenza si riscontra l'affermazione, in relazione alla responsabilità del danneggiante e dell'assicuratore della responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli, che la solidarietà fra il danneggiante e l'assicuratore sussiste per l'importo dovuto da entrambi i soggetti, e così entro il limite del massimale; cfr., da ultimo, Cass. 30 ottobre 2009, n. 23061, in *Giust. civ.*, 2010, I, p. 2809: «In materia di assicurazione della responsabilità civile derivante da circolazione di veicoli, tra assicuratore, destinatario dell'azione diretta di cui all'art. 18 l. 990/69, e il danneggiante assicurato, destinatario dell'ordinaria azione risarcitoria prevista dall'art. 2054 c.c., sussiste un vincolo, ancorché atipico, di solidarietà passiva, entro il limite in cui le prestazioni sono identiche, ovvero il massimale assicurato (stante il principio generale della solidarietà tra condebitori sancito dall'art. 1294 c.c. non derogato da un'espressa disposizione di legge); [...]» (corsivo aggiunto); similmente, v. Cass. 30 ottobre 2009, n. 23057, in *Arch. giur. circ.*, 2010, p. 112; Cass. 17 gennaio 2001, n. 573, in *Foro it., Rep.*, 2001, voce *Circolazione stradale*, n. 290; Cass. 2 agosto 2000, n. 10115, in *Arch. giur. circ.*, 2001, p. 20; Cass. 29 agosto 1995, n. 9101, in *Foro it., Rep.*, 1995, voce *Assicurazione (contratto)*, n. 196; Cass. 1° ottobre 1994, n. 7979, in *Foro it., Rep.*, 1994, voce *Transazione*, n. 8; Cass. 27 novembre 1982, n. 6428, in *Foro it.*, 1983, I, c. 1644, con nota di F. MACARIO, e in *Giur. it.*, 1984, I, 1, p. 369; Cass. pen., 12 aprile-24 ottobre 1988, n. 10354, in *Arch. giur. circ.*, 1989, p. 387; Cass. pen., 25 novembre 1987-7 aprile 1988, n. 4229, *ivi*, 1988, p. 1046; Cass. pen. 20 febbraio-27 dicembre 1980, n. 13777, *ivi*, 1981, p. 181; Trib. Foggia, 13 maggio 1981, in *Giur. merito*, 1983, p. 397; App. Firenze, 26 novembre 1980, n. 870, in *Dir. prat. assic.*, 1981, p. 437; sulla sussistenza del vincolo solidale esclusivamente entro i limiti in cui i debiti dei consorti risultino coincidenti, v. inoltre quanto affermato da Cass. 19 luglio 2002, n. 10564, in *Foro it., Rep.*, 2002, voce *Obbligazioni in genere*, n. 84, secondo cui «La transazione produce i suoi effetti estintivi dell'obbligazione solidale nei limiti dell'obbligazione stessa e nei confronti di tutti i debitori solidali che dichiarano di volerne profittare, ma non si estende a quella parte dell'obbligazione non solidale perché dovuta esclusivamente da uno dei debitori per un diverso titolo; pertanto la transazione stipulata dal locatore con l'assicuratore della cosa locata non si estende all'obbligazione risarcitoria del conduttore, ai

sensi dell'art. 1589 c.c., per la parte eccedente l'indennizzo assicurativo per la perdita o il deterioramento della cosa derivante da incendio».

CAPITOLO SESTO

REMISSIONE E RINUNCIA ALLA SOLIDARIETÀ IN FAVORE DI UN CONDEBITORE IN SOLIDO

Nella trattazione che segue si farà frequentemente impiego, per indicare le conseguenze giuridiche ricollegabili alla remissione concessa a uno dei debitori in solido, alle espressioni «remissione con efficacia generale», «remissione con efficacia generale limitata», «remissione con efficacia particolare»⁵⁸².

Per esigenze di chiarezza appare opportuno fornire già a questo punto una prima e approssimativa descrizione di questi diversi schemi, con l'ovvia precisazione che a un loro più approfondito inquadramento si tenterà di pervenire nel corso dell'analisi che ci si accinge ad avviare.

Dispiega «efficacia generale» la remissione che comporta la liberazione integrale di tutti i condebitori, secondo la regola accolta, ad esempio, nella prima parte dell'art. 1301, 1° co., cod. civ.; il debito si estingue per tutti i consorti e non avrà luogo alcun regresso tra loro.

L'efficacia generale della remissione è invece soltanto «limitata» (e si parla allora, appunto, di «remissione con efficacia generale limitata») quando l'estinzione si produce a favore sia dello specifico debitore remissario, che viene integralmente liberato, sia dei consorti estranei, i quali tuttavia non vengono liberati integralmente, bensì solo per la quota di pertinenza del remissario: è, questa, la regola prevista dalla seconda parte dell'art. 1301, 1° co., cod. civ.

Si parla invece di remissione con «efficacia particolare» allorché la remissione produce solo la liberazione del singolo remissario, senza alcuna estinzione, neppure parziale, del vincolo degli altri obbligati; in linea di massima si può aggiungere che in base a questo schema resta in vita la pretesa di regresso dei condebitori rimasti obbligati verso il consorte liberato, ma si tratta di un'implicazione che viene prospettata a questo punto del discorso soltanto in via generica e con finalità di maggiore chiarezza, lasciando al prosieguo dell'indagine la verifica in ordine ai termini e ai presupposti della sua validità.

Sezione I

REMISSIONE E SOLIDARIETÀ DEBITORIA NEL DIRITTO ROMANO

SOMMARIO: 1. *Acceptilatio* e *pactum de non petendo*: tratti generali – 2. *Acceptilatio* e *pactum de non petendo* in favore di un debitore in solido e di un confideiussore

⁵⁸² Come si avrà modo di vedere successivamente, si tratta di una tripartizione ampiamente invalsa fra gli interpreti nel sistema tedesco.

1. *Acceptilatio e pactum de non petendo: tratti generali*

In diritto romano il problema della remissione concessa dal creditore a uno dei condebitori in solido non si presenta in maniera unitaria. Così come per l'obbligazione soggettivamente semplice, anche in caso di obbligazione soggettivamente complessa non vi è un unico modo attraverso il quale è possibile pervenire a una remissione del debito.

In materia di solidarietà debitoria, in particolare, è necessario distinguere a seconda che il creditore e uno dei condebitori pongano in essere un'*acceptilatio* verbale⁵⁸³ o concludano un *pactum de non petendo*⁵⁸⁴.

L'*acceptilatio* verbale⁵⁸⁵ è un negozio di carattere formale, da cui consegue l'estinzione dell'obbligazione. Si perfeziona con la richiesta del debitore che domanda al creditore se ha ricevuto quanto fatto oggetto della sua obbligazione (*quod ego tibi promisi, habesne acceptum?*) e la risposta affermativa del creditore interpellato (*habeo*)⁵⁸⁶. L'*acceptilatio* rappresenta la figura opposta⁵⁸⁷ rispetto alla *stipulatio*, della quale condivide la forma di domanda e risposta. Attraverso tale strumento possono essere estinte soltanto obbligazioni *verbis contractae*, in particolare quelle sorte da *stipulatio*⁵⁸⁸.

Originariamente l'*acceptilatio* si presentava insieme al pagamento⁵⁸⁹; in seguito viene a svolgere la funzione di consentire la rimessione del debito, provocando l'estinzione dell'obbligazione senza che il pagamento sia effettivamente eseguito⁵⁹⁰.

⁵⁸³ Sulla diversa figura della *acceptilatio* letterale, della quale poche sono le attestazioni pervenuteci, v. A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*⁴, cit., p. 584; V. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*¹⁴, cit., p. 395; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 641; A. GUARINO, *Diritto privato romano*¹², cit., pp. 363, 809.

⁵⁸⁴ Quanto invece all'efficacia estintiva generale della *solutio per aes et libram*, v. A. GUARINO, *Diritto privato romano*¹², cit., p. 792.

⁵⁸⁵ In generale sull'*acceptilatio* cfr. V. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*¹⁴, cit., p. 395; A. GUARINO, *Diritto privato romano*¹², cit., pp. 809 s.; M. BIANCHINI, voce *Remissione del debito. a) Storia*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIX, Milano, 1988, pp. 760 ss. Cfr. Gai. 3,169: «*Item per acceptilationem tollitur obligatio. acceptilatio autem est veluti imaginaria solutio [...]*».

⁵⁸⁶ Gai. 3,169.

⁵⁸⁷ «L'inverso (l'*actus contrarius*)»: A. GUARINO, *Diritto privato romano*¹², cit., pp. 362 s.; «ein Gegenstück zur *stipulatio*»: M. KASER, R. KNÜTEL, *Römisches Privatrecht*, 19. Aufl., München, 2008, p. 287. Sul problema dell'ammissibilità della teoria del *contrarius actus* v. M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 635 s.

⁵⁸⁸ V. M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², cit., pp. 640 s. Secondo A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, cit., p. 584, «L'*acceptilatio* verbale [...] è atto di liberazione del debitore da *sponsio*[.] *dotis dictio* e *iusiurandum liberti*»; per M. KASER, R. KNÜTEL, *Römisches Privatrecht*¹⁹, cit., p. 297, l'*acceptilatio* è «limitata» alla *stipulatio* e alla *dotis dictio*. Ritene «molto dubbia l'estensione alla *dotis dictio* e alla *promissio iurata liberti*» M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 640.

⁵⁸⁹ Parlano di «*Quittungsakt*», «*förmliche Quittung*» M. KASER, R. KNÜTEL, *Römisches Privatrecht*¹⁹, cit., rispettivamente pp. 284 e 287; ma in senso critico rispetto all'accostamento dell'*acceptilatio* alla quietanza si esprime M. BIANCHINI, voce *Remissione del debito. a) Storia*, cit., p. 761.

⁵⁹⁰ M. KASER, R. KNÜTEL, *Römisches Privatrecht*¹⁹, cit., pp. 284, 287; A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*⁴, cit., p. 584; v. anche V. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*¹⁴, cit., p. 392; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 640; M. BIANCHINI, voce *Remissione del debito. a) Storia*, cit., p. 761.

L'estinzione del debito mediante *acceptilatio* rileva sul piano dello *ius civile*⁵⁹¹. In questo senso si afferma che tale istituto rientra fra i modi di estinzione dell'obbligazione operanti *ipso iure*.

Quanto al *pactum de non petendo*, si tratta di un accordo tra il creditore e il debitore con cui il primo si impegna a non esercitare la propria azione verso il secondo⁵⁹². Il *pactum de non petendo*, a differenza dell'*acceptilatio*, ha carattere non formale e può essere impiegato anche con riferimento a obbligazioni non verbali.

Ancora in età classica, secondo una regola che trova la propria origine già nell'epoca arcaica, per le obbligazioni derivanti da *furtum* e *iniuria* il semplice *pactum* tra creditore e debitore comporta l'estinzione del debito in base allo *ius civile*⁵⁹³. In questo caso il *pactum* rappresenta una causa di estinzione *ipso iure* del debito.

Per le altre obbligazioni, invece, il *pactum de non petendo* non assume rilevanza sul piano dello *ius civile*, bensì su quello dello *ius honorarium*⁵⁹⁴. Malgrado il patto, il vincolo resta in vita alla stregua dello *ius civile*, ma il pretore concede un'*exceptio*, fondata sul patto stesso, in virtù della quale il debitore convenuto può ottenere una pronuncia di assoluzione. L'*exceptio*, di norma, deve essere invocata nella fase *in iure* dinanzi al pretore e inserita nella *formula*.

La necessità di sollevare l'eccezione prima della *litis contestatio* non sussiste nelle ipotesi di *iudicia bonae fidei*, dove l'eccezione, perlomeno se riferita a un patto concluso *in continentis*, può essere presa in considerazione direttamente nella successiva fase *apud iudicem*⁵⁹⁵.

Fuori delle ipotesi di obbligazioni da delitto o che danno vita a un *iudicium bonae fidei*, pertanto, il *pactum de non petendo* costituisce un modo di estinzione *ope exceptionis* dell'obbligazione. Esso non fa venir meno il vincolo obbligatorio per il diritto civile, ma assume rilievo solo sul piano del diritto onorario, attribuendo al debitore un'eccezione mediante la quale egli può evitare la condanna.

La dicotomia tra *acceptilatio* e *pactum de non petendo*, così tratteggiata nei suoi termini originari, subisce nel corso del tempo profondi mutamenti.

Un primo aspetto da evidenziare è che la distinzione tra estinzione di diritto e mediante eccezione acquista un significato del tutto diverso con il superamento della divisione tra *ius civile* e *ius honorarium* e l'abbandono del processo formulare. La

⁵⁹¹ M. KASER, R. KNÜTEL, *Römisches Privatrecht*¹⁹, cit., p. 287.

⁵⁹² In generale cfr. V. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*¹⁴, cit., pp. 354, 400; M. KASER, R. KNÜTEL, *Römisches Privatrecht*¹⁹, cit., p. 288; A. GUARINO, *Diritto privato romano*¹², cit., p. 813; V. DE VILLA, voce "*Pactum de non petendo*", in *Nuovo dig. it.*, vol. IX, 1939, pp. 408 ss.; M. BIANCHINI, voce *Remissione del debito. a) Storia*, cit., pp. 762 ss.

⁵⁹³ Paul. 3 *ad ed. D.* 2,14,17,1. Sul punto v. M. KASER, R. KNÜTEL, *Römisches Privatrecht*¹⁹, cit., p. 288; A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*⁴, cit., pp. 584 s.; V. DE VILLA, voce "*Pactum de non petendo*", cit., p. 408; M. BIANCHINI, voce *Remissione del debito. a) Storia*, cit., p. 763; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 642; F. GALLO, *Sulla asserita sopravvivenza del "pactum de non petendo" nel diritto italiano*, in *Foro it.*, 1960, IV, c. 132.

⁵⁹⁴ V. per tutti M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², cit., pp. 640 ss.; A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*⁴, cit., pp. 584 s.

⁵⁹⁵ Osserva M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 640: «In linea generale, il *pactum de non petendo* è un modo di estinzione *ope exceptionis*: soltanto per le *obligationes* protette da *iudicia bonae fidei*, il convenuto non ha la necessità di opporre *in iure* l'*exceptio pacti*, e può far valere direttamente *apud iudicem* la remissione, in quanto, dicono i giuristi, l'*exceptio pacti* inerisce a tale genere di azioni [...]; il *pactum* ha quindi, in tal caso, efficacia estintiva *ipso iure*».

Sul punto v. anche, tra gli altri, M. KASER, R. KNÜTEL, *Römisches Privatrecht*¹⁹, cit., p. 180, 288; A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*⁴, cit., p. 585; V. DE VILLA, voce "*Pactum de non petendo*", cit., p. 408.

nozione di eccezione va ora considerata «in termini di difesa processuale e non di tecnica formulare»⁵⁹⁶, essendo venuta meno la necessità che essa venga invocata nella fase *in iure* per chiederne l'inserimento nella formula⁵⁹⁷.

Altro elemento da considerare è la progressiva decadenza nella prassi dello strumento dell'*acceptilatio*. L'impiego dell'*acceptilatio* diviene sempre minore⁵⁹⁸, e laddove l'istituto pur sopravvive, esso dismette la funzione remissoria: l'*acceptilatio* compare ora non più isolatamente, ma nel contesto di accordi complessi, sovente di natura transattiva, oppure viene usata con valore di quietanza. Anche terminologicamente, la locuzione «*acceptilatio*» viene a essere sostituita da altre espressioni⁵⁹⁹. La stessa distinzione tra *acceptilatio* e *pactum de non petendo*, inoltre, acquista con il tempo contorni meno netti e le due nozioni tendono a confondersi⁶⁰⁰.

Il tramonto dell'*acceptilatio* come originariamente caratterizzata era già un dato di fatto all'epoca di Giustiniano. Ciononostante, nel Digesto, verosimilmente come portato dell'impostazione classicista delle scuole in Oriente⁶⁰¹, il riferimento a tale figura viene mantenuto, così come è conservata la sua distinzione rispetto al *pactum de non petendo*.

E il regime giuridico delle due figure, così come emerge dalla compilazione giustiniana, diverge anche in relazione alla solidarietà debitoria. Tale aspetto verrà ora esaminato nello specifico.

2. *Acceptilatio e pactum de non petendo in favore di un debitore in solido e di un confideiussore*

La prima ipotesi da considerare è quella dell'*acceptilatio* intervenuta tra il creditore e uno dei condebitori in solido.

⁵⁹⁶ M. BIANCHINI, voce *Remissione del debito. a) Storia*, cit., p. 763: «Non bisogna [...] dimenticare che, se pur si continua a parlare di *exceptio*, si è ormai perduta la distinzione fra *ius civile* e *ius honorarium* e, soprattutto, la contrapposizione tra effetti sul piano sostanziale e su quello processuale, mentre si intende ormai l'eccezione in termini di difesa processuale e non di tecnica formulare».

⁵⁹⁷ V. DE VILLA, voce «*Pactum de non petendo*», cit., p. 410: «L'antitesi che presso i classici rispecchia il dualismo tra il diritto civile e pretorio ha perduto il suo valore nella compilazione. Con la caduta del processo formulare viene meno l'esigenza che l'*exceptio* sia invocata prima della contestazione della lite dal convenuto, e se la differenza tra i due modi estintivi si mantiene ancora formalmente è privata però del suo contenuto».

⁵⁹⁸ Così sintetizza la progressiva decadenza della figura dell'*acceptilatio* M. KASER, *Das römische Privatrecht*, II², cit., p. 443: «die *acceptilatio* versinkt in der Praxis, und zwar in der westlichen dadurch, daß für das Erlaßgeschäft nun ein formloser Vorgang, meist in Verbindung mit dem Schuldschein, ausreicht. Aber auch in der östlichen Praxis geht die *acceptilatio*, abgesehen vom Sonderfall der (umgedeuteten) *stipulatio Aquiliana*, verloren. Die Erinnerung an sie wird nur in der Schule gepflegt, auf deren Einfluß auch ihre Konservierung durch Justinian zurückzuführen ist».

⁵⁹⁹ Per un quadro di questa evoluzione, cfr. M. BIANCHINI, voce *Remissione del debito. a) Storia*, cit., pp. 762, 764; G. DE CRISTOFARO, *Il pactum de non petendo nelle esperienze giuridiche tedesca e italiana*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, p.373.

⁶⁰⁰ V. sul punto M. BIANCHINI, voce *Remissione del debito. a) Storia*, cit., p. 764, la quale sottolinea la presenza di passi del digesto in base ai quali un'*acceptilatio inutilis* può valere come *pactum de non petendo* (dato evidenziato anche da G. DE CRISTOFARO, *Il pactum de non petendo nelle esperienze giuridiche tedesca e italiana*, cit., p. 372, nt. 23); secondo l'a., all'appressarsi delle due figure avrebbe contribuito anche il sempre maggiore uso nella prassi del documento scritto.

⁶⁰¹ M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 641, parla di «pratica scomparsa dell'*acceptilatio*, la cui sopravvivenza nella compilazione giustiniana è dovuta al classicismo delle scuole orientali».

L'*acceptilatio* conclusa tra il creditore e un condebitore comporta la liberazione di tutti i coobbligati⁶⁰², con un effetto corrispondente a quello della *solutio*⁶⁰³.

Assai più complessa è la questione della rilevanza del *pactum de non petendo* per i condebitori non paciscenti⁶⁰⁴.

Preliminarmente va richiamata la distinzione, testimoniata dalla compilazione giustiniana, tra *pactum de non petendo in personam* e *pactum de non petendo in rem*⁶⁰⁵. In prima approssimazione, può dirsi che il patto personale ha rilievo solo a favore del debitore che lo ha concluso (*ne a persona petetur*), onde soltanto costui può avvalersi della relativa eccezione; più estesa è invece la portata soggettiva del *pactum in rem* (*ne petam*)⁶⁰⁶ che si ritiene giovare, oltre che al paciscente, all'erede, al fideiussore e al correo.

⁶⁰² Iav. 3 *ex Plaut.* D. 45,2,2; Iul. 33 *dig.* D. 30,82,5; Mod. *lib. sing. de praescr.* D. 5,2,12,3; Paul. 6 *ad leg. Iul. et Pap.* D. 34,3,29; Paul. 6 *ad leg. Iul. et Pap.* D. 39,6,35,6; Ulp. 7 *disp.* D. 46,4,16 pr.; Ulp. 23 *ad Sab.* D. 34,3,3,3; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, IV, *Le obbligazioni (dalle lezioni)*, Milano, 1979, pp. 108 ss.; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², cit., p. 658; M. KASER, R. KNÜTEL, *Römisches Privatrecht*¹⁹, cit., p. 298; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 526; V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*¹⁴, cit., p. 422; A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*⁴, cit., p. 549; A. MASI, voce *Solidarietà. Diritto romano*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, vol. XVII, 1957, p. 834; A. GUARINO, *Diritto privato romano*¹², cit., p. 792; P. SCHMIEDER, *Duo rei*, cit., pp. 99 ss.; S. MEIER, *Erläss und Regressgefährdung bei Bürgschaft und Gesamtschuld*, cit., p. 52; A. STEINER, *Die römischen Solidarobligationen. Eine Neubesichtigung unter aktionenrechtlichen Aspekten*, München, 2009, pp. 43 ss. (che indica come confermativo dell'efficacia generale dell'*acceptilatio* anche Gai. 4 *ad ed. prov.* D. 4,4,27,2). Su Ulp. 32 *ad Sab.* D. 24,1,5,1, in cui il problema dell'efficacia di una *acceptilatio* è reso più complesso dal divieto di donazioni fra coniugi, v. per tutti, anche per riferimenti, A. STEINER, *Die römischen Solidarobligationen*, cit., p. 45; P. SCHMIEDER, *Duo rei*, cit., pp. 101 ss.

⁶⁰³ Ulp. 7 *disp.* D. 46,4,16 pr. (*ceteri quoque liberantur, non quoniam ipsis accepto latum est, sed quoniam velut solvisse videtur is, qui acceptilatione solutus est*); evidenziano questo aspetto, fra gli altri, P. SCHMIEDER, *Duo rei*, cit., pp. 99 s.; S. MEIER, *Erläss und Regressgefährdung bei Bürgschaft und Gesamtschuld*, cit., p. 52; A. STEINER, *Die römischen Solidarobligationen*, cit., pp. 43 ss.; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 526; E. ALBERTARIO, *Corso di diritto romano. Le obbligazioni solidali*, Milano, 1948, pp. 153 ss.; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, IV, *Le obbligazioni*, cit., pp. 108 s.

⁶⁰⁴ Sull'efficacia del *pactum* in esame rispetto al vincolo solidale v. in generale, per tutti, M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², cit., p. 658, secondo cui il *pactum de non petendo* ha «regelmäßig» efficacia particolare, ma che «una radice classica ha [...] il *pactum in rem*, comprendente anche i correi» (*ivi*, nt. 24, «Eine klassische Wurzel hat [...] das auch die correi umfassende *pactum in rem*»). V. inoltre A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*⁴, cit., pp. 549 s., 585, nel senso dell'efficacia generale del *pactum de non petendo in rem* (sulla scorta di Paul. 3 *ad ed.* D. 2,14,21,5) e particolare del *pactum de non petendo in personam*; M. TALAMANCA, voce *Obbligazioni. a) Diritto romano*, in *Enc. dir.*, vol. XXIX, Milano, 1979, p. 56, nt. 391, che non esclude la possibilità di un'efficacia generale del *pactum in rem*, ma con particolare cautela («può darsi – ma non è certo sicuro»), ritenendo invece «verisimile l'estensione del *pactum de non petendo*, senza distinzioni, nel caso degli *argentarii socii*, ma anche in quello in cui un rapporto di società esistesse fra più *conrei stipulandi*»; A. MASI, voce *Solidarietà. Diritto romano*, cit., pp. 834 s., che pare sostenere l'efficacia particolare del *pactum de non petendo* nel diritto classico, mentre con riguardo al diritto giustiniano propende per l'efficacia generale del *pactum de non petendo in rem* e particolare di quello *in personam*. V. inoltre, in argomento, V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 422, nt. 1; P. SCHMIEDER, *Duo rei*, cit., pp. 129 ss.; A. STEINER, *Die römischen Solidarobligationen*, cit., pp. 55 ss.

⁶⁰⁵ Sulla distinzione v., in generale, A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*⁴, cit., p. 585; V. DE VILLA, voce «*Pactum de non petendo*», cit., p. 408 ss.

⁶⁰⁶ Ulp. 4 *ad ed.* D. 2,14,7,8.

È controverso se la distinzione abbia un'autentica matrice classica⁶⁰⁷. Alcuni autori hanno ritenuto che la differenziazione tra *pacta in rem* e *in personam*, sebbene non sconosciuta ai giuristi classici, si fosse affermata solo in epoca giustiniana, quando avrebbe assunto una portata diversa e assai più significativa rispetto al passato; nella dottrina più recente⁶⁰⁸, invece, acquista credito l'idea che la distinzione fosse, quantomeno nella sostanza, già presente agli interpreti del periodo classico⁶⁰⁹.

Ebbene, nel cercare di determinare se e in che termini il diritto romano classico e quello giustiniano assegnasse rilevanza nei confronti di un condebitore estraneo a un *pactum de non petendo* concluso tra il creditore e un altro coobbligato in solido, si dovrà tener presente che sull'origine e la portata dell'accennata distinzione pesano molte incertezze e che le opinioni degli interpreti, non solo in relazione al complessivo tema dei *pacta in rem* e dei *pacta in personam*, ma anche a quello, più ristretto,

⁶⁰⁷ Per un inquadramento del tema si veda l'ampio studio di G. MELILLO, «*Pacta in rem, pacta in personam*»: una «*divisio*» classica?, in *Sodalitas. Scritti in onore di A. Guarino*, 3, Napoli, 1984, pp. 1459 ss.

⁶⁰⁸ Come osserva P. SCHMIEDER, *Duo rei*, cit., p. 130.

⁶⁰⁹ La classicità della distinzione è stata posta in questione nel fondamentale lavoro di G. ROTONDI, *Di alcune riforme giustiniane relative al "pactum de non petendo"*, Perugia, 1913 (ora in *Scritti giuridici*, vol. II, Milano, 1922, pp. 307 ss., donde si trarranno anche le citazioni che seguono), in cui si afferma che, con riguardo alla rilevanza del patto per l'erede, il fideiussore e il correo «i compilatori bizantini hanno [...] alterato o addirittura capovolto il regime classico, esaltando nel tempo stesso ad una eccessiva importanza quella distinzione dei patti *in rem* e *in personam* che, se non ignota ai classici, aveva per essi un'importanza ben limitata» (*op. cit.*, p. 308). L'a. conclude che «col capovolgere il regime classico quanto all'erede, e coll'estendere il regime del fideiussore – ritoccato più nella forma che nella sostanza – al correo socio, i giustinianeî sono riusciti a ridurre sotto un comune denominatore – la personalità o realtà del patto – casi regolati nel diritto classico in modo distinto e diverso. Quella dicotomia, assunta ad un'importanza che le era prima affatto estranea, serve così come strumento sistematico per trattare con molto maggiore larghezza, che non potessero farlo i classici, il problema della legittimazione all'*exc. pacti*» (*op. cit.*, p. 370). In questo senso si esprime anche M. SARGENTI, «*Pactum de non petendo*» e *remissione del debito*, nota a Cass. 12 luglio 1958, n. 2539, in *Foro pad.*, 1958, I, cc. 300 s., secondo cui «il diritto classico non risolveva in termini generali il problema della validità del patto per i terzi e [...] la distinzione fra *pactum in rem* e *pactum in personam* è da ritenere frutto di una generalizzazione giustiniana. Nel diritto classico era distintamente considerata e trattata la posizione delle tre categorie di persone che possono essere interessate agli effetti del patto: l'erede il fideiussore, il condebitore solidale». Anche V. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*¹⁴, cit., p. 400, propende per la tesi secondo cui la distinzione sarebbe giustiniana, mentre nel diritto classico si sarebbe potuto avvalere del *pactum* il fideiussore («quale debitore accessorio») ma non l'erede o il coobbligato in solido. Pur non aderendo *in toto* alle tesi di ROTONDI, afferma P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, vol. IV, *Le obbligazioni*, cit., p. 103, che della distinzione in esame «se non la paternità probabilmente l'accentuazione spetta a Giustiniano».

A sostegno della classicità della distinzione si esprimono invece, ad es., M. KASER, R. KNÜTEL, *Römisches Privatrecht*¹⁹, cit., p. 288; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², p. 658, nt. 24 («Eine klassische Wurzel»); ID., *Das römische Privatrecht*, II², cit., pp. 444, nt. 38, 456, nt. 17; G. MELILLO, «*Pacta in rem, pacta in personam*»: una «*divisio*» classica?, cit., pp. 1459 ss.; V. MANNINO, *L'estensione al garante delle eccezioni del debitore principale nel diritto romano classico*, Torino, 1992, pp. 18 s. Aperture in tal senso si ritrovano anche in M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 643, secondo il quale «Per lungo tempo, la distinzione è stata ritenuta postclassica. Può darsi che su tale distinzione si sia posta, in tale periodo, un'attenzione più accentuata, ma esistevano, al riguardo, precisi spunti classici nel senso che – partendo dalle formule adoperate – i *prudentes* facessero dipendere dalla volontà delle parti l'ambito dell'efficacia del patto a soggetti che si trovavano in particolari rapporti col pacisciente». Per più ampi riferimenti sulle diverse opinioni in materia si rinvia a P. SCHMIEDER, *Duo rei*, cit., pp. 129 s.; V. MANNINO, *L'estensione al garante delle eccezioni del debitore principale nel diritto romano classico*, cit., pp. 16 ss.; G. MELILLO, «*Pacta in rem, pacta in personam*»: una «*divisio*» classica?, cit., pp. 1459 ss.

dell'ultrattività del *pactum de non petendo* per il correo estraneo, divergono anche sensibilmente.

Fatta questa precisazione, è possibile procedere all'esame di alcuni frammenti del digesto che interessano l'ipotesi del *pactum de non petendo* concluso tra il creditore e un condebitore in solido.

A fronte di alcuni passi che depongono per un'efficacia meramente personale del *pactum*⁶¹⁰, altri ve ne sono in cui viene invece in considerazione la possibile rilevanza del patto *ultra partes*, in particolare, per quanto qui interessa, a favore del condebitore e del fideiussore.

In base a un primo frammento risulta che l'efficacia del patto *in rem* a favore di un terzo ricorre quando l'estinzione dell'obbligazione del terzo interessa al pacisciente; il passo prosegue affermando che, per la ragione indicata, la convenzione stipulata dal debitore principale va a vantaggio del fideiussore⁶¹¹. L'interesse del debitore alla liberazione del fideiussore sembrerebbe da rintracciare – pur trattandosi di una spiegazione non pacifica – nella normale sussistenza di un diritto di regresso del garante nei suoi confronti: se, infatti, il fideiussore venisse escusso dal creditore senza poter opporre il *pactum de non petendo* concluso dal debitore, quest'ultimo si troverebbe esposto alla pretesa di regresso da parte del garante, con sostanziale vanificazione del *pactum* concluso con il creditore⁶¹².

Per converso, in un secondo passo si afferma che la convenzione del fideiussore non va a beneficio del debitore principale, non avendo il primo interesse a che il secondo

⁶¹⁰ Paul. 3 *ad ed.* D. 2,14,25,1; Iul. 54 *dig.* D. 46,3,34,11; Paul. 4 *quaest.* D. 46,1,71,1; su questo v. A. STEINER, *Die römischen Solidarobligationen*, cit., p. 58; P. SCHMIEDER, *Duo rei*, cit., pp. 133 ss. Anche Ulp. 23 *ad Sab.* D. 34,3,3,3, relativo al *legatum liberationis*, sembrerebbe confermare l'efficacia particolare del *pactum* intercorso con uno dei debitori in solido, patto che, a differenza dell'*acceptilatio* non estingue il debito degli altri, e lascia altresì esposto il condebitore liberato nei confronti del creditore all'eventuale regresso degli altri consorti (nel passo si ipotizza che fra i *duo rei promittendi* vi sia una *societas*: in tal caso il *pactum* lascerebbe soggetto il debitore al regresso del socio); tuttavia in tale frammento non vi sono riferimenti alla distinzione tra *pactum in rem* e *in personam*, e controversa è la ragione per cui non viene prospettata la possibilità di un *pactum de non petendo* rilevante oggettivamente, vale a dire anche per il condebitore socio non pacisciente, e si opta per lo strumento dell'*acceptilatio*.

Con riguardo all'ipotesi dei confideiussori, v. quanto si dirà nel prosieguo.

⁶¹¹ Paul. 3 *ad ed.* D. 2,14,21,5.

⁶¹² Fanno leva sulla presenza di un diritto di regresso per giustificare la legittimazione all'*exceptio* in capo al *fideiussor*, fra gli altri: P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, vol. IV, *Le obbligazioni*, cit., p. 103, il quale molto chiaramente afferma che «gli è sulla base del regresso che si fonda l'efficacia del patto in pro del fideiussore: il fideiussore non deve essere molestato perché altrimenti ha regresso contro il reo»; M. SARGENTI, «*Pactum de non petendo*» e remissione del debito, cit., p. 301.

Ma la spiegazione fondata sul regresso non è condivisa da tutti gli autori, contrapponendosi a essa quella basata sul principio dell'accessorietà; in questo secondo senso v., ad es., B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, trad. it. C. FADDA, P.E. BENZA, II, 2, Torino, 1904, § 477, p. 449, nt. 6: «Le eccezioni del debitore principale compentono al mallevadore come tale, indipendentemente da ciò, che egli abbia o no un regresso contro il debitore principale». La spiegazione fondata sull'accessorietà è condivisa in linea generale anche da G. ROTONDI, *Di alcune riforme giustinianee relative al "pactum de non petendo"*, cit., p. 332, secondo cui «Nell'età classica è precisamente la natura accessoria dell'obbligazione del fideiussore quella che giustifica la concessione a lui delle eccezioni del reo, come è merito della dottrina moderna aver riconosciuto, in antitesi all'opinione un tempo dominante che riponeva tale giustificazione generale nel regresso»; tuttavia, secondo questo a., l'estensione dell'*exceptio pacti* a favore del garante costituirebbe un'ipotesi particolare, il cui fondamento andrebbe ricercato proprio nel regresso spettante al fideiussore: cfr. spec. p. 345, nt. 1. Per un quadro delle diverse opinioni sul punto cfr. V. MANNINO, *L'estensione al garante delle eccezioni del debitore principale nel diritto romano classico*, cit., pp. 2 ss., testo e nt. 3.

non venga escusso, né tale patto va a beneficio dei confideiussori; infatti il patto non va a vantaggio di un terzo in ogni caso in cui questi vi abbia interesse, ma solo quando il pacisciente beneficia «*principaliter*» dell'estensione dell'*exceptio* a suo favore, come nel caso dell'eccezione che può essere proposta da coloro che hanno assunto un'obbligazione per un altro debitore («*qui pro reo obligati sunt*»)⁶¹³.

In tale frammento appare dunque precisato⁶¹⁴ quell'interesse in capo al pacisciente che nel passo richiamato in precedenza fondava la legittimazione ad avvalersi dell'eccezione da parte del terzo: si chiarisce che tale interesse sussiste quando tramite l'opposizione dell'*exceptio* a opera del terzo si avvantaggia «*principaliter*» (cioè «in prima linea o immediatamente»⁶¹⁵) il pacisciente. Si è osservato che la legittimazione a favore di un terzo coobbligato si avrebbe, in buona sostanza, quando il pacisciente è soggetto al regresso da parte del terzo stesso⁶¹⁶. In altre parole, la liberazione del terzo conseguibile tramite l'estensione a suo favore dell'*exceptio* deve giovare proprio al pacisciente; ciò si verifica, in particolare, quando il pacisciente sarebbe esposto al regresso da parte del terzo, onde la possibilità di opporsi alla pretesa creditoria invocando l'*exceptio* evita che il terzo stesso, una volta effettuato il pagamento, si rivolga in via di regresso al debitore pacisciente e questi si veda, pertanto, sottratto il beneficio del *pactum* concluso col creditore.

In un ulteriore passo si afferma che «lo stesso» («*idem*») vale per i *duo rei promittendi* e per gli *argentarii socii*⁶¹⁷. A quale regola faccia riferimento l'espressione «lo stesso» non è immediatamente chiaro⁶¹⁸; appare plausibile che debba farsi riferimento al frammento che richiede, per l'opponibilità dell'eccezione da parte di un terzo, che dall'opposizione dell'eccezione tragga vantaggio in prima linea («*principaliter*») colui che ha concluso il patto⁶¹⁹.

È poi discusso se «lo stesso» debba valere in ogni caso in cui vi siano *duo rei promittendi* o soltanto quando i *duo rei* siano legati da un rapporto di società⁶²⁰; infatti l'espressione «*socii*» può almeno astrattamente ricollegarsi non solo al termine «*argentarii*», che immediatamente la precede, ma anche a «*duobus reis promittendi*»⁶²¹.

⁶¹³ Paul. 3 *ad ed.* D. 2,14,23 pr.-1.

⁶¹⁴ Sostengono che D. 2,14,23 conterrebbe una puntualizzazione rispetto a D. 2,14,21,5 circa l'interesse rilevante in capo al contraente del patto P. SCHMIEDER, *Duo rei*, cit., pp. 131 s.; G. ROTONDI, *Di alcune riforme giustiniane relative al "pactum de non petendo"*, cit., p. 352.

⁶¹⁵ Cfr. P. SCHMIEDER, *Duo rei*, cit., p. 131, nt. 503 («*principaliter*, also in erster Linie oder unmittelbar»).

⁶¹⁶ V. MANNINO, *L'estensione al garante delle eccezioni del debitore principale nel diritto romano classico*, cit., p. 39; P. SCHMIEDER, *Duo rei*, cit., p. 139.

⁶¹⁷ Paul. 3 *ad ed.* D. 2,14,25 pr.: «*Idem in duobus reis promittendi et duobus argentariis sociis*».

⁶¹⁸ Da ultimo, A. STEINER, *Die römischen Solidarobligationen*, cit., p. 57.

⁶¹⁹ In questo senso A. STEINER, *Die römischen Solidarobligationen*, cit., p. 57; P. SCHMIEDER, *Duo rei*, cit., p. 131 s., testo e nt. 504 («Dass sich das *idem* in Paul. D. 2,14,25 pr. auf Paul. D. 2,14,23 bezieht, ist allgemein anerkannt»); V. MANNINO, *L'estensione al garante delle eccezioni del debitore principale nel diritto romano classico*, cit., p. 45.

⁶²⁰ S. MEIER, *Erlaubnis und Regressgefährdung bei Bürgschaft und Gesamtschuld*, cit., p. 53.

⁶²¹ Così, ad es., V. MANNINO, *L'estensione al garante delle eccezioni del debitore principale nel diritto romano classico*, cit., p. 45 («quando in entrambe le ipotesi esistesse una *societas*»). Diversamente sembrerebbe F. GALLO, *Sulla asserita sopravvivenza del "pactum de non petendo" nel diritto italiano*, cit., p. 135, il quale, nell'affermare che a opera dei bizantini l'eccezione viene estesa in favore del coobbligato in solido, non fa riferimento alla sussistenza di una *societas* fra i correi. Ritengono che «*socii*» sia riferibile esclusivamente a «*duobus argentariis*» e non a «*duobus reis promittendi*» P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, vol. IV, *Le obbligazioni*, cit., pp. 102; E. ALBERTARIO, *Efficacia del*

Cosicché il passo è suscettibile di una duplice interpretazione. In un primo senso, il *pactum* avrebbe efficacia generale, oltre che nel caso degli *argentarii socii*, quando l'eccezione opposta dal terzo vada *principaliter* a vantaggio del pacisciente, indipendentemente dal sussistere di una *societas* fra i condebitori; e poiché la liberazione del correo estraneo va in prima linea («*principaliter*») a beneficio del pacisciente quando il primo avrebbe regresso verso il secondo, allora l'estensione dell'eccezione si avrà quando fra i correi vi sia, appunto, un diritto di regresso⁶²²; secondo un'altra lettura, l'efficacia generale del *pactum* andrebbe ammessa, al di fuori dell'ipotesi degli *argentarii socii*, solo nel caso in cui i condebitori siano *socii*⁶²³.

Né si può escludere che il regime, sotto questo profilo, sia stato diverso in epoca classica e in età giustiniana. Così, in base a una prima opinione⁶²⁴, il diritto classico si sarebbe caratterizzato per una rigorosa personalità dell'efficacia del *pactum de non petendo* rispetto ai correi non paciscenti. L'estensione, che avrebbe riguardato esclusivamente i condebitori legati da un rapporto sociale, sarebbe stata un'innovazione giustiniana. Originariamente, dunque, il *pactum* sarebbe stato inopponibile da parte dei correi estranei, mentre in seguito sarebbe stato invocabile anche dai condebitori soci.

Secondo un'altra tesi, per i classici il *pactum de non petendo* avrebbe avuto efficacia obiettiva soltanto qualora fra i condebitori sussistesse una *societas*; in tal caso infatti la legittimazione *ultra partes* si sarebbe ricollegata alla possibilità di regresso legata al vincolo sociale fra i correi. Al contrario, nel periodo giustiniano il *pactum de non petendo*, purché *in rem*, avrebbe avuto rilevanza a favore di tutti i condebitori a prescindere dalla presenza di un rapporto sociale⁶²⁵. La conclusione, secondo una tesi, si accorderebbe con la diversa configurazione del regresso assunta in epoca giustiniana, quando esso viene riconosciuto in ogni ipotesi di condebito solidale: la presenza

pactum de non petendo sulla obbligazione solidale romana, in *Studi di storia e diritto in onore di Carlo Calisse*, vol. I, Milano, 1940, pp. 61 ss., ora, con il medesimo titolo, in *Studi di diritto romano*, VI, Milano, 1953, pp. 352 s., 356 ss. (a cui si fa riferimento per le citazioni), nonché ID., *Corso di diritto romano. Le obbligazioni solidali*, cit., pp. 179, 183 ss.

⁶²² In questo senso, ad es., A. STEINER, *Die römischen Solidarobligationen*, cit., pp. 55 ss.

⁶²³ Così, ad es., in considerazione della configurabilità di un regresso tra i correi mediante l'esercizio dell'*actio pro socio*, M. SARGENTI, «*Pactum de non petendo*» e remissione del debito, cit., p. 301 (con riferimento però al solo regime giustiniano, essendo la rilevanza del *pactum* per il correo estraneo, a parere dell'a., al diritto classico).

⁶²⁴ Il riferimento è alla ricostruzione di G. ROTONDI, *Di alcune riforme giustiniane relative al "pactum de non petendo"*, pp. 348 ss. Conf. M. SARGENTI, «*Pactum de non petendo*» e remissione del debito, cit., p. 300 s.

⁶²⁵ P. BONFANTE, *Corso di diritto romano, IV, Le obbligazioni (dalle lezioni)*, cit., p. 103; secondo questo a. «è impossibile che nel diritto classico non fosse riconosciuta la validità obbiettiva del patto, quando vi fosse rapporto sociale e diritto di regresso: gli è sulla base del regresso che si fonda l'efficacia del patto in pro del fideiussore: il fideiussore non deve essere molestato perché altrimenti ha regresso contro il reo. Noi riteniamo che una riforma di Giustiano abbia avuto luogo, ma crediamo pur sempre ch'essa sia consistita nel rendere l'efficacia obbiettiva del patto *in rem*, indipendente dal rapporto sociale». In senso adesivo si esprime V. DE VILLA, voce "*Pactum de non petendo*", cit., p. 409. Anche P. SCHMIEDER, *Duo rei*, cit., pp. 139 ss., ritiene che nel diritto classico il *pactum de non petendo* abbia di regola rilevanza esclusivamente personale e che la sua l'ultrattività, tanto in caso di *pactum in rem* quanto di *pactum in personam* (sul punto, dunque, la distinzione sarebbe stata irrilevante per il diritto classico: *op. cit.*, p. 141) sia da ricollegare alla sussistenza di un regresso fra i correi, in particolare in caso di *societas*; diversa invece sarebbe stata la soluzione nel regime giustiniano, dove l'estensione non sarebbe stata subordinata alla presenza di una *societas* (cfr. *op. cit.*, p. 141, nt. 549, p. 138, nt. 535). In senso contrario v. G. ROTONDI, *Di alcune riforme giustiniane relative al "pactum de non petendo"*, pp. 368 ss., secondo il quale l'estensione sarebbe stata circoscritta ai correi soci.

costante del regresso giustificerebbe la generalizzazione dell'efficacia obiettiva del patto, anche in assenza di un rapporto sociale⁶²⁶.

Secondo un'ulteriore impostazione, per i classici l'estensione *ultra partes* avrebbe riguardato soltanto il fideiussore e gli *argentarii socii*, due ipotesi di carattere eccezionale rispetto alla regola della normale efficacia personale del *pactum* concluso dal debitore in solido; solo per opera dei compilatori la legittimazione a opporre il patto *in rem* sarebbe stata ampliata a tutti i condebitori, legati o no da un vincolo sociale, e ciò in ragione del legame instaurato dai giustinianeî tra la nozione di solidarietà e il regresso, e dell'abbandono della prospettiva legata a una rigorosa relatività dell'efficacia degli accordi⁶²⁷.

Per i confideiussori l'efficacia del *pactum de non petendo*⁶²⁸ è limitata al solo garante che ha concluso il patto⁶²⁹. Vi sono peraltro alcuni indici che, in talune ipotesi,

⁶²⁶ P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, vol. IV, *Le obbligazioni (dalle lezioni)*, cit., pp. 103 s.; V. DE VILLA, voce "*Pactum de non petendo*", cit., p. 409: «Se nonostante ciò non è spezzata la correlazione col diritto di regresso, che anzi interviene come valido motivo a favore dell'efficacia obiettiva del patto, ciò dipende dalla diversa concezione del regresso presso i giustinianeî per i quali è indifferente l'esistenza di un rapporto interno fra i correi, soprattutto di natura sociale».

⁶²⁷ E. ALBERTARIO, *Efficacia del pactum de non petendo sulla obbligazione solidale romana*, in *Studi di diritto romano*, VI, cit., pp. 355 ss., e ID., *Corso di diritto romano. Le obbligazioni solidali*, cit., pp. 182 ss. A questa tesi mostra di aderire F. GALLO, *Sulla asserita sopravvivenza del "pactum de non petendo" nel diritto italiano*, cit., pp. 133 s., testo e nt. 15, il quale, per quanto qui interessa, ritiene che fosse già classica la legittimazione all'*exceptio* dell'*argentarius socius* e che solo «I bizantini [...] la estesero (trattandosi di patto *in rem*) ad ogni condebitore solidale».

⁶²⁸ Anche *in rem* secondo P. SCHMIEDER, *Duo rei*, cit., p. 256.

⁶²⁹ Paul. 3 *ad ed.* D. 2,14,23 pr. (secondo P. SCHMIEDER, *Duo rei*, cit., p. 256, il passo escluderebbe anche la rilevanza del *pactum in rem*); v. anche Iul. 51 *dig.* D. 46,1,15,1 (il fr. si riferirebbe, secondo P. SCHMIEDER, *Duo rei*, cit., p. 256, al *pactum in personam*): due confideiussori sono tenuti per venti; uno di essi dà o promette al creditore cinque per non essere escusso; in questo caso l'altro garante non è liberato dall'obbligo di pagare quindici, ma può sollevare l'*exceptio doli* qualora venga richiesto del pagamento degli ulteriori cinque (per questa lettura, P. SCHMIEDER, *Duo rei*, cit., p. 257; M. KASER, *Celsus D. 12, 6, 47 und die Akzessorietät der Bürgschaft*, in *Festgabe für Arnold Herdlitzka zu seinem 75. Geburtstag*, München/Salzburg, 1972, p. 151); secondo V. MANNINO, *L'estensione al garante delle eccezioni del debitore principale nel diritto romano classico*, cit., p. 42, nt. 22, nel passo di Giuliano da ultimo citato, «in sostanza, parrebbe ribadita la regola enunciata da Paolo, cioè quella secondo cui l'accordo concluso personalmente da un confideiussore, per la mancanza di interesse, non giovava agli altri confideiussori». Il fr. ha dato peraltro adito a diversi tentativi di lettura (per un quadro di sintesi, v. M. KASER, *op. cit.*, pp. 151, ntt. 43-44). Il passo pone, in particolare, un problema di coordinamento con il *beneficium divisionis*; secondo una possibile interpretazione, per effetto del *pactum de non petendo* concluso dal primo garante, il secondo si troverebbe privato di tale beneficio (v. ad es. la ricostruzione di M. KASER, *op. ult. cit.*, p. 152, dove A e B sono i due *fideiussores*: «Da A sich einer weiteren Belangung über die bezahlten oder versprochenen 5 hinaus stets mit der *exceptio pacti* entziehen könnte, ist B nunmehr Alleinbürge geworden, der nicht mehr die Beschränkung seiner Haftung auf die bloÙe Kopfquote verlangen kann, mithin nicht für bloÙe 10, sondern für 15 haftet»). In relazione a questo problema nel diritto comune e nella pandettistica si v. S. MEIER, *Erlaß und Regressgefährdung bei Bürgschaft und Gesamtschuld*, cit., pp. 47 ss.; EAD., *Gesamtschulden*, cit., pp. 1103 s.

Ritiene G. ROTONDI (*Di alcune riforme giustiniane relative al "pactum de non petendo"*, cit., pp. 351 ss., citazioni a p. 353) che la limitazione della rilevanza del *pactum* al confideiussore paciscente si spiegherebbe già in base alla generale regola di cui a Paul. 3 *ad ed.* D. 2,14,21,5, ove l'efficacia *ultra partes* del patto viene fatta dipendere dall'esistenza di un interesse in capo al paciscente all'estinzione dell'obbligazione del soggetto estraneo alla convenzione: tra i confideiussori, infatti, un simile interesse non sarebbe normalmente riscontrabile, dal momento che tra essi non vi è di regola regresso, tramite il *pactum* in favore di uno di essi il vincolo degli altri non subisce alcuna riduzione e dalla convenzione non viene compromesso il *beneficium divisionis*. L'interesse potrebbe riscontrarsi solo tra più *sponsors* e più *fidepromissores*, tra i quali sussiste una possibilità di rivalsa in base alla *lex Apuleia*, o tra più *fideiussores*

sembrerebbero attribuire al confideiussore estraneo (non un'*exceptio pacti* bensì) un'*exceptio doli* nei confronti del creditore; più in dettaglio, si afferma che, pur essendo esclusa l'*exceptio* (da intendersi come *e. pacti*) a favore del debitore in caso di patto concluso dal fideiussore, al debitore è tuttavia riconosciuta l'*exceptio doli* quando i paciscenti avevano di mira anche la sua liberazione⁶³⁰; lo stesso – si afferma – vale per i confideiussori⁶³¹.

legati da un rapporto di società, rapporto che rende possibile un regresso altrimenti non sussistente tra *fideiussores* tali; sarebbe pertanto uno di questi due casi («sia pure non esclusivamente») alla base dell'inciso «*immo nec confideiussoribus proderit*» di cui a Paul. 3 *ad ed.* D. 2,14,23 pr., e per il quale si renderebbe necessaria la particolare giustificazione di cui alla successiva *l. 1*, in base al quale la legittimazione per l'estraneo a opporre il patto richiede che l'*exceptio* vada «*principaliter*» a vantaggio del paciscente: tra più *sponsores*, *fidepromissores* o *confideiussores socii* mancherebbe la «dipendenza» tra i vincoli obbligatori «e, quindi, quel carattere <principale> dell'interesse del paciscente che fa apparire come un vero effetto riflesso l'utilità del patto per l'obbligato in subordine»; da tale passo l'a. trae argomento per negare l'opponibilità del *pactum* anche da parte del «correo socio» del paciscente. L'a. rileva poi che la regola restrittiva in tema di confideiussori non sia stata avvertita come incongrua anche dai compilatori, in quanto per i confideiussori stessi operava il *beneficium divisionis* in base all'*epistula divi Hadriani*.

⁶³⁰ Cfr. P. SCHMIEDER, *Duo rei*, cit., p. 243 («wenn [...] auch dieser [*scil.*: der Hauptschuldner] in das *pactum* mit einbezogen wurde»), e p. 256 («den Spezialfall, dass gerade die Hauptschuld von dem *pactum* erfasst werden soll»). Pone l'accento sulla volontà delle parti A. WACKE, *Zur Lehre vom pactum tacitum und zur Aushilfsfunktion der exceptio doli. Stillschweigender Verzicht und Verwirkung nach klassischem Recht*, I, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung, Romanistische Abteilung*, vol. 90, 1973, pp. 235: «Der *reus* kann sich aber nach Julian regelmäßig («plerumque») der *exception doli* bedienen, wenn der Wille der Parteien dahinging (*si hoc actum sit*), auch den *reus* zu befreien, also den Gläubiger wegen seines gesamten Anspruchs abzufinden». Nella *l. 26* si farebbe riferimento all'ipotesi in cui «sia stata prevista la liberazione del debitore principale o del confideiussore» secondo G. MELILLO, «*Pacta in rem, pacta in personam*»: una «*divisio*» classica?, cit., p. 1467.

⁶³¹ Paul. 3 *ad ed.* 2,14,25,2 e Ulp. 4 *ad ed.* D. 2,14,26. È riconosciuta l'*exceptio doli* al debitore principale, pur a fronte dell'efficacia solo particolare del *pactum de non petendo* concluso da fideiussore, quando il patto era stato concluso con l'intenzione di liberare anche il debitore; lo stesso vale per i confideiussori (v., su questo, P. SCHMIEDER, *Duo rei*, cit., pp. 243, 256; A. WACKE, *Zur Lehre vom pactum tacitum und zur Aushilfsfunktion der exceptio doli*, I, cit., pp. 235 s.). Ritiene G. MELILLO, «*Pacta in rem, pacta in personam*»: una «*divisio*» classica?, cit., p. 1467, che nel caso in esame vi sarebbe un'estensione, a favore del debitore principale o del confideiussore, dell'*exceptio pacti* e non del «rimedio straordinario della *exceptio doli*, da concedersi secondo Giuliano in D. 2.14.25.2, nella maggior parte dei casi, ma in funzione ausiliaria».

Sezione II

REMISSIONE E RINUNCIA ALLA SOLIDARIETÀ IN FAVORE DI UN DEBITORE SOLIDALE NEL CODICE CIVILE DEL 1865

SOMMARIO: 1. La remissione in favore di un condebitore in solido – 2. La rinuncia alla solidarietà in favore di un condebitore – 3. Le conseguenze della rinuncia alla solidarietà – 4. Sull'ammissibilità di una remissione con efficacia particolare

1. La remissione in favore di un condebitore in solido

Il codice civile del 1865 prevedeva che la remissione accordata dal creditore a uno dei condebitori in solido producesse di regola la liberazione di tutti gli obbligati. L'effetto estintivo generale era precluso solo qualora il creditore si fosse riservato il proprio diritto nei confronti degli altri debitori; in tal caso il vincolo di questi ultimi restava in vita, ma con deduzione della quota di pertinenza del debitore beneficiario della rinuncia, cosicché la remissione dispiegava un'efficacia generale limitata (art. 1281 cod. civ. abr.)⁶³². La soluzione coincide con quella prevista dalla corrispondente norma del codice civile francese (art. 1285 cod. civ. fr.)⁶³³.

La regola appena ricordata era prevista in relazione alla remissione c.d. espressa, mentre in tema di remissione c.d. tacita si stabiliva che la restituzione al debitore del titolo originale del credito costituiva prova della remissione anche nei confronti dei coobbligati in solido⁶³⁴.

La regola della normale efficacia generale della remissione in forma espressa ha destato perplessità in parte della dottrina per il contrasto con il principio di stretta interpretazione delle rinunce e per la sua scarsa compatibilità con la normale volontà del creditore e del debitore coinvolti nella remissione⁶³⁵. Per contro, la soluzione si sarebbe

⁶³² Art. 1281 cod. civ. abr.: «Il creditore il quale, dichiarando di rimettere il debito a vantaggio di uno dei condebitori in solido, non vuole liberare tutti gli altri, deve espressamente riservarsi i suoi diritti contro di essi. Ma in tal caso non può ripetere il credito, se non colla detrazione della parte di colui al quale ha fatto la rimessione».

⁶³³ Art. 1285 cod. civ. fr.: «La remise ou décharge conventionnelle au profit de l'un des codébiteurs solidaires, libère tous les autres, à moins que le créancier n'ait expressément réservé ses droits contre ces derniers».

Dans ce dernier cas, il ne peut plus répéter la dette que déduction faite de la part de celui auquel il a fait la remise.

⁶³⁴ Art. 1279 cod. civ. abr.: «La volontaria restituzione del titolo originale del credito sotto forma privata, fatta dal creditore al debitore, costituisce la prova della liberazione tanto in favore dello stesso debitore, quanto in favore dei condebitori in solido».

⁶³⁵ V., ad es., con riferimento al codice francese, le osservazioni di C. CROME, *Teorie fondamentali delle obbligazioni nel diritto francese*, trad. con note di A. Ascoli e F. Cammeo, Milano, 1908, p. 228, testo e nt. 48, ove si afferma che «Le rinunce debbono interpretarsi restrittivamente». Con riferimento al codice italiano v. i rilievi di L. BELLAVITE, *Note illustrative e critiche al codice civile del Regno*, Padova, 1874, p. 185, secondo il quale «quando il creditore manifesta ad un solo debitore la volontà di rimmettergli

potuta invece considerare conforme alla volontà del creditore e del debitore beneficiario dalla remissione quando la remissione sia tacita, cioè avvenga con la restituzione del titolo⁶³⁶ (cfr. art. 1284 cod. civ. fr.; art. 1279 cod. civ. abr.)⁶³⁷.

il debito, per cui questi è tenuto con altri in solido verso di lui, è da ritenere, sino a prova contraria, ch'egli abbia di mira soltanto il vantaggio del condebitore con cui pattuisce, e che questi abbia accettato la rimessione solo per sé». Ritiene che una regola in base alla quale l'effetto della remissione dipenda dalla volontà delle parti (creditore remittente e debitore) sarebbe stata preferibile G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, vol. I, 7^a ed. (rist.), Firenze, 1924, pp. 188 s., approvando, invece, la soluzione accolta in tema di rinuncia alla solidarietà, più conforme al principio di interpretazione restrittiva delle rinunce (*op. cit.*, p. 239). In senso critico si esprimono anche N. DE CRESCENZIO, C. FERRINI, voce *Obbligazione*, in *Enc. giur. ital.*, vol. XII, pt. I, Milano, 1900, p. 473 («quando io dichiaro di rimettere il debito ad uno, non si vede perché alle mie parole abbia a darsi una portata che non hanno e chiamare altri che non ho pur nominato a fruire di ugual beneficio»).

L'efficacia generale è invece reputata conforme alle regole della solidarietà da P. MELUCCI, *La teoria delle obbligazioni solidali nel diritto civile italiano*, Torino, 1894, p. 116, e in particolare con la rappresentanza ritenuta sussistente fra i condebitori: «Se questi si rappresentano l'un l'altro nel peso dello adempimento della obbligazione, si rappresentano anche nel beneficio della sua liberazione». Ritiene poi apprezzabile la regola accolta nel codice C. GANGI, *Remissione del debito solidale e remissione della solidarietà*, Siena, 1905 (ora in appendice a *Le obbligazioni. Concetto – Obbligazioni naturali – Solidali – Divisibili e indivisibili*, Milano, 1951, 313 ss., donde anche le citazioni che seguono; sulla questione in discorso v. le pp. 342 ss.); a parere di questo a., la soluzione più corretta è quella che richiede di «indagare di volta in volta quale sia stata l'intenzione del creditore remittente» (*op. cit.*, p. 342); in caso di dubbio si dovrebbe concludere per l'estinzione oggettiva, in quanto la rinuncia dovrebbe intendersi estesa all'intero debito, essendo il debitore a cui è concessa tenuto appunto per l'intero («Il creditore verso ciascuno dei debitori ha diritto all'intero [...], quindi, quando egli rinuncia al suo diritto, si deve logicamente intendere che egli rinuncia all'intero, tanto più che, se egli avesse voluto rinunciare soltanto ad una parte, avrebbe senza dubbio limitata la sua rinuncia» (*op. cit.*, p. 343); in sostanza dunque la remissione avrebbe di regola efficacia generale, salva la prova di una diversa volontà del creditore; alla luce di queste considerazioni, la soluzione codicistica sarebbe da condividere, in quanto evita le difficoltà legate al sindacato sulla volontà del remittente ed eleva correttamente a regola normale quella dell'efficacia oggettiva, salva la riserva dei diritti contro gli altri debitori (*op. cit.*, p. 344). V. anche quanto afferma G. VENZI, in E. PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*⁵, vol. IV, cit., pp. 103 s., secondo il quale «Non bisogna confondere i rapporti tra creditore e debitori, con i rapporti tra i condebitori. Il creditore ha la libera disposizione del suo credito, e quando egli dispone dell'intero credito con uno dei debitori, si presume, salvo contraria dichiarazione di volontà, che abbia voluto in quel modo usare del suo diritto, il quale, perciò, rimane estinto o consumato. È per questo motivo che, come la legge espressamente dichiara, quando il creditore rimette l'obbligazione solidale ad uno dei debitori o la nova, senza riservarsi il diritto nei rapporti degli altri debitori, questi (qualunque ne siano le conseguenze nei rapporti tra loro) s'intendono liberati dall'obbligazione solidale contratta verso di lui». Ritiene R. CERCIELLO, *La remissione del debito nel diritto civile positivo*, Roma, 1921, pp. 438 ss., citaz. a p. 439, che la regola sia «da un punto di vista pratico» quella maggiormente condivisibile, sia in quanto «ha il merito di eliminare ogni controversia», sia perché corrisponderebbe alla «natura della obbligazioni solidali dove le obbligazioni dei vari debitori si collegano in un unico vincolo».

La soluzione proposta da R.-J. POTHIER, *Trattato delle obbligazioni*, t. I, trad. F. Foramiti, Venezia, 1833, num. 275, p. 275 fa leva sull'intenzione del creditore di estinguere l'intero debito o invece di liberare il debitore direttamente beneficiario estinguendo *pro parte* il vincolo in capo agli altri; in tema di remissione afferma infatti l'a. che «Quando vi sono più debitori solidarii, il creditore, facendo la remissione ad uno di essi, può estinguere il debito e liberare anche tutti gli altri. [...] È però necessario che sia *espressa* l'intenzione del creditore di voler estinguere il debito; perché se ha avuto intenzione soltanto di liberare la persona del debitore, ed ha riservato le sue ragioni verso gli altri condebitori, egli non si considerano liberati se non che per la quota di quello a cui venne fatta la remissione» (*op. cit.*, t. II, Venezia, 1834, num. 585, pp. 147 s., corsivo aggiunto).

⁶³⁶ Fa leva sulla volontà delle parti C. CROME, *Teorie fondamentali delle obbligazioni nel diritto francese*, cit., p. 228, il quale ritiene che in caso di remissione c.d. tacita (cioè mediante restituzione del documento) l'estinzione generale possa appunto considerarsi «conforme all'intenzione delle parti», sul rilievo che «per tal modo il creditore si è spogliato del titolo di fronte a tutti». Secondo L. BELLAVITE,

Quanto alla regola derogatoria che dispone, in caso di riserva espressa delle azioni contro gli altri debitori, l'efficacia generale limitata, l'estinzione *pro quota* del vincolo dei condebitori estranei viene giustificata con l'esigenza di non privare di effetti la remissione lasciando esposto il debitore liberato alla pretesa di rivalsa dei coobbligati⁶³⁸, fermo restando che al creditore non è concessa la facoltà di chiedere l'intero ai debitori residui privandoli del regresso verso il condebitore liberato⁶³⁹.

Taluno ritiene apprezzabile la previsione dell'efficacia generale limitata perché evita l'«inconveniente di un inutile circuito di azioni» che caratterizza il modello dell'efficacia particolare con diritto del debitore liberato di a propria volta rivalersi verso il creditore⁶⁴⁰.

Si pone poi il problema se una remissione con efficacia generale limitata estingua il vincolo dei condebitori estranei per un'importo pari alla quota effettiva o alla quota virile del debitore liberato⁶⁴¹. Vi è stato chi ha sostenuto doversi sempre dedurre l'importo della quota effettiva, sia in base all'argomento testuale per cui la legge fa riferimento alla «parte di colui» che ha beneficiato la remissione, senza autorizzare ulteriori distinzioni, sia sul rilievo per cui tale risultato sarebbe conforme alla «normale volontà del creditore», indipendentemente dalla conoscenza che egli abbia o no della effettiva entità della quota⁶⁴². Non pochi sostenitori ha avuto peraltro la diversa tesi che ritiene necessario esaminare la fattispecie tenendo conto della conoscenza o dell'ignoranza in capo al creditore circa l'entità della quota del debitore liberato. Si ritiene così da alcuni che l'estinzione del vincolo dei condebitori estranei abbia luogo

Note illustrative e critiche al codice civile del Regno, cit., p. 185, non sarebbe condivisibile l'equiparazione della remissione espressa e di quella tacita; solo per quest'ultima sarebbe giustificabile l'estinzione generale, poiché «colla restituzione volontaria del documento originale del debito, benché fatta ad un solo condebitore in solido, il creditore si priva verso tutti i condebitori in solido del mezzo che gli assicurava la prova del suo credito. Laonde è naturale ritenere che, ciò facendo, liberi tutti». La liberazione di tutti i condebitori come conseguenza della restituzione del titolo è regola approvata anche da C. GANGI, *Remissione del debito solidale e remissione della solidarietà*, cit., p. 329, sul rilievo per cui «Il creditore, che si spoglia del suo titolo, si priva del mezzo di provare il suo diritto non solo verso il debitore, cui ha fatto la restituzione, ma verso tutti i condebitori; logico è dunque presumere che egli, restituendo il titolo ad uno di essi, intenda liberare tutti».

⁶³⁷ Cfr. art. 1284 cod. civ. fr.: «La remise du titre original sous signature privée, ou de la grosse du titre, à l'un des débiteurs solidaires, a le même effet au profit de ses codébiteurs».

⁶³⁸ G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, I⁷, cit., p. 187; P. MELUCCI, *La teoria delle obbligazioni solidali nel diritto civile italiano*, cit., p. 117 (a p. 173, tuttavia, alla motivazione legata al regresso si aggiunge che l'estinzione parziale degli altri vincoli si giustifica in quanto il creditore, mediante la remissione, «aliena» una parte del credito, onde non può «esigerne che il rimanente»); G. LOMONACO, *Delle obbligazioni e dei contratti in genere*, vol. II, 2^a ed. (rist.), con appendici del prof. F. Degni, Napoli-Torino, 1925, num. 144, p. 301; C. GANGI, *Remissione del debito solidale e remissione della solidarietà*, cit., pp. 346 s.; M. ALLARA, *Delle obbligazioni*, cit., pp. 66 ss., che vede nella necessità di evitare il regresso contro il debitore liberato una soluzione conforme all'«intento empirico del creditore, il quale compiendo la remissione ha pur voluto beneficiare» il debitore (*op. cit.*, p. 67), mentre in seguito afferma che la disposizione in esame è «giustificata dal rispetto della volontà delle parti».

⁶³⁹ Per questa puntualizzazione, v. P. MELUCCI, *La teoria delle obbligazioni solidali nel diritto civile italiano*, cit., p. 117.

⁶⁴⁰ C. GANGI, *Remissione del debito solidale e remissione della solidarietà*, cit., p. 347 (da cui le parole citate); R. CERCIELLO, *La remissione del debito nel diritto civile positivo*, cit., p. 130; entrambi con richiamo all'esperienza tedesca.

⁶⁴¹ Per un quadro delle opinioni sul punto, anche con riferimenti alla dottrina di lingua francese, v. P. MELUCCI, *La teoria delle obbligazioni solidali nel diritto civile italiano*, cit., p. 118; C. GANGI, *Remissione del debito solidale e remissione della solidarietà*, cit., pp. 349 ss.

⁶⁴² R. CERCIELLO, *La remissione del debito nel diritto civile positivo*, cit., pp. 133 s.

per la quota effettiva del debitore liberato se il creditore ne conosce l'ammontare, mentre in caso contrario l'estinzione si verifica per la quota virile⁶⁴³. Si argomenta che, essendo determinante la volontà del creditore al fine di stabilire l'entità della rinuncia, se questi conosce la quota è da ammettersi che a tale importo sia orientata la sua intenzione di rinuncia; se invece la ignora, allora la volontà dismissiva dovrà riferirsi alla quota virile, essendo quella che di regola compete a ciascun debitore in solido⁶⁴⁴. E tale regola si applicherebbe anche quando la quota reale risulta minore di quella virile⁶⁴⁵.

In questo senso si afferma che il punto di avvio deve essere la valutazione dell'intenzione del creditore, e che in caso di ignoranza della quota reale l'effetto estintivo varrà per la virile, in quanto corrispondente al criterio ordinario di ripartizione interna fra i condebitori⁶⁴⁶, indipendentemente dal fatto che la parte effettiva sia superiore o inferiore; in particolare ciò andrebbe ammesso anche in caso di quota effettiva minore della virile perché non si dovrebbe ritenere che l'effetto estintivo si verifichi per la parte che gli altri debitori avrebbero potuto esigere dal debitore liberato, bensì per la parte «che il creditore *volle* rimettere», parte che, nell'ignoranza di una diversa ripartizione rispetto a quella normale, coinciderà con la quota virile⁶⁴⁷.

Viceversa se l'entità della quota effettiva è nota al creditore, si dovrà presumere un effetto estintivo per tale ammontare, in quanto in tale circostanza è corretto ritenere che il creditore, in mancanza di indicazioni contrarie, si riferisca piuttosto alla quota reale che alla virile. Si ritiene dunque presunta, in caso di conoscenza della sua entità da parte del creditore, una remissione in base alla quota effettiva, senza però escludere che dalle concrete circostanze possa emergere una diversa volontà del creditore, che conduca a ritenere avvenuta una remissione in base alla quota virile⁶⁴⁸.

Nella dottrina francese è stata peraltro prospettata anche una tesi diversa: se la quota effettiva è inferiore a quella virile, sarà la prima e non la seconda a dover essere portata in deduzione dal vincolo dei debitori estranei, poiché la riduzione del debito di costoro avviene solo per evitare che il debitore beneficiario della remissione si trovi a essere convenuto in regresso dai coobbligati⁶⁴⁹; se invece la quota effettiva è maggiore di

⁶⁴³ C. CROME, *Teorie fondamentali delle obbligazioni nel diritto francese*, cit., p. 229, testo e nt. 50, con riferimento al diritto francese; P. MELUCCI, *La teoria delle obbligazioni solidali nel diritto civile italiano*, cit., pp. 118 s.; G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, I⁷, cit., pp. 187 s. In questo senso appaiono orientati anche N. DE CRESCENZIO, C. FERRINI, voce *Obbligazione*, cit., p. 474.

⁶⁴⁴ P. MELUCCI, *La teoria delle obbligazioni solidali nel diritto civile italiano*, cit., p. 118. Ritiene determinante l'interpretazione della volontà anche G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, I⁷, cit., pp. 187 s.

⁶⁴⁵ P. MELUCCI, *La teoria delle obbligazioni solidali nel diritto civile italiano*, cit., p. 118.

⁶⁴⁶ Parla di «quota normale, presunta» C. GANGI, *Remissione del debito solidale e remissione della solidarietà*, cit., p. 350.

⁶⁴⁷ C. GANGI, *Remissione del debito solidale e remissione della solidarietà*, pp. 350 s. (citaz. a p. 351, corsivo nel testo); l'a. incisivamente afferma che «il creditore, presumendo uguali le quote dei condebitori, non poté volere rimettere che una quota virile» (*op. cit.*, p. 351).

⁶⁴⁸ C. GANGI, *Remissione del debito solidale e remissione della solidarietà*, cit., p. 351.

⁶⁴⁹ G. BAUDRY-LACANTINERIE, L. BARDE, *Delle obbligazioni*, vol. III, con addiz. del prof. N. Stolfi, in *Trattato teorico-pratico di diritto civile*, trad. it. sulla III ed. a cura di P. Bonfante, G. Pacchioni, A. Sraffa, Milano, 1914, num. 1792, p. 122: «Se la parte reale è inferiore a quella individua, bisognerà dedurre la reale, poiché i condebitori che non ottennero la remissione non sono liberati che in ragione della rivalsa che potrebbero esercitare contro il condebitore liberato; ed è soltanto per la parte reale, che a questi spetta, ch'essi han diritto a rivalsa». V. inoltre F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, V ed., t. XVII, Bruxelles-Paris, 1893, num. 341, pp. 342 s., che differenzia tra l'ipotesi di remissione a titolo

quella virile, si dovrà dedurre la prima qualora il creditore fosse al corrente del riparto interno ai condebitori, la seconda nel caso contrario⁶⁵⁰.

Discusse erano altresì le conseguenze di una remissione con riserva di agire contro gli altri obbligati allorché il debitore liberato fosse l'unico responsabile nei rapporti interni. Parte della dottrina ha sostenuto l'improduttività di effetti di un'eventuale riserva di agire contro gli altri debitori⁶⁵¹. Altri ha invece ritenuto ammissibile la riserva, riconoscendo la possibilità che il creditore, ancorché fosse a conoscenza del fatto che l'obbligato al quale intende rimettere il debito fosse tenuto in via esclusiva nei rapporti interni, potesse riservarsi di agire contro gli altri, con la conseguenza che i vincoli di questi ultimi non si sarebbero estinti integralmente (cioè in conformità al riparto interno delle quote effettive), ma solo per la quota virile spettante al debitore liberato: in caso di riserva, si argomenta, il creditore ha mostrato di tenere i debitori come obbligati secondo quote eguali, e di conseguenza ha manifestato l'intenzione di «rimettere [...] una sola parte virile»⁶⁵².

2. La rinuncia alla solidarietà in favore di un condebitore

Il codice abrogato disciplinava inoltre la rinuncia alla solidarietà, stabilendo che il creditore potesse concedere la «divisione del debito» in favore di uno dei coobbligati, con il risultato che il debitore beneficiario della rinuncia era tenuto esclusivamente per la quota di propria spettanza mentre gli altri restavano obbligati in solido per l'intera somma originariamente dovuta (art. 1195 cod. civ. abr.)⁶⁵³.

Mentre, come si è visto, la soluzione accolta in tema di remissione coincideva con quanto previsto dal codice civile francese, quella concernente la «divisione del debito» si distanziava dal modello transalpino⁶⁵⁴.

gratuito e a titolo oneroso («Quelle est la part dont les codébiteurs sont déchargés? Quand les débiteurs sont tenus chacun de sa part virile, il n'y a pas de question; mais on suppose que la part réelle du débiteur libéré n'est point la part virile. Quelle est, en ce cas, la part que le créancier est censé remettre aux autres codébiteurs? En principe, c'est la part que les codébiteurs auraient pu réclamer contre le débiteur libéré, car ce n'est qu'à raison de ce recours qu'ils sont déchargés de la part pour laquelle ils auraient eu action contre lui. Il y aurait exception dans le cas peu probable où la part réelle est plus forte que la part virile, en supposant que le créancier ignore le fait; sa volonté sera alors de ne renoncer à sa créance, à l'égard des autres codébiteurs que pour la part virile du débiteur qu'il a déchargé, et c'est la volonté du créancier qui fait la loi, au moins lorsque la remise est gratuite. Si elle se faisait à titre onéreux, il faudrait rechercher, d'après la commune intention des parties contractantes, quelle est la part, réelle ou virile, que le créancier doit déduire de la créance»).

⁶⁵⁰ G. BAUDRY-LACANTINERIE, L. BARDE, *Delle obbligazioni*, vol. III, cit., num. 1792, p. 122: «Ma se la parte reale è superiore a quella invidua, bisogna distinguere: se il creditore, al momento della remissione, sapeva quale cointeressenza il condebitore liberato aveva nel debito, converrà dedurre la parte reale: opposta soluzione si dovrà dare se egli non era al corrente della situazione».

⁶⁵¹ Così, con riguardo al codice italiano, v. L. BELLAVITE, *Note illustrative e critiche al codice civile del Regno*, cit., p. 187, nt. 1 (la «riserva tornerà inefficace, quando il creditore, che la fece, sapeva che tutto il debito incombeva materialmente al condebitore a cui ha rimesso il debito»).

⁶⁵² C. GANGI, *Remissione del debito solidale e remissione della solidarietà*, cit., p. 351.

⁶⁵³ Art. 1195 cod. civ. abr.: «Il creditore che acconsente alla divisione del debito a favore di uno dei condebitori, conserva la sua azione in solido contro gli altri per l'intero credito».

⁶⁵⁴ Per alcuni cenni sulla storia della disposizione e le ragioni di allontanamento dal modello francese v. C. GANGI, *Remissione del debito solidale e remissione della solidarietà*, cit., pp. 354 s., da cui emerge che la mancata previsione dell'effetto parzialmente estintivo per le obbligazioni dei debitori estranei alla rinuncia sarebbe da riportare alla considerazione delle critiche formulate nell'ambito della dottrina francese alla corrispondente regola del *code civil*.

In base al *code civil* il debitore beneficiario della rinuncia alla solidarietà rimane obbligato soltanto per la propria parte, mentre gli altri restano obbligati in solido, come in base al codice italiano del 1865, ma non per l'intero debito originario, bensì per tale somma dedotta la quota del debitore beneficiario della divisione (art. 1210 cod. civ. fr.)⁶⁵⁵. La *division de la dette*, quindi, non solo limita alla sola quota il vincolo del debitore a cui è concessa, ma comporta anche la parziale estinzione dell'obbligazione degli altri consorti, conseguenza estranea alla rinuncia alla solidarietà prevista dall'art. 1195 cod. civ. abr.⁶⁵⁶.

Una questione posta dalla norma sulla remissione della solidarietà era se il debitore beneficiario dalla rinuncia restasse tenuto verso il creditore per la sua quota reale o per quella virile.

⁶⁵⁵ Art. 1210 cod. civ. fr.: «Le créancier qui consent à la division de la dette à l'égard de l'un des codébiteurs, conserve son action solidaire contre les autres, mais sous la déduction de la part du débiteur qu'il a déchargé de la solidarité».

⁶⁵⁶ Sulla previsione del cod. civ. fr. relativa alla rinuncia alla solidarietà in favore di un condebitore, si è osservato in senso critico che mancherebbero ragioni per l'effetto estintivo *pro quota* in favore degli altri obbligati, giacché «il debitore liberato dalla solidarietà è ancora esposto, come prima, al regresso dei condebitori, né si vede perché questa remissione dovrebbe giovare agli altri debitori più che se il creditore li convenisse per l'intero senza aver rimesso la solidarietà al condebitore» (C. CROME, *Teorie fondamentali delle obbligazioni nel diritto francese*, cit., p. 229). Per motivazioni simili ritiene preferibile la soluzione accolta nel codice italiano C. GANGI, *Remissione del debito solidale e remissione della solidarietà*, cit., p. 355, considerato, in particolare, che il debitore beneficiario della rinuncia alla solidarietà resta tenuto per la sua quota, anche in via di regresso verso chi adempia l'intero, onde non vi è ragione di ridurre il debito dei coobbligati estranei alla rinuncia. Analoghi appaiono i motivi di preferenza per la soluzione del codice italiano evocati da L. BORSARI, *Commentario del codice civile italiano*, vol. III, pt. II, Torino, 1877, sub artt. 1195-1197, § 3118, p. 484, che, da un lato, considera la scelta coerente con la «energica costruzione della solidarietà nell'interesse del creditore» e, dall'altro, richiama lo strumento del regresso verso il debitore liberato dalla solidarietà come mezzo di tutela per gli altri debitori, che quindi non risentirebbero danno dalla rinuncia. V. anche F. RICCI, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, III ed. (rist.), vol. VI, a cura di F. Caire, Torino, 1912, num. 165, p. 209, anch'egli con riferimento all'intero regresso a favore dei debitori non liberati dalla solidarietà.

Parte della dottrina francese circoscrive la regola al caso in cui il debitore liberato dalla solidarietà abbia eseguito il pagamento per la propria porzione (per riferimenti v. P. MELUCCI, *La teoria delle obbligazioni solidali nel diritto civile italiano*, cit., p. 174; C. CROME, *Teorie fondamentali delle obbligazioni nel diritto francese*, cit., p. 229, nt. 53; C. GANGI, *Remissione del debito solidale e remissione della solidarietà*, cit., p. 355); in senso critico si rileva che una simile interpretazione non sarebbe conciliabile col testo della disposizione (C. CROME, *op. loc. cit.*; similmente P. MELUCCI, *La teoria delle obbligazioni solidali nel diritto civile italiano*, cit., p. 174), e verrebbe a configurare un'ipotesi del tutto scontata, non bisognosa di una disposizione *ad hoc* (P. MELUCCI, *La teoria delle obbligazioni solidali nel diritto civile italiano*, cit., p. 174).

Secondo P. MELUCCI, *La teoria delle obbligazioni solidali nel diritto civile italiano*, cit., pp. 166, 169, 173, quella prevista dal legislatore italiano non sarebbe la «vera» remissione della solidarietà, condotta alle sue conseguenze ultime, perché questa implicherebbe, tra l'altro, che la quota del debitore beneficiario venga scorporata dal debito in capo agli altri obbligati (analogamente, si può notare, a quanto previsto dal *code civil*); ciò deriverebbe dalla rappresentanza tra i coobbligati: ciascun debitore deve in via diretta la propria quota e in via rappresentativa quella altrui, ma tale rappresentanza viene meno quando il creditore rinuncia alla solidarietà in favore di uno dei condebitori, onde per la quota di quest'ultimo gli altri non sono più rappresentanti ed essa, quindi, non può essere più domandata loro. L'a. peraltro giudica la norma del codice italiano «più razionale» rispetto alla corrispondente nel *code civil* (*op. cit.*, pp. 173 s.), perché anche la regola francese non avrebbe di mira la «vera» remissione della solidarietà, ma quello stesso più limitato fenomeno previsto dalla disposizione del codice italiano, come sarebbe confermato dal fatto che in entrambi i codici l'insolvenza di un condebitore è ripartita fra tutti gli altri, ivi compreso quello che era stato liberato dalla solidarietà, regola, questa, incompatibile con una «vera» remissione della solidarietà (su questo punto si v. anche *op. cit.*, pp. 176 ss.).

Si è proposto di distinguere a seconda che la quota reale sia minore o maggiore della virile. Nel primo caso il debitore resterà tenuto per la quota effettiva se il creditore remittente ne conosceva l'ammontare; per la virile, invece, nel caso contrario. Qualora, al contrario, la quota effettiva superi la virile, il debitore resterà tenuto in ogni caso nella misura della prima, nota o no che quella fosse al creditore, «poiché la divisione in parti uguali o virili è stabilita in favore del creditore e non può in conseguenza essergli opposta»⁶⁵⁷.

Opinioni discordanti si erano formate in relazione alla ripartizione del peso dell'insolvenza di uno dei condebitori in caso di remissione della solidarietà.

A fronte del dettato dell'art. 1200 cod. civ. abr. (corrispondente all'art. 1215 cod. civ. fr.), secondo il quale, in caso di remissione della solidarietà a favore di un condebitore, l'insolvenza di uno degli altri debitori si ripartisce fra tutti gli altri coobbligati, compreso quello liberato dalla solidarietà, ci si chiedeva se quest'ultimo dovesse effettivamente sopportare il peso dell'insolvenza del consorte, venendo quindi a sborsare un sovrappiù rispetto alla propria originaria quota, o se la sua considerazione nel riparto dell'insolvenza si limitasse al computo della sua persona nella divisione della parte spettante all'insolvente, mentre la perdita effettiva conseguente all'insolvenza stessa dovesse gravare sul creditore⁶⁵⁸. In sostanza ci si chiedeva se il condebitore liberato dalla solidarietà dovesse realmente farsi carico di una frazione della quota dell'insolvente o se dovesse semplicemente «far numero»⁶⁵⁹ per la ripartizione di tale quota, ma non si vedesse realmente addebitata la sua frazione, che avrebbe dovuto essere invece sopportata dal creditore come perdita.

Si consideri l'esempio che segue. Tre condebitori solidali A, B e C sono tenuti secondo quote uguali per 9.000; il creditore rimette ad A la solidarietà; B risulta insolvente, e la sua quota (3.000) viene ripartita tra tutti i residui debitori, compreso A; a causa dell'insolvenza di B, C sarà tenuto verso il creditore per la propria originaria quota più la metà di quella spettante a B, e così complessivamente per 4.500; la questione è se gli altri 1.500 di originaria pertinenza dell'insolvente B vadano a carico di A, ancorché beneficiato dalla rinuncia alla solidarietà, il quale risulterebbe così tenuto per complessivi 4.500, oppure debbano essere messi in conto, come perdita, al creditore, che non otterrà l'intera somma ma soltanto 7.500, di cui 3.000 da A e 4.500 da C.

Schematicamente, dunque, la soluzione del problema può essere in danno del creditore o in danno del condebitore liberato dalla solidarietà⁶⁶⁰.

⁶⁵⁷ C. GANGI, *Remissione del debito solidale e remissione della solidarietà*, cit., pp. 358 s. (citaz. a p. 359).

⁶⁵⁸ Su questa questione, v., anche per riferimenti, G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, I⁷, cit., pp. 240 s.; P. MELUCCI, *La teoria delle obbligazioni solidali nel diritto civile italiano*, cit., pp. 176 ss.; C. GANGI, *Remissione del debito solidale e remissione della solidarietà*, cit., pp. 378 ss.

⁶⁵⁹ L'espressione, frequentemente adoperata in questo contesto, si ritova, ad es., in C. GANGI, *Remissione del debito solidale e remissione della solidarietà*, cit., p. 378.

⁶⁶⁰ R.-J. POTHIER, *Trattato delle obbligazioni*, t. I, cit., num. 275, pp. 276 s., aveva sostenuto, in relazione all'ipotesi della vera e propria remissione in favore di un condebitore, e dunque con liberazione integrale del debitore direttamente beneficiato e riduzione *pro quota* del vincolo dei debitori estranei, che in caso di insolvenza di uno dei debitori non liberati il creditore avrebbe potuto agire contro gli altri per l'intero debito, previo scomputo della quota del debitore cui era stata accordata la remissione e *di quanto a carico di quest'ultimo sarebbe gravato in ragione della ripartizione della quota dell'insolvente*; il debitore escusso, infatti, gode di una riduzione del proprio vincolo corrispondente a quanto avrebbe potuto ottenere tramite cessione delle azioni verso il debitore liberato dalla solidarietà: ma tale importo

Nella dottrina italiana taluno ha considerato il problema come una *quaestio voluntatis*: sarebbe necessario verificare se il creditore, rinunciando alla solidarietà verso un debitore, abbia inteso o no esonerarlo anche dall'eventuale contribuzione in caso di insolvenza di un altro obbligato; nel caso di dubbio, per il principio contrario alla presunzione di rinuncia, si dovrebbe optare per la soluzione in danno del condebitore beneficiario della rinuncia⁶⁶¹.

Altri ha ritenuto la soluzione in danno del condebitore la più congruente con la portata della rinuncia alla solidarietà prevista dal legislatore, che costituisce una mera «rinuncia all'azione in solido» o «*beneficium divisionis*», una rinuncia con effetti circoscritti con cui il creditore esime il debitore beneficiario dal dovere di prestare l'intero ma non intende privarsi della garanzia della soddisfazione del proprio credito che la presenza di quel debitore gli procura in relazione, in particolare, all'ipotesi di insolvenza di altri condebitori; la soluzione in danno del creditore (salvo che i debitori estranei abbiano aderito alla remissione della solidarietà in favore del loro consorte, che allora il peso dell'insolvenza sarà distribuito tra i debitori rimasti obbligati in solido)⁶⁶² sarebbe conforme solo alla «vera» remissione della solidarietà, caratterizzata da un'effettiva fuoriuscita dal vincolo solidale del debitore beneficiario, con esclusione anche della sua responsabilità per l'eventuale insolvenza dei consorti⁶⁶³.

coincide proprio con la quota originaria del debitore liberato aumentata della frazione su di esso gravante dopo la ripartizione della quota dell'insolvente fra i condebitori.

L'a. perviene a una soluzione analoga anche in tema di remissione della solidarietà, in relazione all'ipotesi in cui il creditore rilascia a uno dei debitori una quietanza con l'indicazione che la somma viene ricevuta come pagamento della parte del *solvens*: in questo caso solo il debitore che ottiene la quietanza è liberato dalla solidarietà, non gli altri obbligati, in quanto la convenzione sottostante al rilascio della quietanza e volta alla liberazione dalla solidarietà non produce effetto che tra le parti (creditore e singolo debitore interessato); tuttavia la liberazione del condebitore non può andare a danno degli altri, dal cui vincolo deve pertanto scomputarsi quanto il primo avrebbe dovuto sopportare in ragione dell'insolvenza di uno degli altri debitori (*op. cit.*, num. 278, pp. 285 ss.).

Per un quadro delle opinioni nell'ambito dell'esperienza di lingua francese, v. F. BENTELE, *Gesamtschuld und Erlass. Eine Rechtsvergleichende Untersuchung zum deutschen und französischen Recht vor dem Hintergrund der europäischen Rechtsvereinheitlichung*, Tübingen, 2006, pp. 114 ss.

⁶⁶¹ Per questa tesi v. G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, I⁷, cit., p. 241; F. RICCI, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, III ed. (rist.), vol. VI, *Delle obbligazioni e dei contratti in genere*, a cura di F. Caire, Torino, 1912, num. 172, p. 218.

⁶⁶² P. MELUCCI, *La teoria delle obbligazioni solidali nel diritto civile italiano*, cit., pp. 166 ss.

⁶⁶³ P. MELUCCI, *La teoria delle obbligazioni solidali nel diritto civile italiano*, cit., pp. 177 ss. Per la differenza delineata da questo a. tra vera remissione della solidarietà e rinuncia all'azione in solido o *beneficium divisionis*, v. *op. cit.*, pp. 165 ss. La soluzione in danno del creditore è respinta anche da L. BELLAVITE, *Note illustrative e critiche al codice civile del Regno*, cit., pp. 206 s., sul rilievo per cui l'espressione «è ripartita», riferita all'insolvenza, non potrebbe avere un senso diverso per i debitori liberati dalla solidarietà e per quelli rimasti vincolati; ciò comporta che il debitore liberato dalla solidarietà continua a essere tenuto nei rapporti interni di regresso per l'eventuale insolvenza di un consorte, e sarà poi una *quaestio voluntatis* se il debitore liberato ha diritto o no di essere tenuto indenne dal creditore per quanto versato in via di regresso a causa dell'insolvenza di un condebitore: di regola dovrà escludersi un tale obbligo del creditore, per il principio di stretta interpretazione delle rinunce; un eventuale indice in senso contrario potrebbe consistere nel fatto che l'insolvenza preesisteva alla liberazione dalla solidarietà e il creditore ne era al corrente. Per la tesi secondo cui il peso dell'insolvenza ricadrebbe sul debitore liberato dalla solidarietà v. anche Cass., ud. 19 novembre 1929, in *Foro it.*, 1929, I, c. 1169, che peraltro ritiene che la portata dell'art. 1200 cod. civ. abr. concernesse soltanto i rapporti interni, e così il regresso fra i coobbligati; ne discendeva l'impossibilità per il creditore di agire contro il debitore liberato per ottenere da lui una frazione della quota del debitore insolvente; tale importo avrebbe potuto essere richiesto al beneficiario della rinuncia soltanto, in via di regresso, dai consorti.

Un'ulteriore opinione rifiuta invece, anzitutto, la distinzione tra remissione della solidarietà e remissione dell'azione in solido⁶⁶⁴, e respinge anche la differenziazione tra obbligo di prestare l'intero e obbligo di garantire la piena soddisfazione del diritto creditorio in caso di insolvenza dei condebitori, il primo solo dei quali sarebbe condonato tramite la remissione della solidarietà⁶⁶⁵, non essendovi traccia nella legge di quest'ultima distinzione, perlomeno in relazione al rapporto esterno tra debitori e creditore⁶⁶⁶. La distinzione criticata sarebbe alla base, secondo quest'opinione, anche dell'argomento basato sul principio di interpretazione restrittiva delle rinunce. Tale principio presuppone un'incertezza sull'oggetto della rinuncia, incertezza che subentra solo accogliendo la criticata dicotomia tra obbligo di prestare l'intero e obbligo di garantire per l'insolvenza altrui. Ma poiché la distinzione andrebbe respinta, la rinuncia del creditore non potrebbe che considerarsi estesa a tutti i vantaggi a lui assicurati dalla solidarietà, e così, in particolare, non solo alla prestazione dell'intero ma anche alla garanzia per l'insolvenza degli altri condebitori, salva una limitazione espressa.

Si ritiene quindi compatibile con la rinuncia alla solidarietà esclusivamente la soluzione in danno del creditore: poiché la ripartizione delle conseguenze dell'insolvenza presuppone la solidarietà, essa non potrà avvenire nei confronti del consorte liberato, giacché questi, sebbene permanga obbligato verso il creditore per la propria quota, non è più un debitore in solido, bensì «un debitore semplicemente congiunto»⁶⁶⁷. A tale regola si derogherà soltanto in due casi. La prima ipotesi è quella in cui la quota effettiva del debitore liberato sia maggiore della virile, e che tale circostanza sia ignota al creditore remittente. Secondo questa tesi, nel caso in esame, ancorché il debitore liberato dalla solidarietà resti obbligato verso il creditore per la sua quota effettiva e non per la virile⁶⁶⁸, la remissione della solidarietà non potrà essere «opposta» al creditore che nella più ristretta misura della quota virile; il creditore, dunque, parteciperà nell'insolvenza di uno dei debitori sopportando una perdita calcolata in ragione della quota virile del debitore liberato dalla solidarietà, e non in proporzione a quella effettiva; residua dunque la differenza tra la frazione della quota dell'insolvente calcolata secondo la quota effettiva del debitore liberato e la frazione calcolata in base alla quota virile, differenza data dal fatto che, tra i condebitori, determinanti nella distribuzione del peso dell'insolvenza sono le quote reali e non quelle virili. Tale importo residuo andrà ascritto al debitore liberato dalla solidarietà⁶⁶⁹.

Si consideri il seguente esempio. A, B e C sono tenuti in solido per 30.000; nei rapporti interni A è tenuto per 20.000, B e C per 5.000 ciascuno; il creditore, all'oscuro della reale ripartizione interna, rinuncia alla solidarietà verso A; B diviene insolvente. Il creditore subirà le conseguenze di tale insolvenza sopportando una perdita calcolata in base alla quota virile di A (liberato dalla solidarietà): il creditore subirà un mancato introito per 2.500, pari alla metà della quota di B. Tuttavia nei rapporti interni vale la proporzione tra quote reali; sicché C parteciperà nelle conseguenze dell'insolvenza in

⁶⁶⁴ C. GANGI, *Remissione del debito solidale e remissione della solidarietà*, cit., pp. 355 ss.

⁶⁶⁵ L'opinione contestata è quella di P. MELUCCI, *La teoria delle obbligazioni solidali nel diritto civile italiano*, cit., pp. 177 ss.

⁶⁶⁶ C. GANGI, *Remissione del debito solidale e remissione della solidarietà*, cit., pp. 381 s.

⁶⁶⁷ C. GANGI, *Remissione del debito solidale e remissione della solidarietà*, cit., p. 381. Si precisa che tale deve essere la soluzione sia in caso di insolvenza successiva alla remissione sia in caso di insolvenza preesistente alla remissione (*op. cit.*, p. 385).

⁶⁶⁸ Si veda C. GANGI, *Remissione del debito solidale e remissione della solidarietà*, cit., pp. 358 s.

⁶⁶⁹ C. GANGI, *Remissione del debito solidale e remissione della solidarietà*, cit., p. 383, da cui, nella sostanza, anche l'esempio che segue.

ragione della proporzione 5.000:20.000, e così per 1.000. La quota di B non risulta quindi completamente ripartita: 2.500 sono addossati al creditore, 1.000 ricadono su C, mentre i restanti 1.500 risultano scoperti. Ebbene, tali residui 1.500 andranno ascritti ad A (il debitore liberato dalla solidarietà).

L'altra eccezione si verifica quando il debitore a cui è stata rimessa la solidarietà non abbia comunicato la propria liberazione a un altro condebitore, e questi paghi l'intero al creditore. In questo caso il *solvens* potrebbe agire in ripetizione verso il creditore onde ottenere il rimborso di quella frazione della quota del condebitore insolvente che fa carico al creditore stesso; ma potrebbe anche rivolgersi in via di regresso al debitore liberato dalla solidarietà, invocando una pretesa risarcitoria⁶⁷⁰, impregiudicata restando un'ulteriore azione del debitore liberato verso il creditore⁶⁷¹.

A sostegno della soluzione in danno del condebitore liberato si è invece fatto valere, nella dottrina francese, che essa risponde al principio di stretta interpretazione delle rinunce⁶⁷².

3. Le conseguenze della rinuncia alla solidarietà

Un'opinione dottrinale ha ritenuto di dover distinguere fra vera e propria rinuncia alla solidarietà e semplice rinuncia alla «azione in solido»⁶⁷³.

In conseguenza della remissione della solidarietà a favore di un condebitore «l'obbligazione di costui è sottratta al fascio della obbligazione solidale»⁶⁷⁴. Il debitore a cui viene rimessa la solidarietà non subisce più le conseguenze della colpa e della mora degli altri obbligati, né quelle legate alla proposizione contro costoro della domanda degli interessi o alla interruzione della prescrizione verso gli stessi; d'altro lato non può più trarre vantaggio dalla compensazione, dalla confusione, dal giuramento, dalla sentenza favorevole, così come dalla novazione, dalla transazione, dal compromesso, dalla remissione riguardanti altri condebitori; neppure risponderà della sopravvenuta insolvenza di un coobbligato.

Allo stesso modo la costituzione in mora, l'interruzione della prescrizione, la cosa giudicata verificatesi nella sfera del debitore liberato, il perimento della cosa dovuta per sua colpa o durante la sua mora, così come l'insolvenza dello stesso non rilevano per i

⁶⁷⁰ C. GANGI, *Remissione del debito solidale e remissione della solidarietà*, cit., p. 386, nt. 74, ritiene preferibile far riferimento alla pretesa risarcitoria ex artt. 1151-1152 cod. civ. abr. piuttosto che all'art. 1918 (concernente la perdita del regresso del fideiussore che non abbia comunicato l'effettuato pagamento al debitore, che in seguito abbia a sua volta effettuato un nuovo pagamento; e del fideiussore che abbia pagato senza essere convenuto e senza avvertire il debitore principale, quando il debitore aveva a disposizione mezzi per far dichiarare estinto il debito), giacché tale disposizione «riguarda i fideiussori, e non potrebbe estendersi ai debitori solidali, se non quando l[a] si considerasse come un'applicazione della norma» risultante dagli artt. 1151-1152 cod. civ. abr.

⁶⁷¹ C. GANGI, *Remissione del debito solidale e remissione della solidarietà*, cit., p. 386.

⁶⁷² G. BAUDRY-LACANTINERIE, L. BARDE, *Delle obbligazioni*, vol. II, con addiz. di N. Stolfi, in *Trattato di Diritto Civile*, trad. it. sulla III ed. orig. a cura di P. Bonfante, G. Pacchioni, A. Sraffa, Milano, 1915, num. 1262, p. 382: «Dobbiamo [...] domandarci se l'intenzione del creditore sia stata quella di non attribuire alla remissione questo ultimo effetto, o se invece egli abbia inteso anche che i condebitori liberati fossero liberati dalla contribuzione [...]. Ora, nel dubbio, la prima interpretazione s'impone: non si potrebbe presumere una rinuncia».

⁶⁷³ Il riferimento è all'opinione di P. MELUCCI, *La teoria delle obbligazioni solidali nel diritto civile italiano*, cit., pp. 165 ss.

⁶⁷⁴ P. MELUCCI, *La teoria delle obbligazioni solidali nel diritto civile italiano*, cit., p. 166.

correi. Ancorché la dottrina in esame faccia riferimento a tali specifiche circostanze, si può ritenere più in generale che, in via tendenziale, non solo il vincolo del debitore liberato divenga insensibile rispetto alle vicende che interessano il gruppo dei condebitori rimasti obbligati in solido, ma che valga anche l'inverso, vale a dire l'irrelevanza delle vicende attinenti alla sfera del debitore liberato per gli altri coobbligati.

Una distinzione supplementare viene introdotta quanto all'ipotesi di insolvenza di uno dei debitori rimasti obbligati in solido. Se i debitori estranei alla remissione della solidarietà avevano consentito a tale remissione nei confronti del loro condebitore, allora l'intero peso dell'insolvenza di uno di essi sarà ripartito tra loro; diversamente dovrà concludersi in mancanza di consenso alla remissione, perché allora l'insolvenza andrà parzialmente a carico del creditore, in proporzione di quanto sarebbe dovuto gravare sul debitore liberato dalla solidarietà. Infatti in mancanza dell'assenso degli altri debitori, il creditore non potrebbe peggiorarne la condizione tramite una convenzione intervenuta tra lui e un debitore e alla quale gli altri sono estranei⁶⁷⁵.

Anche un altro aspetto va sottolineato. Poiché dalla remissione della solidarietà deriva il distacco dell'obbligazione del debitore beneficiato dal vincolo solidale, la quota del debitore liberato dovrà essere scorporata dal debito in capo agli altri obbligati (analogamente, si può notare, a quanto accade in applicazione della norma del *code civil* in tema di *division de la dette*: art. 1210); si tratterebbe di una conseguenza della rappresentanza tra i coobbligati: siccome ciascun debitore deve in via diretta la propria quota e come rappresentante quella altrui, quando la rappresentanza, a seguito della rinuncia alla solidarietà verso un condebitore, viene meno, gli altri non sono più tenuti per la quota del debitore liberato.

Nella remissione dell'azione in solido, che deve identificarsi con il *beneficium divisionis*, si producono conseguenze diverse. Il creditore, dei due benefici che la solidarietà debitoria gli attribuisce, vale a dire il diritto di pretendere l'intero da ciascuno e la maggior garanzia di soddisfazione della propria pretesa assicurategli dalla presenza di più patrimoni su cui fare affidamento, rinuncia soltanto al diritto di pretendere l'intero da uno dei debitori, senza dismettere il vantaggio costituito dalla maggior garanzia data da più patrimoni.

Qui il creditore mantiene il proprio diritto a ricevere l'intero dagli altri coobbligati, senza quella deduzione della parte del debitore liberato che caratterizza la «vera» remissione della solidarietà. Inoltre, l'insolvenza di un condebitore viene effettivamente supportata anche dal debitore liberato dalla solidarietà.

Quella prevista dal codice civile sarebbe la remissione dell'azione solidale, non la «vera» remissione della solidarietà.

Di diverso avviso è un'altra parte della dottrina⁶⁷⁶, secondo cui quella prevista dal legislatore sarebbe effettivamente la remissione della solidarietà. Né, peraltro, tale affermazione porta ad ammettere tutte le conseguenze che la tesi avversata ricollega alla «vera» remissione della solidarietà. Anzitutto, è da escludere l'estinzione parziale dell'obbligazione dei debitori estranei, che non appare una conseguenza necessaria della divisione concessa a favore di un singolo debitore e costituirebbe anzi un beneficio «contro la volontà del creditore»⁶⁷⁷. Quanto alla contribuzione in caso di insolvenza, la

⁶⁷⁵ P. MELUCCI, *La teoria delle obbligazioni solidali nel diritto civile italiano*, cit., pp. 166 ss.

⁶⁷⁶ C. GANGI, *Remissione del debito solidale e remissione della solidarietà*, cit., pp. 355 ss.

⁶⁷⁷ C. GANGI, *Remissione del debito solidale e remissione della solidarietà*, cit., p. 357 (corsivo nel testo).

considerazione del debitore liberato prescritta dall'art. 1200 cod. civ. abr. non comporta un'effettiva sopportazione da parte sua di una frazione della quota dell'insolvente, ma solo il suo computo per stabilire in che misura il creditore subirà una decurtazione del suo credito a causa di tale insolvenza.

Il debitore liberato va considerato «debitore *pro parte, semplicemente congiunto*»⁶⁷⁸. Da ciò deriva che egli «non può più risondere né della colpa né della mora né dell'insolvibilità degli altri debitori liberati o non liberati, e la domanda degli interessi e l'interruzione della prescrizione fatte contro di questi, non possono avere per lui efficacia alcuna»⁶⁷⁹. Per altro verso, come corollario del fatto che, «essendo il suo debito una quota del debito totale, qualunque atto o fatto che estingue o riduce questo, non può non esercitare la medesima efficacia su quello», il debitore liberato beneficia della compensazione, della remissione, della transazione, della sentenza favorevole riguardanti gli altri debitori, così come del giuramento da essi prestato.

Quanto invece alla rilevanza delle vicende che interessano la posizione del debitore liberato per il vincolo degli altri debitori, sebbene debba ritenersi che la remissione giovi soltanto a colui al quale è concessa dal creditore, tale criterio va limitato a quanto concerne «l'ammontare del debito», mentre non riguarda «tutto ciò che è intimamente dipendente dalla sussistenza del vincolo solidale tra i varî condebitori»⁶⁸⁰: ne deriva l'irrelevanza per gli altri della colpa e della mora del debitore liberato, così come della domanda degli interessi e dell'interruzione della prescrizione nei suoi confronti. I debitori estranei potranno invece beneficiare «di tutti quegli atti o fatti che estinguono o riducono il debito totale», analogamente a quanto già visto descrivendo la speculare situazione del debitore liberato, e per lo stesso motivo per cui «il debito del debitore liberato è una quota di quello dei debitori non liberati»⁶⁸¹; sicché profitteranno della compensazione, della remissione, della transazione, della sentenza favorevole concernenti la sfera del debitore liberato, così come del giuramento da lui prestato.

4. Sull'ammissibilità di una remissione con efficacia particolare

La possibilità che il creditore liberi uno dei debitori conservando la pretesa all'intero verso gli altri era stata esclusa da POTHIER⁶⁸². Con la rinuncia alla pretesa verso un condebitore, infatti, il creditore verrebbe a porsi nell'impossibilità di cedere la sua azione verso il debitore liberato a quello fra i condebitori che avesse provveduto a pagare l'intero, vanificandone la possibilità di rivalsa. L'assunzione dell'obbligazione in via solidale e non parziaria da parte dei debitori dovrebbe considerarsi fatta sul presupposto della futura cessione delle azioni; ma una volta esclusa, con la remissione di un debitore, tale possibilità, il creditore perderebbe il diritto di esigere l'intero dai debitori residui.

Nella dottrina italiana sotto il codice previgente si è contestata la forza di quest'argomento, poiché ai debitori non liberati spetta non soltanto il subingresso nei diritti del creditore in forza della surrogazione, ma anche il diritto di regresso, del tutto

⁶⁷⁸ C. GANGI, *Remissione del debito solidale e remissione della solidarietà*, cit., p. 357 (corsivo nel testo).

⁶⁷⁹ C. GANGI, *Remissione del debito solidale e remissione della solidarietà*, cit., p. 357.

⁶⁸⁰ C. GANGI, *Remissione del debito solidale e remissione della solidarietà*, cit., p. 358.

⁶⁸¹ C. GANGI, *Remissione del debito solidale e remissione della solidarietà*, cit., p. 358.

⁶⁸² *Trattato delle obbligazioni*, t. I, cit., num. 275, pp. 275 s.; v. altresì t. II, cit., num. 581, p. 137.

autonomo dal diritto del creditore e dal suo trasferimento; sicché si è ammessa la remissione con efficacia meramente personale⁶⁸³, purché il creditore, effettuando la remissione, «si sia espressamente riservato il diritto di agire *per il totale* contro gli altri debitori», perché una riserva generica porterebbe all'applicazione della regola codicistica che dispone l'estinzione generale limitata⁶⁸⁴.

⁶⁸³ Una remissione con efficacia meramente personale rappresenterebbe in definitiva «il *pactum de non petendo* del diritto romano» secondo C. GANGI, *Remissione del debito solidale e remissione della solidarietà*, cit., p. 347; a tale figura si richiama anche R. CERCIELLO, *La remissione del debito nel diritto civile positivo*, cit., p. 130, concludendo in senso affermativo rispetto all'ammissibilità della figura in questione.

⁶⁸⁴ C. GANGI, *Remissione del debito solidale e remissione della solidarietà*, cit., p. 348 (corsivo nel testo).

Sezione III

SOLIDARIETÀ DEBITORIA E REMISSIONE NEL SISTEMA TEDESCO

SOMMARIO: 1. Remissione con efficacia estintiva generale – 2. Remissione con efficacia particolare (“Einzelwirkung”) e remissione con efficacia generale limitata (“beschränkte Gesamtwirkung”) – 3. Remissione con efficacia particolare e diritto di rivalsa contro il creditore a favore del remissario che abbia dovuto effettuare un pagamento ai consorti in sede di regresso – 4. Gli argomenti a sostegno della remissione con efficacia particolare ... – 5. ... e quelli a sostegno della remissione con efficacia generale limitata – 6. La remissione stipulata con un condebitore in solido nella prospettiva del legislatore storico e nella successiva elaborazione degli interpreti – 7. La tesi di A. WACKE – 8. Remissione con efficacia generale, remissione con efficacia particolare, remissione con efficacia generale limitata: criteri distintivi – 9. La ripartizione del rischio di insolvenza nella remissione con efficacia generale limitata – 10. Sulla possibilità per il remissario di opporre la ottenuta liberazione contro la pretesa di regresso di un condebitore

1. Remissione con efficacia estintiva generale

In base al § 423 BGB, la remissione che interviene tra il creditore e uno dei debitori in solido ha effetto anche per gli altri debitori quando le parti del contratto di remissione intendono estinguere l'intero rapporto obbligatorio⁶⁸⁵.

Il legislatore tedesco ha dunque previsto espressamente la possibilità che la remissione conclusa con uno dei debitori in solido produca effetto nei confronti di tutti i coobbligati: si parla in questo caso di efficacia generale (c.d. *Gesamtwirkung*) della remissione. L'efficacia generale della remissione presuppone che la volontà delle parti sia diretta all'estinzione dell'intero rapporto obbligatorio e non sia quindi circoscritta al vincolo di uno solo dei debitori.

La remissione con efficacia generale può essere anche parziale, ossia riguardare soltanto una frazione del debito solidale⁶⁸⁶. Si ipotizzi che due debitori siano tenuti in solido per 1000 e che uno di essi contesti nei confronti del creditore l'ammontare del debito stesso; qualora il debitore e il creditore stipulino una transazione accordandosi nel senso che il primo si impegni a pagare 800 al secondo a definitiva soddisfazione di quest'ultimo, tale contratto contiene una remissione che, se così le parti hanno voluto, potrà produrre efficacia generale, comportando la parziale estinzione per l'importo di 200 sia nei confronti del debitore transigente sia nei confronti del debitore rimasto estraneo all'accordo, cosicché essi resteranno obbligati in solido per la somma di 800.

La previsione della «efficacia generale» costituisce la regola anche per il codice civile italiano, ma a differenza del codice tedesco, che la fa dipendere dalla sussistenza di una corrispondente volontà delle parti, il nostro codice la ricollega in ogni caso alla remissione accordata a un debitore in solido, escludendola soltanto quando il creditore si sia riservato il suo diritto contro gli altri obbligati (art. 1301, 1° co.).

⁶⁸⁵ § 423: «Ein zwischen dem Gläubiger und einem Gesamtschuldner vereinbarter Erlass wirkt auch für die übrigen Schuldner, wenn die Vertragsschließenden das ganze Schuldverhältnis aufheben wollten».

⁶⁸⁶ V., per questa precisazione, F. BENTELE, *Gesamtschuld und Erlass*, cit., pp. 15 s., da cui anche l'esempio che segue nel testo.

2. Remissione con efficacia particolare (“Einzelwirkung”) e remissione con efficacia generale limitata (“beschränkte Gesamtwirkung”)

La norma del BGB (§ 423) considera specificamente soltanto l’ipotesi della remissione con efficacia generale, facendola dipendere dalla corrispondente volontà delle parti, mentre non prevede alcunché in relazione al caso in cui la volontà di estinguere l’intero rapporto non risulti, e manchi pertanto il necessario presupposto per riconoscere efficacia generale alla remissione concordata con uno solo dei debitori.

L’individuazione della regola applicabile a questa fattispecie deve sottostare, secondo l’opinione tradizionale, al vincolo consistente nell’intangibilità da parte del creditore del rapporto interno fra i condebitori: il primo, infatti, non può, mediante la liberazione di uno dei coobbligati, porre nel nulla la pretesa di regresso degli altri verso quest’ultimo, in modo che la remissione di un debitore vada a carico degli altri consorti⁶⁸⁷; l’accordo fra creditore e debitore beneficiario, infatti, non può costituire un «contratto a danno di terzi»⁶⁸⁸. Secondo l’opinione tradizionale e maggioritaria, sia in dottrina sia in giurisprudenza, infatti, già al momento della costituzione del vincolo solidale sorge un rapporto obbligatorio fra i condebitori⁶⁸⁹, di fonte legale⁶⁹⁰ e autonomo

⁶⁸⁷ J. ESSER, E. SCHMIDT, *Schuldrecht*, Bd. I, *Allgemeiner Teil*, Teilband 2, 8. Aufl., Heidelberg, 2000, p. 347 («Mit Entstehen der Gesamtschuld ist unter den solidarisch Verantwortlichen sogleich das Ausgleichungsverhältnis nach § 426 entstanden, das nach Befriedigung durch einen Gesamtschuldner Regreßansprüche erzeugt, vorher aber bereits anteilige Befreiungsansprüche hervorbringt. Dieser Vorteil kann den vom Erlaß Ausgeschlossenen nicht mehr genommen werden (kein Vertrag zu Lasten Dritter)»); W. GOETTE, *Gesamtschuldbegriff und Regreßproblem*, cit., pp. 138 s. (per effetto dell’accordo tra creditore e debitore rimesso, gli altri coobbligati non possono essere penalizzati); W. SELB, *Mehrheiten von Gläubigern und Schuldner*, cit., p. 71; U. NOACK, *sub* § 423, in *Staudingers Kommentar zum BGB*, cit., RdNr. 14, p. 471; D. LOOSCHELDERS, *sub* § 423, in *Staudingers Kommentar*, cit., RdNr. 15, p. 510; M. GEBAUER, *sub* § 423, in *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Kohlhammer Kommentar*, begründet von Hs.Th. Soergel, neu herausgegeben von W. Siebert, Bd. 5/3, *Schuldrecht 3/3. §§ 328-432*, 13. Aufl., Stuttgart, 2010, RdNr. 1, p. 512; L. BÖTTCHER, *sub* § 423, in *Erman BGB. Handkommentar*, herausgegeben von H.P. Westermann, B. Grunewald, G. Maier-Reimer, I, 13. Aufl., Köln, 2011, RdNr. 2, p. 1751; P. BYDLINSKI, *sub* § 423, in *Münchener Kommentar zum BGB*⁶, cit., RdNr. 3, p. 2874 (il creditore non può disporre la definitiva liberazione di un debitore in pregiudizio del regresso spettante agli altri; non può ingerirsi nel «Gemeinschaftsverhältnis» fra i debitori); con riferimento alla transazione R. BORK, *Der Vergleich*, Berlin, 1988, p. 339; P. MARBURGER, *sub* § 779, in *J. von Staudingers Kommentar zum BGB, Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse. §§ 779-811 (Vergleich, Schuldversprechen, Anweisung, Schuldverschreibung*, Neuberarb. 2009, Berlin, 2009, RdNr. 65, p. 40, e M. HABERSACK, *sub* § 779, in *Münchener Kommentar zum BGB*, Bd. 5, 5. Aufl. München, 2009, RdNr. 51, p. 1133. In senso critico però rispetto alla necessità di riconoscere un *allgemeines Regreßbehinderungsverbot* W. SELB, *Mehrheiten von Gläubigern und Schuldner*, cit., p. 71.

⁶⁸⁸ Per il riferimento all’inammissibilità di un *Vertrag zu Lasten Dritter* v. J. ESSER, E. SCHMIDT, *Schuldrecht*, I/2⁸, cit., p. 347; K.-P. MERTENS, *Rechtsgeschäft und Dritteninteressen*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 177, 1977, pp. 124 s.; L. BÖTTCHER, *sub* § 423, in *Erman BGB. Handkommentar*, I¹³, cit., RdNr. 2, p. 1751; OLG Hamm 5 giugno 1997, in *Baurecht*, 1997, p. 1056; LG Flensburg 13 agosto 1986, in *Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungs-Report*, 1988, p. 440.

⁶⁸⁹ RG 16 novembre 1908, in *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*, vol. 69, 1909, p. 422 («Das Gemeinschaftsverhältnis [...], das (abgesehen von einem konkreten zwischen den Gesamtschuldnern ohnehin bestehenden Rechtsverhältnisse) von Gesetzes wegen den Anspruch auf Ausgleichung begründet, gelangt schon von vornherein durch derjenige Tatsache zur Existenz, welche nach geltendem Rechte die gesamtschuldnerische Haftung erzeugt»; BGH 21 novembre 1953, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen*, vol. 11, 1954, p. 170 (l’*Ausgleichspflicht* sorge già al momento della nascita del vincolo solidale e non viene alterato da circostanze relative al rapporto

rispetto al rapporto con il creditore⁶⁹¹, che vincola i consorti a collaborare all'adempimento⁶⁹² e, successivamente all'avvenuto pagamento, al regresso secondo le rispettive quote; tale rapporto non può essere alterato per effetto di un patto tra uno dei consorti e il creditore che preveda la liberazione del primo dalla responsabilità⁶⁹³.

Stante questo vincolo, due sono le possibili regole per la disciplina della fattispecie in esame. Una prima soluzione è quella di attribuire efficacia alla remissione esclusivamente nei confronti del singolo debitore nei cui confronti viene stipulata, lasciando inalterato il vincolo degli altri coobbligati; la remissione di uno dei debitori ha in questo caso «efficacia particolare» (*Einzelwirkung*).

La soluzione alternativa rispetto alla regola della efficacia particolare è quella della c.d. efficacia generale limitata (*beschränkte Gesamtwirkung*): la remissione accordata a uno dei condebitori in solido produce un effetto estintivo di cui beneficiano tutti i coobbligati (efficacia *generale*) ma solo entro la quota di pertinenza del debitore rimesso (efficacia generale *limitata*). In base a questo modello, il debitore al quale è stata concessa la remissione è interamente liberato dal proprio debito, mentre gli altri vedono la propria obbligazione ridursi per una parte corrispondente alla porzione di spettanza del primo. È questa la regola accolta nel codice civile italiano (art. 1301, 1° co.) per l'ipotesi in cui il creditore, nel rimettere il debito a uno dei coobbligati, si sia riservato il proprio diritto nei confronti degli altri: si prevede infatti che in tale caso il creditore possa agire contro i condebitori diversi da quello che ha beneficiato della remissione soltanto detratta la quota di pertinenza di quest'ultimo.

tra uno solo dei debitori e il creditore; in particolare, tale obbligo non viene meno per effetto della remissione di uno dei debitori); BGH 20 dicembre 1990, pubblicata fra l'altro in *Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungs-Report*, 1991, p. 499 e BGH 11 giugno 1992, pubblicata fra l'altro in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1992, p. 2286 (in entrambe si afferma che l'*Ausgleichspflicht* sorge al momento della nascita del vincolo solidale e non viene alterato per effetto della remissione accordata a uno dei debitori); BGH 13 gennaio 2000, pubblicata fra l'altro in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2000, p. 1034, riguardante la confideiussione (il rapporto fra i condebitori nasce col sorgere del vincolo solidale, da cui nascono diritti e doveri che si pongono come rapporto autonomo rispetto al contratto di fideiussione; su tale rapporto non può incidere di regola il creditore mediante una parziale liberazione di uno dei garanti); LG Flensburg 13 agosto 1986, cit. (con riguardo ai confideiussori; la pretesa in regresso nasce col vincolo solidale e non è influenzata dalla remissione di uno dei garanti);

⁶⁹⁰ RG 16 novembre 1908, cit.; LG Flensburg 13 agosto 1986, cit. («gesetzliche[s] Schuldverhältnis zwischen den sämtlichen Mitbürgern»)

⁶⁹¹ RG 16 novembre 1908, cit. («Das Bürgerliche Gesetzbuch behandelt das innere Schuldverhältnis der Gesamtschuldner als ein selbständig neben dem Rechtsverhältnisse zwischen dem Gläubiger und den Schuldnern hergehendes»); BGH 11 giugno 1992, cit. («[das] Ausgleichsverhältnis steht als selbständiges Schuldverhältnis neben dem Gesamtschuldverhältnis»); BGH 13 gennaio 2000, cit., riguardante la confideiussione (il rapporto tra i confideiussori è rapporto autonomo rispetto al contratto di fideiussione); LG Flensburg 13 agosto 1986, cit.

⁶⁹² LG Flensburg 13 agosto 1986, cit.

⁶⁹³ J. ESSER, E. SCHMIDT, *Schuldrecht*, Bd. I/2⁸, cit., p. 347; F. BENTELE, *Gesamtschuld und Erlass*, cit., pp. 39 s. In giurisprudenza, v. BGH 21 novembre 1953, cit.; BGH 20 dicembre 1990, cit.; BGH 11 giugno 1992, cit.; BGH 20 aprile 1967, che può leggersi, fra l'altro, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen*, vol. 47, 1967, p. 376 (la remissione non incide sull'obbligo di regresso); BGH 9 marzo 1972, che può leggersi, fra l'altro, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen*, vol. 58, 1972, p. 216 (né la remissione né la transazione con uno dei debitori incidono sull'obbligo di regresso); OLG Hamm 5 giugno 1997, cit. (la transazione con uno dei debitori in solido non può pregiudicare il diritto di regresso degli altri coobbligati); BGH 13 gennaio 2000, cit., riguardante la confideiussione (la parziale liberazione ad opera del creditore di uno dei confideiussori non incide sul rapporto interno di regresso fra i congaranti); LG Flensburg 13 agosto 1986, cit. (con riguardo ai confideiussori).

Nei confronti del creditore remittente, tanto una remissione con efficacia particolare quanto una con efficacia generale limitata producono l'integrale liberazione del debitore remissario. In entrambi i casi il creditore ha rinunciato alla propria pretesa verso l'obbligato e di conseguenza il secondo non è più esposto alla pretesa del primo.

Una remissione con efficacia particolare, tuttavia, se vale a liberare il debitore nei confronti del creditore, non esclude che gli altri coobbligati che adempiano la prestazione possano agire in regresso verso il debitore liberato domandandogli la rifusione della sua quota. Il debitore è invece tutelato anche contro un'eventuale pretesa di regresso quando la remissione dispieghi un'efficacia generale limitata: in questo caso il condebitore *solvens*, essendosi visto defalcare il proprio debito della quota facente capo al condebitore rimesso, non avrà diritto di rivalsa contro il consorte.

3. Remissione con efficacia particolare e diritto di rivalsa contro il creditore a favore del remissario che abbia dovuto effettuare un pagamento ai consorti in sede di regresso

Non è escluso che anche in caso di remissione con efficacia particolare il debitore rimesso possa evitare di sopportare in via definitiva il peso della propria quota di debito, trovandosi così in una posizione analoga a quella che segue a una remissione con efficacia generale limitata.

Il debitore remissario che si trovi onerato in via di regresso, infatti, può a sua volta agire contro il creditore rimettente onde ottenere il ristoro della quota pagata al condebitore *solvens* quando, in particolare, dal rapporto con il creditore emerge che la remissione accordatagli era diretta a una sua definitiva liberazione, anche in relazione a eventuali pretese in regresso⁶⁹⁴.

L'esistenza di un tale obbligo del creditore di tenere indenne il debitore rimesso in caso di eventuali azioni di regresso può derivare da un espresso impegno del creditore stesso; in mancanza, diverse sono le circostanze da considerare per stabilire se sussista o no un simile dovere in capo al creditore.

Parte della dottrina ritiene di concludere in senso tendenzialmente negativo quando le parti abbiano espressamente previsto l'efficacia meramente particolare della remissione senza disciplinare la questione relativa a un obbligo di rivalsa in capo al creditore⁶⁹⁵; si afferma anzi che in caso di remissione concessa senza corrispettivo l'obbligo di rivalsa sia di regola da escludere⁶⁹⁶.

⁶⁹⁴ V., ad es., W. SELB, *Mehrheiten von Gläubigern und Schuldner*, cit., p. 70 («Steht doch hinter dem Erlaß als Verfügungsgeschäft häufig eine causa (etwa ein Vergleich, § 779), die eine Entlastungsverpflichtung im Ausmaß des Erlasses enthält»); F. BENTELE, *Gesamtschuld und Erlass*, cit., pp. 46 ss. La soluzione è prospettata anche nei *Motive* della prima commissione al primo progetto (p. 165; in B. MUGDAN [herausgegeben und bearbeitet von], *Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, II, *Recht der Schuldverhältnisse*, Berlin, 1899 [rist. Aalen, 1979] p. 91), per l'ipotesi in cui il creditore assicuri al debitore che la remissione avrà efficacia obiettiva; l'argomento si ritrova infatti nei verbali della seduta dell'8 marzo 1882 della prima commissione (in H.H. JAKOBS e W. SCHUBERT, *Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Recht der Schuldverhältnisse I*, §§ 241 bis 432, Berlin-New York, 1978, pp. 937 s.).

⁶⁹⁵ F. BENTELE, *Gesamtschuld und Erlass*, cit., pp. 56 s.; si afferma che «Eine Freistellungsverpflichtung ist regelmäßig nicht gewollt, wenn die Parteien des Erlassvertrages zwar ausdrücklich die Einzelwirkung des Erlasses vereinbaren, jedoch nicht die Frage der Freistellungsverpflichtung mitregeln» (*op. cit.*, p. 56).

⁶⁹⁶ F. BENTELE, *Gesamtschuld und Erlass*, cit., p. 57, e, in prospettiva *de jure condendo*, p. 155.

L'obbligo di rivalsa andrebbe invece ammesso quando si tratti di una remissione conclusa senza tener conto della possibilità che vi fossero altri debitori in solido. Qualora il creditore, dopo aver rimesso il debito al primo obbligato, reputato l'unico debitore, pretenda il pagamento da altri debitori di cui scopre l'esistenza solo successivamente alla remissione, si ammette di regola che i debitori escussi dal creditore possano agire in regresso contro il primo, e quindi che la remissione abbia soltanto efficacia particolare. Ebbene, in tal caso andrebbe riconosciuto il diritto del debitore rimesso di agire verso il creditore per il ristoro di quanto pagato in via di regresso⁶⁹⁷; alla base di questa conclusione sembra esserci l'idea per cui con la prima remissione il creditore, non facendo affidamento sulla possibilità di ottenere il pagamento da altri obbligati, ha mostrato di voler rinunciare al proprio credito e di voler tenere indenne in via definitiva il debitore beneficiario, cosicché sarebbe corretto addossare a lui il peso della quota interna del debitore stesso⁶⁹⁸.

La valutazione da compiere quando la remissione sia collocata nel contesto di una transazione è più articolata, e si intreccia inoltre con il problema relativo all'efficacia generale limitata; tale ipotesi verrà quindi analizzata più approfonditamente nel prosieguo.

Il risultato a cui si perviene seguendo tale costruzione, peraltro, pur essendo comparabile a quello ottenibile mediante una remissione con efficacia generale limitata, non è identico ad esso. Il debitore infatti resta esposto al rischio dell'insolvenza del creditore, correndo il pericolo di non poter recuperare quanto sia stato costretto a pagare in via di regresso, così come, a sua volta, il *solvens* sopporta il rischio di insolvenza del remissario, ossia il pericolo di non poter ottenere in via di regresso il pagamento della quota di quest'ultimo⁶⁹⁹.

4. Gli argomenti a sostegno della remissione con efficacia particolare ...

Al di là della questione relativa alla pretesa di rivalsa ulteriore verso il creditore, d'altra parte, l'efficacia particolare porta pur sempre il vantaggio per il debitore rimesso di non dover sborsare l'intero a favore del creditore, ma eventualmente soltanto la propria quota in sede di regresso⁷⁰⁰. La remissione con efficacia particolare può inoltre

⁶⁹⁷ F. BENTELE, *Gesamtschuld und Erlass*, cit., p. 59.

⁶⁹⁸ F. BENTELE, (*Gesamtschuld und Erlass*, cit., p. 59) richiama infatti l'opinione di A. WACKE, *Der Erlaß oder Vergleich mit einem Gesamtschuldner*, cit., p. 50, il quale, sul problema della scelta fra *pactum de non petendo* o «autentica» remissione in caso di mancata espressa disciplina pattizia dell'obbligo di regresso del debitore liberatario (obbligo che sarebbe eliminato da una «autentica» remissione, mentre sopravviverebbe in caso di *pactum de non petendo*), propende per la seconda soluzione qualora «l'accordo mirasse a una sistemazione conclusiva, a una definitiva esclusione del [debitore]», e ciò in particolare «quando il creditore non ha considerato la [possibilità dell'esistenza] di un secondo debitore. Infatti – continua l'a. – la considerazione di poter esigere in futuro il pagamento da quest'ultimo non può essere stata determinante per la sua decisione».

⁶⁹⁹ Per questi rilievi circa i rischi legati all'insolvenza dei soggetti interessati v. A. WACKE, *Der Erlaß oder Vergleich mit einem Gesamtschuldner*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 170, 1970, p. 59.

⁷⁰⁰ Cfr. i *Motive* di P. VON KÜBEL al proprio progetto preliminare del 1878, *sub* § 14, p. 44 (in W. SCHUBERT [herausgegeben von], *Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerliches Gesetzbuches, Recht der Schuldverhältnisse*, Teil 3., Besonderer Teil 2., Berlin-New York, 1980, p. 1256); analogamente A. WACKE, *Der Erlaß oder Vergleich mit einem Gesamtschuldner*, cit., p. 46; J. GERNHUBER, *Die Erfüllung und ihre Surrogate – sowie das Erlöschen der Schuldverhältnisse aus anderen Gründen*, 2. Aufl., Tübingen, 1994, p. 386 (il

essere inserita nel contesto di una transazione destinata a eliminare un'incertezza o una controversia relativa al rapporto tra il creditore e il singolo debitore, evitando un processo, e così portando un vantaggio che rimane tale anche se il debitore deve tenere in conto la possibilità di dover effettuare un pagamento nei rapporti interni⁷⁰¹.

Inoltre, parte della dottrina evidenzia che la remissione con efficacia particolare, estinguendo l'obbligazione del debitore beneficiario, esclude che gli altri consorti possano, una volta effettuato il pagamento al creditore, subentrare mediante *cessio legis* nei diritti del creditore verso il primo debitore, già estinti con la remissione, mentre la *cessio legis* sarebbe invece da ammettere se si accede alla concezione⁷⁰², meglio illustrata nel prosieguo, che vede nella remissione con efficacia particolare un mero *pactum de non petendo*⁷⁰³.

A sostegno della efficacia particolare depone il vantaggio di non far dipendere la pretesa creditoria verso i debitori residui dai rapporti interni fra i coobbligati, come accade invece accogliendo la tesi della efficacia generale limitata⁷⁰⁴; può infatti accadere che i rapporti interni non siano noti al creditore e un loro esame risulti particolarmente difficoltoso, come ad esempio in relazione alla stima del rispettivo apporto causale di due danneggiati al fine della determinazione delle quote interne⁷⁰⁵; si è così ritenuto, con riferimento all'ipotesi della transazione, di escludere la volontà del creditore transigente, che pure accetta di ricevere una somma inferiore a quello che sarebbe stato in astratto l'integrale importo del suo credito, di assumersi l'onere di indagare i rapporti interni e il rischio di una valutazione sbagliata, rapporti interni dei quali poteva all'inizio legittimamente disinteressarsi e dei quali invece dovrebbe

debitore liberato con efficacia meramente particolare non sopporta il rischio di dover recuperare in via di regresso quanto sborsato in più rispetto alla propria quota); K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Bd. I, *Allgemeiner Teil*¹⁴, cit., p. 639, nt. 22; F. BENTELE, *Gesamtschuld und Erlass*, cit., p. 43, il quale aggiunge che il debitore potrebbe anche non essere esposto al regresso, e così «conservare il vantaggio» ottenuto con la remissione, quando gli altri debitori siano insolventi e di conseguenza il creditore non possa ottenere da essi il pagamento; reputa inesatta quest'ultima considerazione S. MEIER (nella recensione al volume dello stesso F. BENTELE, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 207, 2007, 265), in quanto, stando all'opinione maggioritaria sul punto, il creditore può pignorare e far valere come pretese di pagamento i «*Befreiungsansprüche*» (le pretese in liberazione) che si ritiene sussistere fra i coobbligati; nello specifico, quindi, il creditore potrebbe pignorare le pretese in liberazione che spettano, verso il debitore beneficiario dalla remissione, agli altri obbligati onde esigere in base a esse il pagamento della quota del proprio credito gravante sul debitore beneficiario, che in definitiva non è immune dal rischio di dover sborsare la propria parte nel debito solidale anche in caso di insolvenza dei consorti.

⁷⁰¹ F. BENTELE, *Gesamtschuld und Erlass*, cit., p. 43. La possibilità che il debitore transigente sia ciononostante esposto al regresso di altri debitori è ammessa implicitamente anche da E. VON CAEMMERER, *Ausgleichsprobleme im Haftpflichtrecht in rechtsvergleichender Sicht*, in *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, 1968, p. 94.

⁷⁰² È la tesi di A. WACKE, *Der Erlaß oder Vergleich mit einem Gesamtschuldner*, cit., pp. 42 ss.

⁷⁰³ L'osservazione è di F. BENTELE, *Gesamtschuld und Erlass*, cit., pp. 42 s., testo e nt. 172. Perplesità rispetto a questo ragionamento manifesta S. MEIER (nella recensione al volume dello stesso F. BENTELE, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 207, 2007, pp. 265, 268), secondo cui si tratterebbe di una spiegazione puramente «concettuale» («begrifflich») in cui si omette di considerare «perché» il creditore, mediante una remissione con efficacia particolare, deve poter incidere (in taluni casi fino a escluderla di fatto) sulla rivalsa spettante agli altri coobbligati.

⁷⁰⁴ In questo senso si esprime, in relazione alla transazione, R. BORK, *Der Vergleich*, cit., pp. 341 ss. Anche W. SELB, *Mehrheiten von Gläubigern und Schuldner*, cit., p. 71 riconosce che la soluzione dell'efficacia generale limitata comporta la necessità di indagare la quote di regresso spettanti verso il debitore beneficiario ai coobbligati estranei alla remissione già nel processo intentato contro questi ultimi da parte del creditore.

⁷⁰⁵ Per questo esempio, v. R. BORK, *Der Vergleich*, cit., p. 343.

preoccuparsi dopo la stipula di una ipotetica transazione con efficacia generale limitata⁷⁰⁶. Il debitore liberato rimane esposto all'azione di regresso degli altri obbligati, ma ciò non rappresenta una penalizzazione rispetto alla situazione che si sarebbe verificata in assenza della transazione, perché anche in tal caso il debitore si sarebbe potuto trovare nell'eventualità di un contrasto con i coobbligati in relazione ai rapporti interni⁷⁰⁷. Per quanto riguarda la situazione del debitore rimasto estraneo alla transazione, il suo debito verso il creditore non subisce variazioni in conseguenza della transazione, rimane cioè dello stesso ammontare, cosicché non subisce alcun peggioramento rispetto alla situazione iniziale (in assenza della transazione conclusa tra il creditore e un altro debitore), neppure rispetto al debitore transigente, verso il quale conserva inalterato il proprio diritto di regresso nella misura originaria; e il rischio dell'insolvenza del consorte grava su di lui come sarebbe gravato in mancanza di una transazione⁷⁰⁸.

5. ... e quelli a sostegno della remissione con efficacia generale limitata

Coloro che invece propendono per l'efficacia generale limitata della remissione conclusa con un debitore in solido⁷⁰⁹ ritengono che l'efficacia particolare sarebbe contraddittoria rispetto a quanto perseguito con la remissione dalle parti, in quanto il debitore remissario non sarebbe definitivamente liberato, ciò a cui in realtà sarebbe diretta la remissione conclusa con il creditore, ma rimarrebbe esposto all'azione di regresso⁷¹⁰.

Inoltre, l'efficacia generale limitata, comportando il ridimensionamento della pretesa creditoria in ragione della quota del debitore rimesso, scongiura il giro di azioni a cui dà vita la remissione con efficacia particolare, laddove si costringe il debitore rimesso,

⁷⁰⁶ R. BORK, *Der Vergleich*, cit., p. 343.

⁷⁰⁷ R. BORK, *Der Vergleich*, cit., p. 344.

⁷⁰⁸ R. BORK, *Der Vergleich*, cit., p. 344.

⁷⁰⁹ In questo senso si esprimono W. GOETTE, *Gesamtschuldbegriff und Regreßproblem*, cit., pp. 138 ss.; W. SELB, *Mehrheiten von Gläubigern und Schuldner*, cit., pp. 71 s.; J. ESSER, E. SCHMIDT, *Schuldrecht*, Bd. I/2⁸, cit., p. 347; A. WACKE, *Der Erlaß oder Vergleich mit einem Gesamtschuldner*, cit., pp. 42 ss.; così sembrerebbe orientato anche J. GERNHUBER, *Die Erfüllung und ihre Surrogate*, cit., p. 387, perlomeno nell'ipotesi in cui il creditore, sulla base del contratto su cui si fonda la remissione, sia tenuto a procurare al debitore una liberazione definitiva.

⁷¹⁰ W. GOETTE, *Gesamtschuldbegriff und Regreßproblem*, cit., p. 138 («Der Sinn der Entlastung eines der Gesamtschuldner kann nämlich nur erreicht werden, wenn er auch vor Regreßansprüchen seiner Mitschuldner bewahrt bleibt»); v. anche W. SELB, *Mehrheiten von Gläubigern und Schuldner*, cit., pp. 71 s. Per l'ipotesi della remissione contenuta in una transazione v. P. MARBURGER, *sub § 779*, in *Staudingers Kommentar zum BGB*, cit., p. 40, secondo cui, tenendo conto della reciprocità delle concessioni delle parti, sarebbe poco rispondente alla volontà dei transigenti la soluzione dell'efficacia particolare, in base alla quale la liberazione del debitore può essere vanificata dal regresso da parte di un altro obbligato, in quanto deve ritenersi di regola che le parti abbiano avuto di mira la definitiva liberazione del debitore. In relazione alla transazione v. anche H. LORENTZ, *sub § 779*, in *BGB Kohlhammer-Kommentar*, begründet von Hs.Th. Soergel, neu herausgegeben von W. Siebert, Bd. 5/1, Stuttgart, 2007, RdNr. 32, p. 826, favorevole all'efficacia generale limitata, in quanto l'intenzione delle parti sarebbe diretta a una definitiva liberazione del debitore.

dopo aver pagato in via di regresso la propria quota, ad agire a sua volta nei confronti del creditore per essere tenuto indenne rispetto da tale esborso⁷¹¹.

Va inoltre segnalata la tesi di chi⁷¹², per consentire l'applicazione del modello dell'efficacia generale limitata anche qualora il creditore ignori l'esatto ammontare della quota spettante al debitore, propone di considerare in tal caso la quota virile come limite massimo della volontà dismissiva del creditore. Se la quota reale del debitore è minore rispetto alla quota virile, si afferma, sarà la prima e non la seconda a dover essere portata in deduzione dal vincolo degli altri obbligati, i quali, diversamente, riceverebbero dalla remissione un vantaggio contrario all'intenzione del creditore. Ma se per converso, prosegue questa dottrina, la quota reale è maggiore di quella virile, allora sarà quest'ultima a dover essere defalcata dal debito in capo agli altri obbligati, «perché la volontà del creditore di procurare la liberazione [del debitore] non va oltre»⁷¹³; se il debitore è interessato a che l'effetto estintivo si propaghi per la maggiore misura corrispondente alla quota reale, sarà suo onere rendere noto al creditore tale dato; in mancanza, il creditore agirà contro gli altri debitori legittimamente portando in deduzione dal debito in solido soltanto la quota virile e non la quota reale del primo obbligato: a un riequilibrio delle rispettive situazioni dei vari debitori si perverrà soltanto al momento del regresso, cosicché le questioni relative al reale ammontare delle quote vengono rimesse alla discussione interna alla compagine debitoria.

6. La remissione stipulata con un condebitore in solido nella prospettiva del legislatore storico e nella successiva elaborazione degli interpreti

La soluzione dell'efficacia particolare, per il caso in cui non risultasse la volontà del creditore di porre in essere una remissione con efficacia per tutti i condebitori, era contenuta nel progetto preliminare di VON KÜBEL del 1878⁷¹⁴. Nella discussione svoltasi in seno alla prima commissione nell'ottobre del 1878, la maggioranza optava però per la soluzione della efficacia generale limitata⁷¹⁵, mentre nella discussione conclusiva la

⁷¹¹ W. SELB, *Mehrheiten von Gläubigern und Schuldnern*, cit., pp. 71 s.; J. ESSER, E. SCHMIDT, *Schuldrecht*, Bd. I/2⁸, cit., p. 347; nonché A. WACKE, *Der Erlaß oder Vergleich mit einem Gesamtschuldner*, cit., pp. 42 ss., della cui opinione si dà conto più in dettaglio nel prosieguo.

⁷¹² F. BENTELE, *Gesamtschuld und Erlass*, cit., pp. 158 ss., in prospettiva *de iure condendo*, sulla suggestione fornita dalla dottrina francese (cfr. *op. cit.*, p. 101 s.).

⁷¹³ «Denn weiter reicht der Befreiungswille des Gläubigers nicht»: F. BENTELE, *Gesamtschuld und Erlass*, cit., p. 158.

⁷¹⁴ Cfr. § 14 (p. 7; in W. SCHUBERT [herausgegeben von], *Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerliches Gesetzbuches, Recht der Schuldverhältnisse*, Teil 3., Besonderer Teil 2., Berlin-New York, 1980, p. 1219): «Der von einem Gesamtgläubiger dem Schuldner gewährte Erlaß befreit diesen den übrigen Gesamtgläubigern gegenüber nicht. Der einem Gesamtschuldner von dem Gläubiger gewährte Erlaß kommt den übrigen Gesamtschuldnern nur dann zu statten, wenn dies als von dem Gläubiger gewollt anzunehmen ist».

⁷¹⁵ Cfr. i verbali della seduta del 12 ottobre 1878 (in H.H. JAKOBS e W. SCHUBERT, *Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Recht der Schuldverhältnisse I*, §§ 241 bis 432, cit., p. 901); si v. quindi il § 13, secondo comma, del progetto («Vorlage») n. 7, dedicato ai *Gesamtschuldverhältnisse* (in W. SCHUBERT [herausgegeben von], *Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerliches Gesetzbuches, Recht der Schuldverhältnisse*, Teil 1., Allgemeiner Teil, Berlin-New York, 1980, pp. 50 s.): «[...] Ist der Erlaß einem Gesamtschuldner nur für dessen Person von dem Gläubiger gewährt worden, so beschränkt sich die Wirkung für die übrigen Gesamtschuldner darauf, daß sie, wenn die Verbindlichkeit theilbar ist und eine Verpflichtung zum Ersatze des Geleisteten unter den

maggioranza ritornava alla soluzione dell'efficacia particolare, facendo riferimento alla possibilità per il debitore rimesso di rivolgersi a sua volta verso il creditore qualora fosse convenuto in regresso⁷¹⁶. Anche nel testo definitivo del § 423 non è stata inserita la previsione dell'efficacia generale limitata della remissione conclusa con un singolo debitore. Tale scelta appare coerente con quella che si è visto essere il favore del legislatore per la soluzione dell'efficacia meramente particolare della remissione.

Nondimeno la disposizione di cui al § 423 BGB, unitamente a quella di cui al § 425, non ha impedito che successivamente all'entrata in vigore del BGB sia la giurisprudenza⁷¹⁷ sia la dottrina⁷¹⁸ si esprimessero favorevolmente rispetto alla possibilità che la remissione di un debitore in solido dispieghi una efficacia generale limitata. Come si vedrà meglio tra breve, parte della dottrina si è addirittura pronunciata in senso negativo rispetto alla stessa configurabilità di una remissione con efficacia

Gesamtschuldern besteht, dem Gläubiger den Antheil an der Gesamtschuld abzuziehen berechtigt sind, welchen der befreite Gesamtschuldner hiernach den übrigen Gesamtschuldner zu ersetzen verpflichtet wäre». Nei *Motive* relativi a tale disposizione (p. 41 del progetto; in W. SCHUBERT, *op. cit.*, p. 93) si afferma che tale soluzione poggia sulla presunta volontà del creditore, in quanto opinando diversamente il debitore rimesso sarebbe tenuto a pagare in via di regresso quanto formava oggetto della remissione; non si manca peraltro di evidenziare il relativo contrasto di tale soluzione, che dà adito ad eccezioni relative ai rapporti interni ai debitori, con l'esigenza propria della solidarietà debitoria di assicurare al creditore la sicura e agevole realizzazione del suo diritto.

⁷¹⁶ Cfr. i verbali della seduta dell'8 marzo 1882 (in H.H. JAKOBS e W. SCHUBERT, *Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Recht der Schuldverhältnisse I*, §§ 241 bis, cit., pp. 937 s.); in tale sede non manca di rilevarsi che la soluzione dell'efficacia generale limitata può portare a una semplificazione dei rapporti e che considerazioni di equità possono militare in suo favore; tuttavia si ritiene che tali vantaggi, insieme con il fatto che si tratterebbe di fattispecie non frequente, non giustificano una previsione *ad hoc* come quella contenuta nel progetto preliminare al § 13, secondo comma. La norma di riferimento nell'*Erster Entwurf* è il § 332 («Der von einem Gesamtgläubiger dem Schuldner und der von dem Gläubiger einem Gesamtschuldner bewilligte Erlaß wirkt auch gegen die übrigen Gesamtgläubiger und für die übrigen Gesamtschuldner, wenn die Aufhebung des ganzen Schuldverhältnisses gewollt war»: cfr. W. SCHUBERT [herausgegeben von], *Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Anlagen*, Berlin-New York, 1986, p. 749). Nella discussione in seno alla *Vorkommission des Reichsjustizamtes* (v. H.H. JAKOBS e W. SCHUBERT, *op. cit.*, pp. 949 s.) venne respinta la proposta di reintrodurre una norma corrispondente al § 13, Abs. 2 del progetto («Vorlage») n. 7, dedicato ai *Gesamtschuldverhältnisse*, sul rilievo della mancanza di un «*praktisches Bedürfnis*» per tale disposizione, essendo il risultato da essa perseguito conseguibile con altri mezzi, lasciando all'elaborazione scientifica di stabilire (anche in relazione a ipotesi particolari, come ad es. la fideiussione) in quale misura una remissione accordata al debitore rilevi come un adempimento ai fini del regresso. Anche nella seconda commissione non vengono accolte dalla maggioranza due proposte volte a introdurre una specifica norma volta a disporre l'efficacia generale limitata; si osserva che il creditore intenzionato a procurare un arricchimento al debitore in solido potrebbe cedere a quest'ultimo il proprio diritto derivante dal debito solidale, in modo che il debitore possa servirsene opponendolo eventualmente in compensazione contro la pretesa in regresso degli altri coobbligati; in mancanza di una cessione, se risulta dall'accordo fra creditore e debitore rimesso l'intenzione che la remissione produca effetto anche verso gli altri obbligati, la remissione può essere interpretata come se il debitore avesse effettuato un pagamento al creditore stesso e questi abbia poi restituito al debitore quanto ricevuto (Prot., p. 888; in B. MUGDAN [herausgegeben und bearbeitet von], *Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, II, cit., p. 609).

⁷¹⁷ Cfr., ad es., BGH 19 dicembre 1985, pubblicata su diverse riviste, in particolare *Neue Juristische Wochenschrift*, 1986, 10987; BGH 21 marzo 2000, che può leggersi, fra l'altro, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2000, 1942 ss. (con riguardo al *Prozessvergleich*).

⁷¹⁸ V., per i riferimenti, S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 664, nt. 460, cui *adde*, da ultimi, D. LOOSCHELDERS, *sub* § 423, in *J. von Staudingers Kommentar zum BGB*, cit., RdNr. 20, pp. 511 s.; P. BYDLINSKI, *sub* § 423, in *Münchener Kommentar zum BGB*⁶, cit., RdNr. 3, p. 2874.

particolare, ferma peraltro la possibilità di stipulare con il singolo debitore in solido non una vera e propria remissione, bensì un *pactum de non petendo*, che preclude solo l'azione del creditore verso il debitore beneficiato lasciando inalterati i rapporti interni fra i coobbligati⁷¹⁹.

Si ritiene in definitiva che il tipo di efficacia – generale, particolare o generale limitata – da riconoscere alla remissione accordata a un debitore in solido debba ricavarsi mediante l'interpretazione del contratto⁷²⁰.

7. La tesi di A. WACKE

Un'articolata critica alla possibilità di riconoscere alla remissione di un condebitore in solido efficacia particolare è stata avanzata in dottrina da A. WACKE⁷²¹. Ciò che si pone in questione è la stessa ammissibilità di una remissione che precluda soltanto

⁷¹⁹ Cfr. A. WACKE, *Der Erlaß oder Vergleich mit einem Gesamtschuldner*, cit., pp. 42 ss. Ricollega efficacia generale limitata alla remissione anche H. EHMANN, *Die Gesamtschuld*, cit., pp. 242 ss., 364; v. anche ID., *sub* § 423, in *Erman BGB. Handkommentar*, herausgegeben von H.P. Westermann, I, 12. Aufl., Köln, 2008, RdNr. 2 ss., pp. 1773 s., ove si prospetta la possibilità della stipulazione di un *pactum de non petendo*, che non preserva il debitore dalla pretesa in regresso dei coobbligati. Intende l'efficacia particolare come *pactum de non petendo* anche L. BÖTTCHER, *sub* § 423, in *Erman BGB. Handkommentar*, herausgegeben von H.P. Westermann, B. Grunewald, G. Maier-Reimer, I, 13. Aufl., Köln, 2011, RdNr. 4, p. 1751; da ultimo v. J.F. HOFFMANN, *Sicherungsgemeinschaften im System einer differenzierenden Gesamtschuldlehre*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 211, 2011, pp. 713 s., sulla base della distinzione tra una *materielle Haftung* e una *formelle Haftung* del debitore in solido: la prima corrisponde alla parte di debito a lui propria, mentre la seconda corrisponde alla parte di debito che eccede la quota sua propria e che è posta a suo carico «solo come soggetto che facilita la liquidazione», come soggetto che agevola il pagamento del debito («nur als Abwicklungsinstanz») in modo che il creditore possa più agevolmente far valere il proprio diritto (cfr. spec. pp. 709 ss, citaz. a p. 710). Per la quota propria di un altro debitore (la sua «materielle Haftung») gli altri sono tenuti solo come «Abwicklungsinstanz» (cui corrisponde la loro «formelle Haftung»); qualora il creditore rimetta il debito a un condebitore, e non essendo più dovuta quindi la porzione di debito di spettanza di questo, verrà merno anche la «formelle Haftung» in capo agli altri. Secondo F. BENTELE, *Gesamtschuld und Erlass*, cit., pp. 44 ss., 153 ss., la tesi di A. WACKE non sarebbe condivisibile *de lege lata*: il § 423 riguarderebbe infatti esclusivamente i rapporti esterni, sicché non sarebbe un concetto improprio di remissione (cioè un *pactum de non petendo*) quello impiegato nella norma stessa, stante l'irrelevanza dei rapporti interni rispetto alle norme di cui ai §§ 421-425 BGB, che riguarderebbero invece solo i rapporti tra i condebitori e il comune creditore; onde di vera remissione si tratterebbe, caratterizzata da effetto estintivo, sia pure solo per il rapporto esterno con il creditore. In prospettiva *de jure condendo* l'a. ritiene peraltro, sulla base di considerazioni storico-comparatistiche, che l'attuale nozione della solidarietà debitoria vada intesa come caratterizzata dalla essenzialità del rapporto interno fra gli obbligati, e che essa si configuri come mutua fideiussione; in quest'ottica una vera e propria remissione (come tale caratterizzata da effetto estintivo) accordata a un debitore dispiegherebbe efficacia generale limitata, mentre un'efficacia solo particolare non sarebbe ipotizzabile: la remissione estingue il «debito principale» dell'interessato e contestualmente anche gli impegni fideiussori di pari importo in capo agli altri obbligati; l'impegno del creditore a non agire nei confronti del debitore beneficiato senza contestuale estinzione parziale del debito in favore degli altri obbligati deve quindi essere qualificato come un *pactum de non petendo*.

⁷²⁰ V., per tutti, D. LOOSCHELDERS, *sub* § 423, in *J. von Staudingers Kommentar zum BGB*, cit., RdNr. 22 ss. (precisa l'a. che «Die Erlassvereinbarung als abstrakt-verfügender Vertrag enthält in der Regel keine Aussage darüber, aus welchen Gründen es zu dem Erlass gekommen ist. Die Auslegung dieser Vereinbarung hilft daher im Allgemeinen nicht weiter. Im Vordergrund steht somit die Auslegung des Kausalgeschäfts»); P. BYDLINSKI, *sub* § 423, in *Münchener Kommentar zum BGB*⁶, cit., RdNr. 2, 3, p. 2874; per riferimenti ulteriori v. S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 664, nt. 462.

⁷²¹ *Der Erlaß oder Vergleich mit einem Gesamtschuldner*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 170, 197, pp. 42 ss.

l'azione del creditore verso il debitore rimesso lasciando, per altro verso, inalterato il suo diritto nei confronti degli altri. Già dal punto di vista «terminologico»⁷²² non sarebbe corretto parlare in questo caso di vera remissione, intesa come causa di estinzione del debito⁷²³; nella prospettiva dell'efficacia particolare, infatti, la remissione pattuita con un solo debitore non ha efficacia estintiva del diritto del creditore, il quale è libero di agire per l'intero contro gli altri obbligati, non patendo alcun sacrificio in conseguenza della remissione stessa (salva l'ipotesi dell'insolvenza del condebitore estraneo alla remissione), e il debitore remissario, per parte sua, resta tenuto in via di regresso per la propria quota. Con una tale «remissione», dunque, non si avrebbe estinzione del debito, ma al più una rinuncia del creditore ad avvalersi della facoltà di pretendere l'intero da parte del debitore beneficiato, senza che questo si traduca in una rinuncia a pretendere da lui, sia pure in via mediata, vale a dire attraverso la successiva azione di regresso da parte degli altri condebitori, la sua parte nel debito solidale. Escluso, quindi, che possa costituire una remissione, l'impegno del creditore a non esercitare la sua azione contro un debitore in solido, quando non limita la possibilità per il creditore stesso di agire contro i restanti debitori, sarebbe qualificabile come *pactum de non petendo*⁷²⁴.

Si afferma che in caso di vera e propria remissione, invece, il debitore è effettivamente liberato, e il debito si considera saldato per la quota relativa e il creditore soddisfatto nella stessa misura⁷²⁵. Se si guarda ai rapporti interni fra i condebitori, la remissione (in senso proprio) ottenuta da uno di essi andrebbe considerata equivalente al pagamento della propria quota, onde il debitore beneficiato non sarebbe esposto al regresso da parte dei consorti. Né potrebbe avere luogo la *cessio legis*, ai sensi del § 426, Abs. 2, del diritto del creditore verso il debitore remissario, poiché con la remissione tale diritto si è estinto e non può trasferirsi in capo a un altro soggetto⁷²⁶.

Un semplice *pactum de non petendo*, invece, non liberando il beneficiario dal vincolo, lascerebbe in vita la pretesa di regresso degli altri condebitori e non sarebbe d'ostacolo alla cessione legale; in particolare, quanto a quest'ultima, se è vero che il diritto passa al cessionario con le relative eccezioni (§§ 412, 404 BGB), quella concernente il *pactum* sarebbe tuttavia da considerarsi di carattere personale (in particolare quando si è inteso mantenere la responsabilità del debitore nei rapporti interni), e pertanto opponibile al creditore-cedente ma non al condebitore-cessionario⁷²⁷.

Nei rapporti fra creditore e condebitori, la vera e propria remissione accordata a uno dei coobbligati non potrebbe che comportare una riduzione del debito solidale corrispondente alla quota del beneficiato, in quanto il creditore non potrebbe pretendere il pagamento dagli altri coobbligati della parte di debito oggetto della remissione: remissione e soddisfazione dell'interesse creditorio si escluderebbero a vicenda⁷²⁸.

La pretesa efficacia particolare della remissione porterebbe inoltre con sé l'espedito della ulteriore pretesa nei confronti del creditore esercitabile dal debitore rimesso che sia stato successivamente convenuto in regresso, che implica un circuito di

⁷²² *Op. cit.*, p. 45.

⁷²³ Per queste osservazioni v. *op. cit.*, pp. 45 ss.

⁷²⁴ *Op. cit.*, p. 47.

⁷²⁵ *Ibidem*.

⁷²⁶ *Op. cit.*, pp. 47 s.

⁷²⁷ *Op. cit.*, p. 48.

⁷²⁸ «Erlaß (Erfüllungsverzicht) und Befriedigung schließen [...] einander aus» (*op. cit.*, p. 48).

tre processi⁷²⁹ per giungere a un risultato analogo a una remissione con efficacia generale limitata. In realtà, si obietta, il creditore non ha un interesse tutelato alla ritenzione in via definitiva della quota di pertinenza del debitore remissario; qualora ne ottenesse il pagamento da un condebitore estraneo alla remissione, infatti, egli sarebbe poi tenuto alla restituzione nei confronti del debitore beneficiato. Ma allora il coobbligato richiesto del pagamento anche della quota del remissario potrebbe opporre al creditore una *exceptio doli* contro la pretesa del creditore, in base al principio «*dolo facit qui petit quod redditurus est*»⁷³⁰, con il risultato di evitare un inutile «circuitto di azioni».

A ben vedere, peraltro, una effettiva remissione estinguerebbe anche la pretesa di regresso verso il debitore rimesso, così che un altro condebitore che pagasse l'intero debito non potrebbe agire contro il consorte liberato (non potendo appunto vantare alcuna pretesa di regresso), ma solo pretendere la restituzione dell'indebito da parte del creditore⁷³¹. Non sarebbe decisiva l'obiezione per cui nell'eventualità che la remissione fosse trascurata dal giudice e il condebitore estraneo fosse condannato al pagamento dell'intero, a tale debitore sarebbe preclusa un'azione di ripetizione contro il creditore; la situazione non si porrebbe diversamente rispetto al caso in cui debba essere dedotto in giudizio un pagamento parziale già effettuato da un altro debitore: anche in tal caso vi sarebbe la possibilità che tale pagamento venga erroneamente ritenuto insussistente da parte del giudice, con la conseguenza che il debitore convenuto sarà condannato al pagamento dell'intero⁷³². Dovrebbe quindi consentirsi al debitore convenuto di invocare la remissione intervenuta fra il creditore e un altro debitore così come gli viene riconosciuta la possibilità di dedurre in giudizio eventuali pagamenti parziali effettuati da un altro coobbligato; nello stesso, unico, processo sarà introdotta anche la questione relativa alla natura dell'accordo fra creditore e debitore beneficiato, vale a dire la sua qualificazione come remissione o *pactum de non petendo*⁷³³.

Alla soluzione del «circuitto di azioni» sarebbero poi legati i rischi di insolvenza dei vari interessati: il condebitore che paga l'intero corre il pericolo di non poter recuperare

⁷²⁹ «Karussell dreier Prozesse» (*op. cit.*, p. 49). L'a. utilizza (*ibidem*) l'espressione «nutzlose[r] Anspruchskreisel», che può essere reso in italiano con l'espressione, frequentemente utilizzata, «inutile circuitto di azioni».

⁷³⁰ *Op. cit.*, p. 57; l'a. ritiene opponibile l'eccezione anche se nel caso in esame non viene in considerazione un rapporto meramente bilaterale: il creditore deve pur sempre restituire quanto ricevuto, benché a tale risultato si pervenga tramite l'intervento della figura del debitore remissario, contro il quale il *solvens* agisce in via di regresso; tramite l'*exceptio doli* si evita in questo caso un inutile giro di azioni. In senso parzialmente critico v. F. BENTELE, *Gesamtschuld und Erlass*, cit., pp. 48 ss., secondo il quale di regola non spetterebbe l'eccezione di dolo ai coobbligati estranei alla remissione, perché tramite essa si priva il creditore della *libera electio*, imponendogli di considerare i rapporti interni ai condebitori; in realtà i debitori estranei alla remissione non subiscono in forza di tale accordo alcun pregiudizio, avendo pur sempre a disposizione il regresso verso il remissario, come se la remissione non vi fosse stata; il campo di applicazione dell'eccezione di dolo sarebbe limitato, e la sua ammissibilità da valutare in modo particolarmente rigoroso: l'eccezione potrebbe venire in gioco solo quando, in particolare, non è in discussione l'obbligo del creditore di tenere indenne il debitore rimesso e l'assetto interno della responsabilità fra i condebitori è noto al creditore stesso.

⁷³¹ A. WACKE, *op. cit.*, p. 58.

⁷³² Sull'argomento legato alla possibilità di una sentenza erronea a danno del condebitore *solvens*, l'a. aggiunge che «Um die Richtigkeit einer Theorie zu erproben, sollte man aber nicht ein Fehlurteil zum Ausgangspunkt wählen. Es ist nicht Aufgabe des Gesamtschuldnerausgleichs, die Folge eines Fehlurteils zu beseitigen» (*op. cit.*, pp. 58 s.).

⁷³³ *Op. cit.*, p. 59.

dal debitore remissario la sua quota, così come quest'ultimo di non vedersi restituito dal creditore quanto sborsato in sede di regresso⁷³⁴.

La soluzione che prevede la riduzione del vincolo dei condebitori estranei alla remissione avrebbe l'ulteriore vantaggio di eliminare la necessità di immobilizzare risorse in vista dei successivi regressi: nell'ottica dell'efficacia particolare, infatti, il debitore rimesso non potrebbe confidare nella propria definitiva liberazione, ma dovrebbe accantonare il necessario in vista di un regresso da parte di un altro condebitore, e il creditore stesso che abbia ottenuto l'intero non potrebbe impiegare l'importo corrispondente alla quota del debitore remissario, dovendo tenere tale somma a disposizione in previsione della successiva azione di rivalsa di quest'ultimo⁷³⁵.

La teoria criticata evidenzerebbe poi la sua debolezza quando il debitore remissario sia tenuto in via esclusiva nei rapporti interni⁷³⁶.

La soluzione dell'efficacia generale limitata troverebbe poi giustificazione anche in un generale «divieto di impedire il regresso»⁷³⁷ in capo al creditore, ricavabile da diverse disposizioni presenti nell'ordinamento, e in particolare dalla disciplina dettata dal § 776 BGB⁷³⁸ in relazione alla rinuncia alle garanzie da parte del creditore garantito da fideiussione; la rinuncia del creditore (con efficacia estintiva) alla pretesa verso un condebitore, così come a eventuali garanzie che assistono il vincolo di quest'ultimo, avrebbe efficacia liberatoria per gli altri condebitori per la misura in cui essi avrebbero diritto di regresso verso tale condebitore⁷³⁹.

Gli schemi possibili, secondo questa dottrina, sono in conclusione tre, la cui scelta è rimessa alla volontà delle parti. Queste possono anzitutto concordare una remissione con efficacia generale, che estingue l'intero debito solidale; in alternativa possono concludere un *pactum de non petendo*, che preclude al creditore di agire contro il debitore beneficiato ma lascia inalterato il suo diritto verso gli altri così come il diritto di regresso di questi ultimi; infine possono stipulare una vera e propria remissione a favore soltanto del debitore parte del relativo contratto, la quale non potrà che avere efficacia estintiva del debito in solido per la porzione di spettanza del debitore remissario, onde tale importo dovrà essere portato in deduzione dal vincolo gravante sugli altri obbligati; la remissione avrà quindi efficacia generale parziale («*teilweise Gesamtwirkung*»)⁷⁴⁰.

8. Remissione con efficacia generale, remissione con efficacia particolare, remissione con efficacia generale limitata: criteri distintivi

⁷³⁴ *Ibidem*.

⁷³⁵ *Ibidem*.

⁷³⁶ *Ibidem*.

⁷³⁷ «*Regreßbehinderungsverbot*».

⁷³⁸ § 776 BGB: «Gibt der Gläubiger ein mit der Forderung verbundenes Vorzugsrecht, eine für sie bestehende Hypothek oder Schiffshypothek, ein für sie bestehendes Pfandrecht oder das Recht gegen einen Mitbürgen auf, so wird der Bürge insoweit frei, als er aus dem aufgegebenen Recht nach § 774 hätte Ersatz erlangen können. Dies gilt auch dann, wenn das aufgegebene Recht erst nach der Übernahme der Bürgschaft entstanden ist».

⁷³⁹ *Op. cit.*, pp. 60 ss., 74 s.

⁷⁴⁰ *Op. cit.*, pp. 74 s. (l'espressione tra virgolette è a p. 75).

Come si è già ricordato, nel sistema tedesco si ritiene che il tipo di efficacia – generale, particolare o generale limitata – da riconoscere alla remissione accordata a un debitore in solido debba ricavarsi mediante l’interpretazione del contratto⁷⁴¹.

La portata della remissione può quindi risultare anzitutto in modo espresso dal tenore dell’accordo fra le parti.

Più complesso è determinare l’efficacia della remissione quando le parti non abbiamo esplicitato la loro volontà in proposito.

Diverse sono le circostanze che possono essere prese in considerazione per determinare quale tipo di efficacia dispieghi nel caso concreto il patto concluso fra le parti.

Si ritiene anzitutto che qualora il debitore beneficiato sia tenuto in via esclusiva nei rapporti interni e il creditore sia a conoscenza⁷⁴² di tale dato, la remissione avrà di regola efficacia generale⁷⁴³, salvo che il creditore non si sia riservato espressamente il

⁷⁴¹ V., per tutti, D. LOOSCHELDERS, *sub* § 423, in *J. von Staudingers Kommentar zum BGB*, cit., RdNr. 22 ss., p. 513 (precisa l’a. che «Die Erlassvereinbarung als abstrakt-verfügender Vertrag enthält in der Regel keine Aussage darüber, aus welchen Gründen es zu dem Erlass gekommen ist. Die Auslegung dieser Vereinbarung hilft daher im Allgemeinen nicht weiter. Im Vordergrund steht somit die Auslegung des Kausalgeschäfts»); P. BYDLINSKI, *sub* § 423, in *Münchener Kommentar zum BGB*⁶, cit., RdNr. 2, 3, p. 2874; M. GEHRLEIN, *sub* § 423, in *Kommentar zum BGB*, herausgegeben von H.G. Bamberger e H. Roth, 3. Aufl., München, 2012, RdNr. 1, p. 1947 («Die Reichweite eines Erlassvertrages ist durch Auslegung zu bestimmen»); per riferimenti ulteriori v. S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 664, nt. 462.

⁷⁴² Richiedono la conoscenza in capo al creditore D. LOOSCHELDERS, *sub* § 423, in *J. von Staudingers Kommentar zum BGB*, cit., RdNr. 25, p. 514; D. BEINING, *Die Rechtswirkungen des Vergleichs eines Kreditinstituts mit einem gesamtschuldnerisch haftenden Kreditnehmen. Zugleich eine Besprechung zu OLG Bremen, Urt. V. 4.4.2002 – 2 U 130/01*, in *Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft*, 2002, p. 399 (quando la circostanza è nota al creditore); A. WACKE, *Der Erlaß oder Vergleich mit einem Gesamtschuldner*, cit., pp. 53 s. (quando alle parti è nota la responsabilità esclusiva nei rapporti interni del debitore beneficiato); J. GERNHUBER, *Die Erfüllung und ihre Surrogate*², cit., 1994, p. 385; L. BÖTTCHER, *sub* § 423, in *Erman BGB. Handkommentar*, herausgegeben von H.P. Westermann, B. Grunewald, G. Maier-Reimer, I, 13. Aufl., Köln, 2011, RdNr. 3, p. 1751 (conoscenza della circostanza in capo alle parti del contratto); più sfumata è la posizione di P. BYDLINSKI, *sub* § 423, in *Münchener Kommentar zum BGB*⁶, cit., RdNr. 4, p. 2874, testo e nt. 9; e H. EHMANN, *sub* § 423, in *Erman BGB. Handkommentar*, herausgegeben von H.P. Westermann, I, 12. Aufl., Köln, 2008, RdNr. 10, p. 1774. In giurisprudenza, nella fattispecie di cui a OLG Köln 18 maggio 1992, che può leggersi, fra l’altro, in *Neue Juristische Wochenschrift-Rechtsprechungs-Report*, 1992, p. 1398, la creditrice mutuante era a conoscenza che la mutuataria con cui aveva stipulato la transazione era unica responsabile nei rapporti interni con l’altra mutuataria.

⁷⁴³ D. LOOSCHELDERS, *sub* § 423, in *J. von Staudingers Kommentar zum BGB*, cit., RdNr. 25, p. 514; M. GEBAUER, *sub* § 423, in *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Kohlhammer Kommentar*, begründet von Hs.Th. Soergel, neu herausgegeben von W. Siebert, 13. Aufl., Stuttgart, 2010, RdNr. 2, p. 512; M. GEHRLEIN, *sub* § 423, in *Kommentar zum BGB*³, herausgegeben von H.G. Bamberger e H. Roth, cit., RdNr. 2, p. 1948; P. BYDLINSKI, *sub* § 423, in *Münchener Kommentar zum BGB*⁶, cit., RdNr. 4, pp. 2874 s., nonché, con riferimento alla transazione, RdNr. 5, p. 2875; J. GERNHUBER, *Die Erfüllung und ihre Surrogate*², cit., p. 385 («Gesamtwirkung indiziert», salvo casi particolari, come ad es. qualora per ragioni di carattere personale il debitore esclusivo responsabile nei rapporti interni non debba paventare un regresso); C. GRÜNEBERG, *sub* § 423, in *Palandt BGB*, 71. Aufl., München, 2012, RdNr. 2, p. 626 (nel dubbio ha efficacia generale la transazione conclusa con il debitore tenuto in via esclusiva nei rapporti interni); J.D. HARKE, *Allgemeines Schuldrecht*, Berlin-Heidelberg, 2010, RdNr. 460, p. 454; L. BÖTTCHER, *sub* § 423, in *Erman BGB. Handkommentar*, I³, cit., RdNr. 3, p. 1751 (di regola il creditore mira a una definitiva liberazione del debitore, anche rispetto a eventuali pretese in regresso); diversamente però *ivi*, RdNr. 8, p. 1752, con riferimento alla transazione («Eine Einzelwirkung liegt etwa dann vor, wenn der Schuldner im Innenverhältnis vollumfänglich haftet»); A. WACKE, *Der Erlaß oder Vergleich mit einem Gesamtschuldner*, cit., pp. 53 s.; D. BEINING, *Die Rechtswirkungen des Vergleichs eines Kreditinstituts mit einem gesamtschuldnerisch haftenden*

diritto di agire per l'intero verso gli altri obbligati⁷⁴⁴. Viceversa quando della remissione benefici un debitore diverso da quello tenuto nei rapporti interni, dovrà escludersi un'efficacia generale, onde in conseguenza della remissione verrà meno solo la pretesa verso il singolo debitore, mentre resterà in vita quella verso gli altri obbligati⁷⁴⁵; alcuni interpreti richiedono, anche in questo caso, che il creditore sia a conoscenza del fatto che il debitore remissario non è responsabile nei rapporti interni⁷⁴⁶.

L'efficacia generale può di norma escludersi qualora le parti del contratto non abbiano messo in conto l'esistenza di altri debitori in solido, restando quindi impregiudicato il diritto del creditore verso i restanti debitori⁷⁴⁷; in questo caso parte

Kreditnehmen, cit., p. 399; W. SELB, *Mehrheiten von Gläubigern und Schuldnern*, cit., p. 71 (il creditore mirerebbe a una definitiva liberazione del debitore, quindi anche rispetto a eventuali pretese di regresso), e p. 72 (con riferimento alla transazione); H. EHMANN, *sub* § 423, in *Erman BGB. Handkommentar*, I¹², cit., RdNr. 10, p. 1774; P. MARBURGER, *sub* § 779, in *J. von Staudingers Kommentar zum BGB*, cit., RdRn. 65, p. 39 (con riguardo alla remissione contenuta in una transazione). In giurisprudenza v. BGH 21 marzo 2000, pubblicata, fra l'altro, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2000, p. 1942 («Ein Wille der Vergleichsparteien, das Schuldverhältnis insgesamt aufzuheben, kann sich im Einzelfall daraus ergeben, daß der Erlass gerade mit dem Gesamtschuldner vereinbart wird, der im Innenverhältnis unter den Gesamtschuldnern die Verbindlichkeit allein tragen müßte»); R. BORK, *Der Vergleich*, cit., p. 340 (con riferimento alla transazione). In giurisprudenza, v. OLG Köln 18 maggio 1992, cit. (è interesse della debitrice transigente, unica responsabile nei rapporti interni, una definitiva sistemazione del complessivo rapporto obbligatorio, ciò che sarebbe invece messo in discussione da un'eventuale pretesa in regresso da parte di un altro debitore, tanto più che nel caso di specie la creditrice era a conoscenza dell'assetto dei rapporti interni); OLG Dresden, 15 settembre 2004, in *Baurecht*, 2005, p. 1954. Osserva F. BENTELE, *Gesamtschuld und Erlass*, cit., p. 151, che tale criterio si pone solo apparentemente in contrasto con quello secondo cui l'efficacia generale non si presume: da un lato vi sarebbe la particolarità costituita dalla natura accessoria del vincolo in capo all'obbligato non interessato al debito, e dall'altro andrebbe tenuto in conto che allo stesso risultato cui si perviene secondo il modello dell'efficacia generale si può giungere, in questo caso, anche ammettendo un'efficacia parziale limitata, dal momento che la «quota» interna del debitore unico responsabile corrisponde all'intero debito; non vi sarebbe dunque contrasto con il principio per cui le rinunce non si presumono.

⁷⁴⁴ D. LOOSCHELDERS, *sub* § 423, in *J. von Staudingers Kommentar zum BGB*, cit., RdNr. 25, p. 514; U. NOACK, *sub* § 423, in *J. von Staudingers Kommentar zum BGB*, cit., RdNr. 23, p. 473; F. BENTELE, *Gesamtschuld und Erlass*, cit., pp. 50 s.; D. BEINING, *Die Rechtswirkungen des Vergleichs eines Kreditinstituts mit einem gesamtschuldnerisch haftenden Kreditnehmen*, cit., p. 400; OLG Bremen, 4 aprile 2002, in *Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft*, 2002, p. 395, con nota di D. BEINING, cit.

⁷⁴⁵ D. LOOSCHELDERS, *sub* § 423, in *J. von Staudingers Kommentar zum BGB*, cit., RdNr. 25, p. 514; A. WACKE, *Der Erlaß oder Vergleich mit einem Gesamtschuldner*, cit., pp. 54 s.; P. BYDLINSKI, *sub* § 423, in *Münchener Kommentar*, Bd. 2, 6. Aufl., München, 2012, RdNr. 5, p. 2875 (con riferimento alla transazione); F. BENTELE, *Gesamtschuld und Erlass*, cit., p. 52 (nel senso della *Einzelwirkung*, poiché il debitore beneficiario non è esposto a un eventuale regresso); D. BEINING, *Die Rechtswirkungen des Vergleichs eines Kreditinstituts mit einem gesamtschuldnerisch haftenden Kreditnehmen*, cit., p. 399; W. SELB, *Mehrheiten von Gläubigern und Schuldnern*, cit., p. 72 (con riferimento alla transazione); R. BORK, *Der Vergleich*, cit., p. 341 (per la transazione; l'efficacia generale sarebbe da escludere anche quando tra il creditore e il debitore estraneo alla transazione non sussiste controversia o incertezza [*«Streit oder Ungewißheit»*]); P. MARBURGER, *sub* § 779, in *J. von Staudingers Kommentar zum BGB*, Berlin, 2009, RdRn. 65, p. 40 (con riguardo alla remissione contenuta in una transazione)

⁷⁴⁶ F. BENTELE, *Gesamtschuld und Erlass*, cit., p. 52; D. BEINING, *Die Rechtswirkungen des Vergleichs eines Kreditinstituts mit einem gesamtschuldnerisch haftenden Kreditnehmen*, cit., p. 399; D. LOOSCHELDERS, *sub* § 423, in *J. von Staudingers Kommentar zum BGB*, cit., RdNr. 25, p. 514

⁷⁴⁷ H. EHMANN, *sub* § 423, in *Erman BGB. Handkommentar*, I¹², cit., RdNr. 8, p. 1774 («Keine Gesamtwirkung kann ein Erlass mit einem einzelnen Gesamtschuldner haben, wenn die Mithaftung anderer Gesamtschuldner den Erlass- oder Vergleichsparteien unbekannt ist, weil ihre Absicht dann nicht auf die Freistellung der anderen gerichtet sein kann»); F. BENTELE, *Gesamtschuld und Erlass*, cit., pp. 52 ss. (non sarebbe riscontrabile la volontà di estinguere l'«intero» rapporto obbligatorio); J. GERNHUBER, *Die Erfüllung und ihre Surrogate*², cit., p. 385 (possono assumere rilievo soltanto circostanze che le parti

degli interpreti precisa che la remissione avrà efficacia particolare e non efficacia generale limitata⁷⁴⁸.

Anche il dato costituito dalla conoscenza da parte del creditore dell'assetto dei rapporti interni fra i condebitori, e così le rispettive quote nel debito solidale, rappresenterebbe un indice nella direzione dell'efficacia generale limitata, in quanto verrebbe a cadere ogni preoccupazione legata alla opportunità di gravare il creditore stesso dell'incombenza di indagare il rapporto fra i condebitori e la ripartizione interna del debito stesso⁷⁴⁹. Taluno evidenzia peraltro la necessità che tale elemento si

potevano prendere in considerazione). Secondo R. BORK, *Der Vergleich*, cit., pp. 340 s., nt. 62, non si potrebbe concludere in ogni caso per l'efficacia generale, perché si dovrebbe indagare ciò che le parti avrebbero deciso se avessero saputo dell'esistenza di altri obbligati. Si esprime diversamente K. LARENZ, nota a RG 16 giugno 1933, in *Juristische Wochenschrift*, 62. Jahrg., 1933, pp. 2829 s., spec. 2930, da cui la citazione, affermando che la remissione potrebbe avere efficacia generale anche quando le parti non abbiano considerato l'esistenza di altri debitori; la remissione avrebbe efficacia generale, di regola, allorché il debitore rimesso sia potenzialmente esposto a pretese di regresso di altri obbligati, mentre non avrebbe efficacia generale quando per la transazione e la remissione in questa contenuta abbiano assunto rilevanza circostanze di fatto o di diritto legate all'«obbligo di prestazione» («*Leistungspflicht*») del singolo debitore; in una prospettiva analoga si collocano U. NOACK, *sub* § 423, in *J. von Staudingers Kommentar zum BGB*, cit., RdNr. 32, p. 476, e D. LOOSCHELDERS, *sub* § 423, in *J. von Staudingers Kommentar zum BGB*, cit., RdNr. 35, p. 517, i quali ritengono determinante nel senso dell'efficacia generale il fatto che il creditore non intenda più far valere alcun credito relativamente al rapporto obbligatorio considerato, a prescindere dal numero dei debitori; l'efficacia generale sarebbe da ammettere quando la responsabilità del debitore non è in discussione nell'*an*, mentre in caso contrario essa sarebbe da escludere in favore della efficacia particolare; va puntualizzato che gli aa. citati escludono, quando non sia stata considerata l'esistenza di altri debitori, l'efficacia generale limitata; su questo, v. *infra*. In senso critico rispetto a quest'ultima impostazione v. F. BENTELE, *Gesamtschuld und Erlass*, cit., p. 54, secondo il quale, poiché in ipotesi al momento della stipulazione il creditore ritiene di avere un unico debitore, inevitabilmente hanno ingresso nel contratto circostanze di carattere personale rispetto a tale debitore, mentre, per altro verso, la transazione con il presunto unico debitore è sempre conclusa nella prospettiva di un definitivo regolamento del rapporto obbligatorio. In giurisprudenza v. RG 16 giugno 1933, in *Juristische Wochenschrift*, 62. Jahrg., 1933, p. 2829, con nota di K. LARENZ, secondo cui «Daß der Erlaß auch anderen, am Vergleichsabschluß unbeteiligten Schuldnern zugute kommen sollte ist [...] nicht zu vermuten; dieser Wille muß vielmehr aus dem Wortlaut des Vergleichs oder den Umständen erhellen», e inoltre «Es müssen [...] bestimmte Anhaltspunkte vorliegen, aus denen die Absicht, die übrigen Schuldner an der Befreiung von weiteren Ansprüchen teilnehmen zu lassen, hervorgeht. Den Beweis für diese Absicht hat der zu führen, der die Wirkung des Vergleichs über die Person der Vertragsschließenden hinaus für seine Person in Anspruch nimmt»; nel caso di specie risultava inoltre che nessuna delle due parti della transazione aveva considerato la possibilità dell'esistenza di un altro obbligato; OLG Dresden, 15 settembre 2004, in *Baurecht*, 2005, p. 1954.

⁷⁴⁸ F. BENTELE, *Gesamtschuld und Erlass*, cit., p. 53; D. BEINING, *Die Rechtswirkungen des Vergleichs eines Kreditinstituts mit einem gesamtschuldnerisch haftenden Kreditnehmer*, cit., p. 401 (secondo cui è necessario che il creditore abbia conoscenza della «Verteilung der Haftung im Innenverhältnis», perché diversamente «[...] in diesem Fall für den Gläubiger nichts darauf hindeutet, dass das Schuldverhältnis ganz oder teilweise aufgehoben werden soll»); U. NOACK, *sub* § 423, in *J. von Staudingers Kommentar zum BGB*, cit., RdNr. 32, p. 476; D. LOOSCHELDERS, *sub* § 423, in *J. von Staudingers Kommentar zum BGB*, cit., RdNr. 32, p. 514.

⁷⁴⁹ F. BENTELE, *Gesamtschuld und Erlass*, cit., pp. 71 s. (il quale peraltro riconosce che normalmente il creditore è all'oscuro di tale elemento, non solo in caso di responsabilità extracontrattuale, ma anche qualora si tratti di obbligazioni solidali di fonte contrattuale, e accade il contrario per lo più esclusivamente quando nel contratto vi è una regolamentazione espressa della responsabilità nei rapporti interni). Diversamente si esprime W. SELB, *Mehrheiten von Gläubigern und Schuldnern*, cit., pp. 71 s., secondo il quale l'efficacia generale limitata sarebbe la soluzione preferibile a prescindere dalla conoscenza dei rapporti fra i condebitori in capo al creditore

accompagnati a «un'adeguata controprestazione» da parte del debitore⁷⁵⁰, come si vedrà meglio più avanti parlando della transazione.

Nel dubbio la remissione non ha efficacia generale⁷⁵¹; spetta al debitore rimasto estraneo al patto dimostrare che esso ha efficacia estintiva anche in proprio favore⁷⁵², secondo il principio generale per cui chi afferma l'estinzione della propria obbligazione deve fornire la relativa prova⁷⁵³. Alcuni autori precisano che lo stesso onere grava anche

⁷⁵⁰ F. BENTELE, *Gesamtschuld und Erlass*, cit., p. 72, secondo cui i due indici, singolarmente presi, non sarebbero sufficienti a far concludere per l'efficacia generale limitata; l'«adeguata controprestazione» depone nel senso che con la remissione si persegue la liberazione del debitore non solo nei rapporti esterni ma anche in quelli interni, mentre la conoscenza della quota di responsabilità del debitore beneficiato fa propendere per l'efficacia generale limitata anziché per l'efficacia particolare accompagnata dal diritto di rivalsa contro il creditore («Regresskreisel»).

⁷⁵¹ In giurisprudenza, v. RG 16 giugno 1933, cit., secondo cui «Daß der Erlaß auch anderen, am Vergleichsabschluß unbeteiligten Schuldnern zugute kommen sollte ist [...] nicht zu vermuten; dieser Wille muß vielmehr aus dem Wortlaut des Vergleichs oder den Umständen erhellen», e inoltre «Es müssen [...] bestimmte Anhaltspunkte vorliegen, aus denen die Absicht, die übrigen Schuldner an der Befreiung von weiteren Ansprüchen teilnehmen zu lassen, hervorgeht. Den Beweis für diese Absicht hat der zu führen, der die Wirkung des Vergleichs über die Person der Vertragsschließenden hinaus für seine Person in Anspruch nimmt»; BGH 21 marzo 2000, pubblicata, fra l'altro, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2000, p. 1942 («Im Zweifel hat der Erlaß nur Einzelwirkung»). In dottrina v. A. WACKE, *Der Erlaß oder Vergleich mit einem Gesamtschuldner*, cit., p. 43, secondo cui nel dubbio si avrebbe *Einzelwirkung*, e l'onere di provare l'efficacia generale incomberebbe al debitore interessato, in quanto il § 423 richiede, per tale effetto, la volontà di estinguere l'intero rapporto obbligatorio, in difetto della quale trova applicazione il § 425 e pertanto la circostanza esplica un'efficacia solo relativa; per la transazione, p. 69; R. BORK, *Der Vergleich*, cit., pp. 340 s. (per la transazione); M. GEHRLEIN, *sub* § 423, in *Kommentar zum BGB*³, cit., RdNr. 1, p. 1947; F. BENTELE, *Gesamtschuld und Erlass*, cit., pp. 54 s., pp. 149 ss. (tranne l'ipotesi della quietanza senza riserve o della restituzione dei documenti rappresentativi del credito), soluzione reputata conforme al principio contrario alla presunzione di rinuncia; J. GERNHUBER, *Die Erfüllung und ihre Surrogate*², cit., p. 385 («in Fällen des Zweifels bedarf die Gesamtwirkung des Beweises»); M. HABERSACK, *sub* § 779, in *Münchener Kommentar zum BGB*⁵, cit., RdNr. 52, p. 1134 («Für eine gleichmäßige Erlasswirkung zugunsten aller Gesamtschuldner besteht [...] keine Vermutung»); P. MARBURGER, *sub* § 779, in *J. von Staudingers Kommentar zum BGB*, cit., RdNr. 65, p. 40 (con riguardo alla remissione contenuta in una transazione, sul rilievo per cui «es kann im Allgemeinen nicht angenommen werden, dass der Gläubiger seine Rechte über den Einzelerlass hinaus schmälern wollte»), ritenendo tuttavia di regola operante non l'efficacia particolare, bensì l'efficacia generale limitata, dal momento che, considerate le reciproche concessioni delle parti, esse avrebbero di mira una definitiva liberazione del debitore, che nell'ottica dell'efficacia particolare è invece messa in discussione da un possibile regresso; H. LORENTZ, *sub* § 779, in *BGB Kohlhammer-Kommentar*, begründet von Hs.Th. Soergel, neu herausgegeben von W. Siebert, Bd. 5/1, cit., RdNr. 32, p. 826, per la transazione, ritenendo peraltro operante l'efficacia generale limitata, in quanto l'intenzione delle parti sarebbe diretta a una definitiva liberazione del debitore.

⁷⁵² RG 5 aprile 1905, in *Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern*, 1905, p. 303 («nach § 423 BGB. wirkt der Vergleich und der in ihm enthaltene Erlaß zwischen dem Gläubiger und einem Gesamtschuldner grundsätzlich nur zwischen diesen beiden, wenn nicht die Vertragsschließenden das ganze Schuldverhältnis aufheben wollen. Grundsätzlich hat der den Beweis zu führen, der die Wirkung des Vergleichs über die Personen der Vergleichsschließenden hinaus für seine Person in Anspruch nimmt»).

⁷⁵³ U. NOACK, *sub* § 423, in *J. von Staudingers Kommentar zum BGB*, cit., RdNr. 37, p. 478 (con la precisazione per cui «Von Beweislast kann man eigentlich nicht im prozesstechnischen Sinne sprechen, da es meist nicht um tatsächliche Behauptungen, sondern um die richterliche Würdigung einer als solche unstreitig Vereinbarung [...]. Jedoch ist die Verwendung des Begriffs mit dieser Klarstellenden Einschränkung unschädlich»); F. BENTELE, *Gesamtschuld und Erlass*, cit., pp. 54 s., pp. 149 ss.; A. WACKE, *Der Erlaß oder Vergleich mit einem Gesamtschuldner*, cit., p. 43; H. EHMANN, *sub* § 423, in *Erman BGB. Handkommentar*, I¹², cit., RdNr. 8, p. 1774 (nel dubbio, *Einzelwirkung*, da intendersi come *pactum de non petendo*; sarà il debitore interessato a dover dimostrare che la remissione produce efficacia generale);

sul debitore che invochi l'efficacia generale limitata della remissione, cosicché qualora rimanga incerto quale fosse l'effetto voluto dalle parti, alla remissione dovrà ricollegarsi un'efficacia solo particolare⁷⁵⁴. Ma vi è chi ritiene preferibile optare per l'efficacia generale limitata, in modo che il risultato della remissione non sia posto in discussione da eventuali pretese in regresso da parte di altri obbligati⁷⁵⁵.

Quando la remissione è inserita nel contesto di una transazione, l'efficacia generale può ammettersi quando il debitore si impegni al pagamento di una somma destinata a coprire l'intera pretesa creditoria, in ciò rilevandosi la volontà di regolare l'intero rapporto obbligatorio⁷⁵⁶, anche se, dovendosi valutare restrittivamente la portata della rinuncia del creditore al suo diritto, tale ipotesi andrà ammessa entro limiti alquanto rigorosi⁷⁵⁷.

9. La ripartizione del rischio di insolvenza nella remissione con efficacia generale limitata

Nel caso di remissione con efficacia generale limitata può rivelarsi necessario decidere se il debitore remissario sia liberato anche dall'obbligo di contribuire a sopportare il peso di eventuali insolvenze che si verificassero tra gli altri consorti o se, viceversa, sia definitivamente esentato anche da questo carico.

La soluzione della questione, si è osservato⁷⁵⁸, dipenderà anzitutto dalla volontà delle parti del contratto di remissione.

Nel dubbio si dovrebbe ritenere che l'effetto estintivo da riconoscere alla remissione si estenda anche a quella frazione della quota dell'insolvente quando tale insolvenza consti già al momento della remissione⁷⁵⁹. La conclusione opposta varrebbe invece quando si tratti di insolvenza sopravvenuta, perché nel dubbio andrebbe escluso che il creditore, nello stipulare la remissione, abbia voluto rinunciare anche al beneficio, assicuratosi dalla solidarietà, di poter addossare il peso di eventuali insolvenze ai condebitori rimasti solvibili⁷⁶⁰.

Se tuttavia l'intenzione delle parti fosse «eccezionalmente» diretta a sollevare il debitore anche dal peso di eventuali insolvenze future, questo accordo andrebbe

⁷⁵⁴ F. BENTELE, *Gesamtschuld und Erlass*, cit., p. 55; U. NOACK, *sub* § 423, in *J. von Staudingers Kommentar zum BGB*, Berlin, 2005, RdNr. 37, p. 478.

⁷⁵⁵ J.D. HARKE, *Allgemeines Schuldrecht*, cit., RdNr. 461, p. 455. Per l'efficacia generale limitata nei casi di dubbio anche D. LOOSCHELDERS, *sub* § 423, in *J. von Staudingers Kommentar zum BGB*, cit., RdNr. 32, p. 514. V. anche M. HABERSACK, *sub* § 779, in *Münchener Kommentar zum BGB*⁵, cit., RdNr. 52, p. 1134, che ritiene di ammetterla perlomeno in ipotesi di debito solidale di fonte contrattuale («Mit Blick auf den andernfalls drohenden Regresskreisel [...] wird eine solche beschränkte Gesamtwirkung zumindest bei vertraglich begründeten Gesamtschuldverhältnissen gewollt sein»), mentre normalmente in caso di obbligazione di fonte legale (e specie in ipotesi di responsabilità extracontrattuale, laddove il numero dei debitori e l'entità della loro partecipazione al fatto può essere incerto) gli altri debitori non dovrebbero trarre beneficio dal patto; il creditore non deve necessariamente essere coinvolto in una controversia relativa ai rapporti interni fra i condebitori.

⁷⁵⁶ F. BENTELE, *Gesamtschuld und Erlass*, cit., p. 35. Per la valutazione della controprestazione promessa dal debitore come possibile indice da cui dedurre l'efficacia generale della remissione contenuta nell'accordo transattivo v. P. MARBURGER, *sub* § 779, in *J. von Staudingers Kommentar zum BGB*, cit., RdNr. 65, p. 39.

⁷⁵⁷ F. BENTELE, *Gesamtschuld und Erlass*, cit., p. 35

⁷⁵⁸ F. BENTELE, *Gesamtschuld und Erlass*, cit., p. 67.

⁷⁵⁹ *Ibidem*.

⁷⁶⁰ *Ibidem*.

preferibilmente considerato come assunzione di un obbligo di liberazione («*Freistellungsverpflichtung*») da parte del creditore piuttosto che come un ampliamento dell'effetto estintivo generale limitato. Non si potrebbe infatti presumere la volontà del creditore di doversi preoccupare della solvenza dei vari condebitori, aspetto non eludibile nel determinare l'entità della riduzione che subisce il suo credito. È piuttosto da ritenere che, nel dubbio, il creditore prediliga la possibilità di lasciare che i condebitori risolvano tra loro le questioni relative all'insolvenza e al correlativo ricalcolo delle quote, eventualmente partecipando nel giudizio relativo al regresso⁷⁶¹.

10. Sulla possibilità per il remissario di opporre la ottenuta liberazione contro la pretesa di regresso di un condebitore

Come si è già riferito in precedenza, secondo l'impostazione tradizionale e maggioritaria, la remissione conclusa tra il creditore e uno dei condebitori lascia tendenzialmente immutato il diritto di regresso degli altri consorti verso il debitore beneficiato, salvo che la remissione non dispieghi efficacia generale, eventualmente anche solo limitata.

È stato però di recente evidenziato⁷⁶² che una simile impostazione porta a risultati poco accettabili in varie ipotesi.

Quando, ad esempio, il debitore che sarà poi liberato dal creditore è tenuto verso quest'ultimo in base a un contratto – e questo contratto sia indipendente rispetto ai vincoli di altri obbligati – può apparire poco giustificabile la conclusione per cui egli rimane obbligato in via di regresso nei confronti di altri debitori nonostante che il suo obbligo nei confronti del creditore risulti in tutto o in parte estinto a seguito di una remissione. Infatti egli in tanto è debitore verso il creditore in quanto ha stipulato un contratto con quest'ultimo, e quindi si può dire che anche il regresso di altri debitori con lui tenuti in solido trovi, in definitiva, fondamento nel suo contratto con il creditore. Ne deriva che la sua responsabilità nei rapporti interni non potrebbe di regola presentare caratteri più rigorosi che nei rapporti esterni; ma se al remissario si preclude la possibilità di far valere contro una pretesa di regresso l'ottenuta remissione, allora lo si assoggetta a una responsabilità più severa rispetto ai suoi rapporti con il creditore.

Ma perplessità sorgono anche in relazione al caso in cui, viceversa, tenuto in base a un contratto indipendente dai vincoli altrui non sia il condebitore che beneficia della remissione, ma quello che rimane obbligato verso il creditore e agisce contro il remissario in via di regresso.

In questo caso si potrebbe osservare che il remissario, per ipotesi tenuto in base a un obbligo di fonte legale, come ad esempio un illecito extracontrattuale, ben può essere reputato definitivamente liberato a seguito della remissione, senza che la sua posizione possa essere aggravata dalla presenza di un vincolo contrattuale a cui egli è estraneo, vale a dire quello del condebitore che agisce in regresso⁷⁶³.

La tutela del beneficiario della remissione potrebbe invero essere raggiunta riconoscendo la possibilità di agire in rivalsa contro il creditore remittente, in base al patto che costituisce il fondamento della remissione. Sennonché un obbligo del creditore di tenere indenne la controparte da eventuali pretese di regresso potrebbe in

⁷⁶¹ F. BENTELE, *Gesamtschuld und Erlass*, cit., pp. 67 s. (le espressioni citate sono a p. 68).

⁷⁶² Il riferimento è ai rilievi di S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., pp. 1002 ss.

⁷⁶³ Muove da queste osservazioni S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1002.

concreto mancare, e d'altra parte affidando la protezione del remissario alla rivalsa verso il creditore, lo si espone al rischio dell'insolvenza di quest'ultimo.

Ma questa soluzione pone anzitutto in ombra il problema, la cui soluzione avrebbe carattere preliminare, di decidere se il remissario sia tenuto o no a rispondere in via di regresso⁷⁶⁴. Né a giustificare il regresso nonostante la remissione sarebbe sufficiente osservare che il debitore che ottiene la liberazione dal creditore è consapevole dell'esistenza di altri debitori in solido e, quindi, della possibilità di essere chiamato a rispondere in via di regresso; ciò può essere vero in alcune ipotesi, ma in altri casi il remissario potrebbe essere convinto di essere l'unico debitore, ignorando che vi siano altri obbligati⁷⁶⁵.

Un tentativo di soluzione viene ricercato facendo riferimento alla disciplina dettata in tema di cessione del credito, e in particolare alla regola che dà rilievo alla buona fede del ceduto in relazione ai negozi stipulati con il cedente in un momento successivo alla cessione, consentendo al ceduto di opporre tali negozi al cessionario. Tale regola costituisce un «indicazione legislativa» («gesetzlicher Anhaltspunkt») e fornisce un «base di valutazione» («Wertungsgrundlage»)⁷⁶⁶ per poter tenere conto della buona o mala fede del condebitore in solido remissario onde farne dipendere la possibilità di opporre in sede di regresso a un altro consorte la liberazione ottenuta dal creditore.

In base al § 407, Abs. 1 BGB⁷⁶⁷, sono opponibili al cessionario i negozi che il debitore ceduto abbia posto in essere con il creditore cedente, salvo che il ceduto fosse a conoscenza della cessione al momento del negozio.

Nel caso della solidarietà debitoria, la regola posta da questa norma può essere riferita alla conoscenza che il debitore remissario abbia dell'esistenza di altri debitori tenuti con lui in via solidale⁷⁶⁸. Qualora la remissione sia stata stipulata dal debitore nella convinzione di essere l'unico obbligato, egli potrà contare sulla propria definitiva liberazione, potendo opporre l'accordo concluso con il creditore anche contro la pretesa di regresso di un altro consorte che sia tenuto verso il comune creditore in base a un contratto indipendente: infatti il suo «diritto a una definitiva liberazione»⁷⁶⁹ in caso di mancata conoscenza dell'esistenza di altri debitori non può essergli tolto a motivo di un contratto che il creditore abbia stipulato con un terzo⁷⁷⁰.

Ma anche quando il debitore tenuto verso il creditore sulla base di un contratto indipendente sia colui al quale la remissione è concessa, risulta opportuna l'applicazione della stessa regola. In questo caso il debitore è responsabile in quanto ha stipulato un contratto con il creditore, e quindi in base a un atto di autonomia privata⁷⁷¹. Non appare giustificato che a seguito di tale contratto il debitore debba essere ritenuto vincolato a una «comunione nel debito» («Schuldgemeinschaft») con altri coobbligati di cui ignora

⁷⁶⁴ Per queste considerazioni v. S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1006.

⁷⁶⁵ S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1006.

⁷⁶⁶ S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., pp. 1008 e 1011, ove si afferma che «Das Abtretungsrecht ist [...] insofern relevant, als es die die Wertungsgrundlage für eine Unterscheidung zwischen dem Schutz anfänglicher und dem Schutz nachträglicher Einwendungen bietet».

⁷⁶⁷ § 407 BGB (Rechtshandlungen gegenüber dem bisherigen Gläubiger): «(1) Der neue Gläubiger muss [...] jedes Rechtsgeschäft, das nach der Abtretung zwischen dem Schuldner und dem bisherigen Gläubiger in Ansehung der Forderung vorgenommen wird, gegen sich gelten lassen, es sei denn, dass der Schuldner die Abtretung bei [...] der Vornahme des Rechtsgeschäfts kennt».

⁷⁶⁸ S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1010.

⁷⁶⁹ «Das Recht [...] endgültig frei zu sein»: S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1011.

⁷⁷⁰ S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1011.

⁷⁷¹ Efficacemente afferma S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1013: «Der Vertragsschuldner schuldet nur, weil er sich selbst privatautonom verpflichtet hat».

l'esistenza, legame in forza del quale egli è tenuto a un regresso verso gli altri debitori indipendentemente dal sussistere della sua responsabilità nei rapporti esterni. L'impossibilità di invocare l'ottenuta remissione (eventualmente in base a un accordo transattivo) costituirebbe, in queste ipotesi, una «significativa ingerenza nell'autonomia privata»⁷⁷².

Ma come in generale non è tutelata in via assoluta la possibilità per un debitore di contare sulla piena efficacia dei negozi giuridici con il proprio creditore, perché in caso di cessione del credito non sono opponibili i negozi conclusi dal cedente con il cessionario nella consapevolezza della cessione, così anche dal condebitore in solido in base a un contratto indipendente si può pretendere che egli non possa fare affidamento su negozi stipulati col creditore nella consapevolezza dell'esistenza di un debito solidale⁷⁷³.

Questa soluzione dà tuttavia adito all'ulteriore problema riguardante la sorte della quota di debito che sarebbe dovuta gravare sul debitore remissario. Nei casi in cui il debitore liberato possa efficacemente invocare la remissione concessagli dal creditore, si tratta di stabilire se il peso della quota di tale debitore debba essere definitivamente sopportato dal debitore *solvens* oppure se debba essere posta a carico del creditore.

Il creditore, per evitare di subire una decurtazione del suo diritto a seguito della remissione concessa a uno dei debitori, può curare di informare il remissario dell'esistenza di altri debitori: ciò si rivela particolarmente significativo in caso di remissione concessa in base a una transazione, perché in tal caso la controprestazione promessa o eseguita dal debitore transigente può essere stata determinata sulla base della convinzione di essere il solo obbligato e, quindi, nella prospettiva di ottenere una definitiva liberazione. Se il creditore manca di informare lo stipulante dell'esistenza di altri debitori, non potrebbe dolersi di dover subire una decurtazione del proprio credito per tutelare la posizione dei condebitori estranei.

Oltre a ciò, si pone l'esigenza di porre un limite al rischio insito nell'affidare all'arbitrio del creditore («Gläubigerwillkür») la scelta del debitore a cui debba far carico in via definitiva il peso del debito. Il regresso ha la funzione di evitare questo rischio⁷⁷⁴, e come non si può ammettere che il creditore, chiedendo l'adempimento dell'intero a uno dei debitori, ponga il debito in via definitiva a carico dello stesso, così si deve evitare che un identico risultato possa essere raggiunto attraverso la stipulazione di una remissione con uno degli obbligati che vada a danno degli altri, lasciandoli tenuti per l'intero.

D'altra parte non in tutti i casi la liberazione di un condebitore dipende da «un atto di arbitrio del creditore»⁷⁷⁵ e quindi non sempre la decurtazione del credito appare una scelta giustificata. Non lo sarebbe, ad esempio, qualora il creditore abbia concordato in via transattiva una parziale remissione con un condebitore in considerazione delle precarie condizioni di solvibilità dello stesso, nella speranza di poter ottenere almeno una parte del suo credito.

In realtà, il debitore estraneo alla remissione, quantomeno se il suo obbligo deriva da un contratto, non gode di una tutela assoluta in relazione alla possibilità di addossare in parte su altri consorti il peso del debito e di essere, quindi, tenuto in via definitiva

⁷⁷² S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1013.

⁷⁷³ *Ibidem*.

⁷⁷⁴ S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1016.

⁷⁷⁵ *Ibidem*.

solo per la propria porzione⁷⁷⁶. Una soluzione in danno del debitore estraneo non è quindi esclusa dai principi.

A una soluzione in danno del creditore remittente, e quindi a una decurtazione del suo diritto, si potrà pervenire solo se la liberazione del primo debitore sia «in qualche modo rimproverabile» («in irgendeiner Weise vorwerfbar») al creditore⁷⁷⁷. In applicazione del § 254, Abs. 2 BGB [in tema di «concorso di colpa» («Mitverschulden») del danneggiato]⁷⁷⁸, il creditore subirà una riduzione della sua pretesa solo se «debba rispondere del fatto che un altro soggetto, originariamente corresponsabile, nel frattempo è stato liberato non solo dalla possibilità di aggressione del creditore, ma anche da obbligazioni di regresso»⁷⁷⁹.

⁷⁷⁶ S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., pp. 1015, 1016 («[...] es ein unbedingtes Recht des Gesamtschuldners, allein mit seinem internen Anteil belastet zu werden, zumindest bei vertraglichen Verbindlichkeiten nicht gibt»).

⁷⁷⁷ S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1016.

⁷⁷⁸ § 254 BGB (Mitverschulden): «(1) Hat bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt, so hängt die Verpflichtung zum Ersatz sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teil verursacht worden ist. (2) Dies gilt auch dann, wenn sich das Verschulden des Beschädigten darauf beschränkt, dass er unterlassen hat, den Schuldner auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen, die der Schuldner weder kannte noch kennen musste, oder dass er unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder zu mindern. Die Vorschrift des § 278 findet entsprechende Anwendung».

⁷⁷⁹ «[...] er [*scil.*: der Gläubiger] es zu verantworten hat, dass ein weiterer ursprünglich Mithaftender mittlerweile nicht nur vom Gläubigerzugriff, sondern auch von Regressverpflichtungen befreit ist»: S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1016.

Sezione IV

REMISSIONE E RINUNCIA ALLA SOLIDARIETÀ IN FAVORE DI UN CONDEBITORE IN SOLIDO NEL CODICE CIVILE VIGENTE

SOMMARIO: 1. Remissione e debito solidale dal codice civile del 1865 al codice civile vigente – 2. Il problema dell'ampiezza dell'effetto estintivo *ultra partes* della remissione *pro quota* in caso di incertezza sulla porzione gravante sul debitore liberato – 3. Remissione e solidarietà a interesse esclusivo – 4. Remissione e insolvenza di un condebitore – 5. Sull'ammissibilità di una remissione con efficacia particolare – 6. La rinuncia alla solidarietà – 7. Gli effetti della rinuncia alla solidarietà – 8. Remissione del debito con efficacia particolare e rinuncia alla solidarietà

1. Remissione e debito solidale dal codice civile del 1865 al codice civile vigente

Anche il codice civile del 1942, come già quello abrogato, di regola riconosce efficacia estintiva generale alla remissione concessa a un debitore in solido; soltanto qualora il creditore si sia riservato il suo diritto verso gli altri consorti, si prevede che la remissione comporti la liberazione integrale del debitore direttamente beneficiario e la liberazione parziale, in ragione della quota del primo, degli altri obbligati, secondo il modello dell'efficacia estintiva generale limitata (art. 1301, 1° co., cod. civ.).

Inoltre, l'art. 1237, 1° co., cod. civ., riprendendo quanto stabiliva l'art. 1279 cod. civ. abr., prevede che «La restituzione volontaria del titolo originale del credito, fatta dal creditore al debitore, costituisce prova della liberazione anche rispetto ai condebitori in solido».

Il percorso che, in tema di remissione espressa, ha portato all'accoglimento della stessa soluzione già contenuta nel codice previgente non è stato peraltro lineare⁷⁸⁰.

Sul punto il Progetto italo-francese di codice delle obbligazioni e dei contratti del 1927 si era distanziato dal modello del codice del 1865 (così come dal *code civil*), stabilendo che di regola la remissione non dispiegasse un'efficacia estintiva integrale per tutti i debitori, ma soltanto un'efficacia generale limitata, salvo che il creditore avesse dichiarato di liberare tutti i debitori; all'art. 139 si disponeva infatti: «La rimessione o liberazione convenzionale accordata a uno dei debitori solidali non libera gli altri condebitori, salvo che il creditore lo abbia dichiarato». Nella Relazione al progetto si chiarisce espressamente che «Si è portata però una modificazione al testo attuale (art. 1281 italiano 1285 francese) invertendo la presunzione che vi è stabilita; e cioè che la rimessione del debito si presume fatta in favore di tutti i debitori. Poiché la remissione è fatta da uno solo di questi, è la presunzione opposta che si deve accogliere come la più probabile, ed è ciò che dice la prima parte dell'articolo 139»⁷⁸¹.

⁷⁸⁰ Per indicazioni sulla genesi storica della regola in esame v. G. MICCIO, *Delle obbligazioni in generale*, 3^a ed., in *Comm. cod. civ. UTET*, Torino, 1982, p. 673.

⁷⁸¹ Commissione reale per la riforma dei codici – Commission française d'études de l'union législative entre les nations alliées et amies, *Progetto di codice delle obbligazioni e dei contratti. Testo definitivo approvato a Parigi nell'Ottobre 1927*, Roma, Provveditorato generale dello Stato. Libreria, 1928, p. CIV.

La soluzione transita, senza alterazioni testuali, nell'art. 139 del Progetto del quarto libro del codice civile, dedicato a obbligazioni e contratti, del 1936⁷⁸², ed è accolta anche, con formulazioni in parte variate, in progetti successivi del libro delle obbligazioni⁷⁸³, ma viene poi rovesciata nel vigente art. 1301, 1° co., cod. civ.⁷⁸⁴.

L'impostazione accolta nel codice attuale vede favorevole una parte della dottrina. Non vi sarebbe contrasto, si argomenta, con la regola della stretta interpretazione delle rinunce, giacché la norma non interviene per interpretare «estensivamente» l'atto dismissivo del creditore, bensì per «interpretar[e] nella sua vera portata e nei suoi veri limiti» tale atto; e attribuire, se non risulta un'intenzione diversa, efficacia estintiva generale alla rinuncia del creditore sarebbe coerente con il fatto che il diritto del creditore ha ad oggetto la totalità nei confronti di ciascuno dei debitori, così come questi ultimi sono singolarmente tenuti per la totalità⁷⁸⁵. Inoltre, l'aver deciso che, nel dubbio, la remissione si intende fatta per l'intero credito scongiura le difficoltà legate alla determinazione della reale volontà del creditore⁷⁸⁶.

Altri ritiene che l'efficacia obiettiva della remissione si spieghi con l'«intimo legame che esiste tra le varie obbligazioni e che deriva a sua volta dall'identità della prestazione dovuta e dall'identità dello scopo delle singole obbligazioni»⁷⁸⁷.

In caso di remissione non estesa all'intero debito, l'effetto estintivo *pro quota* in favore dei debitori estranei viene spiegato con il riferimento alla possibilità di regresso

⁷⁸² Commissione reale per la riforma dei codici. Sottocommissione per il codice civile, *Codice civile. Quarto libro. Obbligazioni e contratti. Progetto e relazione*, Roma, Istituto poligrafico dello Stato. Libreria, 1936, p. 33 del progetto (per il testo dell'art. 139), p. 35 della relazione (che riproduce quella del Progetto italo-francese del 1927).

⁷⁸³ Cfr., ad es., Ministero di grazia e giustizia, *Codice civile. Libro delle obbligazioni. Progetto ministeriale*, Roma. Istituto poligrafico dello Stato, 1940, p. 8, art. 35, 1° co.: «La remissione a favore di uno dei debitori in solido non libera gli altri debitori se il creditore non ha voluto estinguere l'intero rapporto»; Ministero di grazia e giustizia, *Lavori preparatori del codice civile (anni 1939-1941). Progetti preliminari del libro delle obbligazioni, del codice di commercio e del libro del lavoro*, vol. II, *Progetto preliminare del libro delle obbligazioni*, Istituto Poligrafico dello Stato, Roma, 1942, p. 15 (art. 44); Ministero di grazia e giustizia, *Codice civile. Libro delle obbligazioni. Progetto definitivo*, Roma. Istituto poligrafico dello Stato, 1940, p. 15 (art. 44). Sulla diversa formulazione che caratterizza questi progetti rispetto a quello del 1936 (che recepiva la disposizione di cui al Progetto italo-francese del 1927), cfr. quanto si afferma nella Relazione del Guardasigilli al progetto ministeriale del libro delle obbligazioni (Ministero di grazia e giustizia, *Codice civile. Libro delle obbligazioni. Relazione del Guardasigilli al progetto ministeriale*, Istituto Poligrafico dello Stato, Roma, 1940, num. 54, pp. 24 s.): «Non si è voluto far dipendere l'efficacia della remissione verso tutti i condebitori dalla dichiarazione del debitore, come richiedeva il primo comma dell'art. 139 del progetto del 1936; basta che il creditore abbia voluto che la remissione riguardi l'intero rapporto (art. 44)».

Nel progetto datato aprile 1941 riportato in G.B. FERRI, *Le annotazioni di Filippo Vassali in margine a taluni progetti del libro delle obbligazioni*, Padova, p. 172 (art. 134), la disposizione concernente la remissione in favore di un debitore in solido o fatta da un creditore in solido corrisponde invece pressoché integralmente, salvo alcune modifiche di carattere formale, a quella dell'attuale codice.

⁷⁸⁴ Nella Relazione del Ministro Guardasigilli al Codice Civile, num. 599 (rist. Roma, 2010, p. 126), si legge che la remissione «di tutto il debito» sarebbe priva di «senso» qualora i suoi effetti non si estendessero a tutti i condebitori, giacché diversamente il debitore liberato resterebbe esposto al regresso dei consorti.

⁷⁸⁵ C. GANGI, *Le obbligazioni*, cit., p. 215. In senso adesivo si esprime E. TILOCCA, *La remissione del debito*, Padova, 1955, p. 69.

⁷⁸⁶ C. GANGI, *Le obbligazioni*, cit., p. 216.

⁷⁸⁷ G. MICCIO, *Delle obbligazioni in generale*³, cit., p. 673 (corsivi nel testo).

che a costoro altrimenti competerebbe verso il debitore liberato e che vanificherebbe di fatto la remissione a suo favore⁷⁸⁸.

Da alcuni si sottolinea la conformità delle regole dettate per l'ipotesi di remissione con il criterio della trasmissibilità agli altri obbligati degli effetti favorevoli delle vicende relative alla sfera di un debitore e, per converso, della non trasmissibilità degli effetti sfavorevoli⁷⁸⁹.

2. Il problema dell'ampiezza dell'effetto estintivo ultra partes della remissione pro quota in caso di incertezza sulla porzione gravante sul debitore liberato

Quanto al problema dell'ampiezza dell'efficacia estintiva limitata in caso di incertezza sulla quota del debitore liberato, mentre da alcuni si propende per ritenere che l'effetto estintivo si produca sempre per la quota effettiva⁷⁹⁰, un'altra opinione ritiene trattarsi di una *quaestio voluntatis*, e considera pertanto determinante la quota effettiva qualora il creditore ne sia a conoscenza e dalle circostanze non emergono indicazioni contrarie, quella virile se invece la reale ripartizione interna è ignota al creditore, il quale deve ritenersi muovere dalla suddivisione in parti uguali in quanto «parte contributiva normale»⁷⁹¹.

Altra parte della dottrina prospetta invece una soluzione del tutto diversa, che non trova antecedenti nella dottrina formatasi sul codice previgente⁷⁹².

La maggior parte dei precedenti tentativi di soluzione attribuiva rilievo alla conoscenza o all'ignoranza da parte del creditore della quota reale del debitore liberato, deducendone poi la necessità di defalcare dal debito degli altri obbligati, a seconda dei casi, la quota effettiva o la quota virile del primo, eventualmente articolando ulteriormente la risposta tenendo conto del fatto che la quota effettiva fosse maggiore o minore della virile. Ebbene, proprio tale punto di partenza è posto in discussione da questa dottrina, secondo la quale «Se l'atto del creditore è valido, esso non può avere effetti che per la quota reale, perché il creditore non può aver voluto porre a suo oggetto se non questa quota; il fatto, poi, che il creditore abbia creduto erroneamente che nella

⁷⁸⁸ D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit., p. 263; F. GALLO, *Sulla asserita sopravvivenza del "pactum de non petendo" nel diritto italiano*, in *Foro it.*, 1960, IV, c. 143, nt. 42.

⁷⁸⁹ A. GIAQUINTO, *Delle obbligazioni in solido*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da M. D'AMELIO ed E. FINZI, *Libro delle Obbligazioni*, vol. I, *Delle Obbligazioni e dei Contratti in generale*, Firenze, 1948, sub art. 1301, p. 261: «Anche in tema di remissione le statuizioni del codice si informano al concetto della comunicabilità degli effetti giovevoli al gruppo dei soggetti [e] della non comunicabilità di quelli dannosi». V. anche F.D. BUSNELLI, voce *Obbligazione. IV) Obbligazioni divisibili, indivisibili e solidali*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXIV, Roma, 1991, p. 11 (dell'estratto), il quale richiama, in relazione alla norma di cui all'art. 1301 cod. civ. la «distinzione tra effetti vantaggiosi ed effetti pregiudizievoli».

⁷⁹⁰ R. DE RUGGIERO, F. MAROI, *Istituzioni di diritto civile*, vol. II, X ed. a cura di A. de Cupis, Milano-Messina, p. 57.

⁷⁹¹ C. GANGI, *Le obbligazioni*, cit., p. 217. In quest'ordine di idee si muove anche E. TILOCCA, *La remissione del debito*, cit., pp. 71 s., secondo cui, in mancanza di indicazioni di una diversa intenzione del creditore, dovrebbe prodursi un effetto estintivo pari alla quota virile, tanto se superiore quanto se inferiore all'effettiva, in conformità alla presunzione di eguaglianza delle quote di cui all'art. 1298, cpv., cod. civ., di cui si prospetta un'applicazione analogica in questo contesto; una diversa volontà del creditore potrebbe, peraltro, dedursi dalla sua conoscenza della discrepanza tra quota virile ed effettiva.

⁷⁹² Il riferimento è alla tesi di D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit., p. 223 ss., svolta in termini generali per tutti gli atti del creditore volti «ad incidere solo sulla quota di un condebitore» (*op. cit.*, p. 223), ma espressamente ritenuta valida anche nel caso specifico della remissione (cfr. *op. cit.*, pp. 223, 224, 264, 265).

fattispecie la quota reale fosse uguale alla virile non esclude ma anzi conferma che, sia pure a causa di questo errore, abbia voluto riferirsi proprio alla quota reale»⁷⁹³.

In altre parole il creditore, secondo questa tesi, fa sempre riferimento alla quota effettiva del debitore, mai alla quota virile; anche quando ritiene che il debitore sia tenuto insieme agli altri in parti uguali, ciò che ha di mira è sempre la quota effettiva, ancorché nel caso concreto questa si trovi a coincidere con quella virile.

La divergenza tra la quota stimata dal creditore e quella effettiva dovrà essere considerata come un errore nella formazione della volontà e potrà portare all'annullamento dell'atto in questione quando risulti essenziale; e poiché si tratta di errore sulla quantità (art. 1430 cod. civ.), dovrà essere accertato che esso sia stato, nel caso specifico, determinante del consenso; quanto alla riconoscibilità, essa risulta superflua nei casi di remissione e di rinuncia alla solidarietà, che costituiscono ipotesi di atto unilaterale, mentre verrà in rilievo in caso di contratto (ad es., novazione o transazione)⁷⁹⁴.

In caso di remissione, si afferma, la sussistenza di un errore essenziale «va senz'altro esclusa» quando la quota effettiva è inferiore alla virile⁷⁹⁵: evidentemente, se il vincolo dei debitori estranei subisce una decurtazione inferiore a quanto atteso, il creditore non avrebbe motivo di lamentarsi⁷⁹⁶. Viceversa l'essenzialità dell'errore è configurabile, ma la sua ricorrenza andrà verificata caso per caso, quando la quota effettiva superi la virile⁷⁹⁷.

L'impostazione della questione nella prospettiva dell'annullamento per errore non appare persuasiva.

Nell'ipotesi in cui la quota effettiva sia inferiore alla virile, il richiamo all'annullabilità si rivela in definitiva superfluo se si ritiene che, in questo caso, l'essenzialità dell'errore esuli per definizione. In realtà, risulta non solo più lineare ma anche più corretto fare appello all'idea che l'effetto estintivo a favore dei condebitori estranei si verifica solo per la quantità strettamente necessaria a escludere il loro diritto di regresso verso il debitore liberato, considerazione che appare già alla base dell'opinione di POTHIER da cui è derivata la regola in questione.

Quando invece la quota effettiva oltrepassi la virile, un punto debole del ragionamento svolto nell'ottica dell'atto annullabile è il notevole aggravio della posizione del creditore che essa comporta.

Se, infatti, in omaggio al principio di stretta interpretazione delle rinunce e al favore per colui che *certat de damno vitando* rispetto a chi *certat del lucro captando*, si opta per le tesi che portano direttamente in deduzione dal vincolo dei debitori estranei l'importo minore (cioè la quota virile), sarà eventualmente onere dei debitori convenuti per il residuo, da un canto, affermare che il loro debito è minore di quanto richiesto dal creditore perché la remissione ha dispiegato un effetto estintivo più ampio in loro favore e, dall'altro, provare che il creditore era al corrente dell'importo effettivo della quota del debitore liberato (e in aggiunta, almeno secondo le tesi più rigorose, che aveva

⁷⁹³ D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit., p. 224.

⁷⁹⁴ D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit., p. 225.

⁷⁹⁵ D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit., p. 224.

⁷⁹⁶ Cfr. D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit., p. 224; qui l'a., pur non esplicitando la ragione del difetto di essenzialità nel caso descritto, si richiama evidentemente, nella sostanza, a quanto illustrato nell'espone le ragioni delle tesi della dottrina precedente, secondo la quale il creditore non avrebbe ragione di lamentarsi se l'effetto estintivo si è prodotto per un importo inferiore (quello della quota effettiva) a quello atteso (quello della quota virile) (cfr. *op. cit.*, p. 223).

⁷⁹⁷ D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit., p. 224.

realmente inteso rinunciare al proprio credito proprio nella misura della quota reale e non della virile).

Gli oneri di allegazione e di prova appaiono invece rovesciati nella prospettiva dell'annullamento per errore: in quest'ottica l'effetto estintivo *ultra partes* si verifica sempre per la quota effettiva, e sarà il creditore a dover affermare e provare di aver erroneamente ritenuto inferiore (in ipotesi, uguale alla quota virile) la parte di spettanza del debitore liberato. Il creditore appare così ingiustamente penalizzato a vantaggio dei debitori residui, che possono contare su una liberazione per la quota più ampia sino a che non sia stato pronunciato l'annullamento della remissione, e senza necessità da parte loro di dar prova delle circostanze che fonderebbero un effetto estintivo più ampio rispetto alla quota virile del remissario.

D'altra parte, il ragionamento improntato all'annullabilità per errore sulla quantità appare non solo criticabile nei suoi risvolti applicativi, ma anche poco convincente già nella sua impostazione teorica.

Come la stessa dottrina in discussione riconosce, la presunzione di eguaglianza delle quote posta dall'art. 1298, cpv., cod. civ., non vale esclusivamente nei rapporti interni, ma rileva anche per quelli esterni tra creditore e debitori. Si può allora affermare che il creditore muoverà, di regola, dal presupposto dell'eguaglianza delle quote. Appare contraddittorio con questo criterio l'assunto per cui, invece, il creditore intende in ogni caso far riferimento alla quota effettiva, mai alla virile. Quando, come in ipotesi, vi è incertezza sul fatto che il creditore intendesse riferirsi alla quota virile o alla effettiva, è una petizione di principio affermare che il creditore abbia sempre di mira la quota effettiva.

In realtà è proprio l'uguaglianza delle quote che si pone come criterio generale, seppur solo tendenziale, stante la necessità di tenere presenti molteplici fattori che possono far propendere in altro senso; e le deviazioni rispetto a questo criterio configurano quindi delle ipotesi speciali.

Il primo dubbio da risolvere è quello se il creditore parta o no dal presupposto dell'uguaglianza delle quote. Solo nel caso in cui l'alternativa venga sciolta nel secondo senso si porrà l'ulteriore questione se e come assuma rilievo l'erronea valutazione della quota (effettiva). Un problema di errata stima delle quote si presenta esclusivamente in questo secondo momento, mentre il primo quesito è soltanto se il creditore abbia fatto riferimento alla situazione prevista come ipotesi «normale» dalla legge, vale a dire la ripartizione per quote uguali, o abbia voluto superare tale previsione orientandosi alla suddivisione effettiva del debito fra i coobbligati. La norma di cui all'art. 1298, cpv., cod. civ., consente di concludere, in via di principio, nel primo senso.

Non è d'altra parte illogico ritenere che il creditore, all'oscuro delle quote reali (e, secondo alcuni, anche a conoscenza di esse, ma con l'intenzione di far riferimento alle quote virili), possa regolarsi nel proprio operato sulla base di una ripartizione in parti uguali, alla stregua della presunzione posta dall'art. 1298, cpv., cod. civ., non essendo suo onere indagare quale sia l'effettiva porzione gravante su ciascun debitore⁷⁹⁸.

Deve poi aggiungersi che non sembra del tutto corretto presentare il problema in esame come dilemma fra rinuncia alla quota effettiva o alla quota virile del debitore

⁷⁹⁸ Sarà semmai onere del debitore a cui viene concessa la remissione far presente al creditore il reale importo della propria quota, se maggiore della virile, per evitare che gli altri debitori, una volta escussi per l'intero detratta solo la quota virile del debitore liberato, si rivolgano in regresso nei suoi confronti per esigere la differenza tra la sua quota effettiva e quella virile. Cfr., per questo rilievo, F. BENTELE, *Gesamtschuld und Erlass*, cit., p. 158.

liberato⁷⁹⁹. In realtà l'intenzione del creditore è propriamente quella di rimettere il debito a favore di uno dei condebitori, liberandolo (quantomeno nei propri confronti) integralmente dal vincolo. È questo l'obiettivo perseguito dal creditore con la remissione. L'estinzione *pro quota* di cui beneficiano gli altri debitori, invece, non appare un risultato direttamente voluto dal creditore, quanto piuttosto una conseguenza o un effetto legale che, seppure verosimilmente messo in conto dal creditore stesso, è a lui imposto dall'ordinamento: infatti la parziale liberazione degli altri debitori risponde al fine di assicurare in via definitiva il vantaggio ottenuto dal beneficiario della remissione senza che ciò ridondi in un pregiudizio per gli altri debitori, al contempo evitando il «giro di azioni» che caratterizza il (pur in astratto non inammissibile) modello alternativo della remissione con efficacia particolare associata a un diritto di rivalsa contro il creditore (cui guardava, ad es., il legislatore tedesco del BGB).

3. Remissione e solidarietà a interesse esclusivo

Si è osservato in dottrina che la normale efficacia estintiva generale della remissione ha come conseguenza che anche qualora il diretto beneficiario della rinuncia non sia «interessato» nel debito nei rapporti interni, l'atto avrà ciononostante effetto liberatorio anche nei confronti dell'obbligato su cui sarebbe destinato a gravare in via definitiva il peso del debito⁸⁰⁰.

Pare tuttavia che in quest'ambito non possa essere tralasciata la considerazione della intenzione del creditore⁸⁰¹.

Nella direzione di una possibile limitazione dell'effetto estintivo si richiamano anche la regola per cui la rinuncia alle garanzie non fa presumere la remissione del debito principale (1238 cod. civ.) e quella per cui la remissione concessa a un confideiussore libera *pro parte* gli altri fideiussori (1239, cpv., cod. civ.), la quale escluderebbe *a fortiori* che possa aversi integrale liberazione del debitore principale⁸⁰².

Per altri il rilievo puramente personale della remissione in favore del debitore non interessato sarebbe un risvolto della necessaria qualità di «garante» propria di tale obbligato non solo nei rapporti interni ma anche di fronte al creditore⁸⁰³.

Per quanto attiene all'ipotesi speculare della remissione concessa al debitore unico responsabile nei rapporti interni, si è negato in dottrina che il creditore possa evitare, riservandosi i suoi diritti contro di loro, che i condebitori non interessati beneficino dell'estinzione totale del loro vincolo; se infatti costoro potessero nondimeno essere escussi dal creditore, avrebbero regresso (non potendo tale strumento essere loro

⁷⁹⁹ In altro contesto, sottolinea invece che «il creditore, in realtà, non fa altro che limitare il contenuto del suo atto dismissivo alla sola quota interna del beneficiario» G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione e solidarietà*, Padova, 2002, pp. 207 s.

⁸⁰⁰ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, cit., p. 729, nt. 113: «La norma porta al singolare risultato che la remissione fatta ad un debitore in garanzia libera anche il debitore principale. Occorre però ricordare che prevale anzitutto la volontà del remittente quale risulta dall'interpretazione dell'atto».

⁸⁰¹ Cfr. la puntualizzazione dello stesso C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, cit., p. 729, nt. 113.

⁸⁰² A. RICCIO, *Le diverse specie di obbligazioni: pecuniarie, alternative, solidali, indivisibili*, cit., p. 1271, nt. 279.

⁸⁰³ G.F. CAMPOBASSO, *Coobbligazione cambiaria e solidarietà disuguale*, cit., pp. 362 s., 375 s.

sottratto) contro il debitore liberato, con il risultato di vanificare il risultato della remissione in suo favore⁸⁰⁴.

La conclusione per cui la remissione concessa al debitore unico responsabile nei rapporti interni dispiega, malgrado un'eventuale riserva formulata dal creditore, necessariamente efficacia liberatoria anche per gli altri obbligati sembra condivisibile, ma solo, però, quando il creditore sia a conoscenza dell'assetto dei rapporti interni e, quindi, della circostanza per cui il remissario è tenuto in via esclusiva nei confronti degli altri debitori; qualora il remittente fosse all'oscuro di tale dato, l'atto di rinuncia sarà qualificabile, a seconda delle circostanze, come un *pactum de non petendo*, con conseguente permanenza della piena responsabilità degli altri obbligati, o come una remissione con efficacia generale limitata, che dispiegherà efficacia estintiva in favore degli altri consorti per un importo pari alla quota virile. Naturalmente rimane in piedi la pretesa di regresso – per l'intero o per la differenza tra l'intero e la quota virile – dei debitori estranei verso il beneficiario della remissione (salvo quanto si dirà in ordine all'opponibilità dell'ottenuta remissione contro la pretesa di regresso).

Di regola sembra da escludere, salvo che un impegno in tal senso sia stato assunto dal creditore, la possibilità che il debitore remissario possa a sua volta rivalersi contro il creditore remittente qualora si riconosca efficacia particolare alla remissione⁸⁰⁵.

L'obbligo di rivalsa potrà verosimilmente essere ammesso, peraltro, quando il creditore abbia accordato la remissione senza considerare l'eventualità della presenza di ulteriori obbligati⁸⁰⁶. Il creditore, non nutrendo aspettative sulla possibilità di ricevere il pagamento da altri debitori, rivela l'intenzione di rinunciare definitivamente al proprio diritto e di procurare la piena liberazione del debitore beneficiario, anche rispetto a eventuali pretese in regresso⁸⁰⁷.

⁸⁰⁴ D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit., p. 227: «se il creditore rimette l'intero debito al debitore con interesse esclusivo, non può impedire che l'obbligazione si estingua per intero anche nei confronti del condebitore privo di interesse, e in specie non può impedirlo neanche dichiarando espressamente di volersi riservare il diritto verso questo secondo debitore: basta considerare che, se così non fosse, o il secondo debitore, dopo avere pagato, conserverebbe il regresso contro il primo debitore, e per l'intero, e allora la remissione fatta al primo debitore sarebbe illusoria, oppure il secondo debitore non avrebbe più il regresso, e allora la sua posizione verrebbe profondamente aggravata, anzi sconvolta, dall'atto unilaterale (di remissione) del creditore, il che è ovviamente inammissibile». Per l'inapplicabilità alle ipotesi di solidarietà c.d. a interesse esclusivo dell'art. 1301, 1° co., cod. civ., nella parte in cui consente al creditore remittente di riservarsi il suo diritto contro gli altri debitori, v. G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione e solidarietà*, cit., p. 206 («la possibilità per il creditore di limitare la rilevanza (verso gli altri condebitori) del suo atto di disposizione alla sola parte destinata a gravare in via definitiva sul condebitore nei cui confronti l'atto stesso è compiuto, si collega alla possibilità che ha lo stesso creditore di limitarsi a pretendere dal singolo condebitore solo quella parte, e ciò può verificarsi esclusivamente nel caso in cui vi sia una ripartizione interna del peso della prestazione»); G.F. CAMPOBASSO, *Coobbligazione cambiaria e solidarietà disuguale*, cit., p. 352.

⁸⁰⁵ In questo senso si esprime F. BENTELE, *Gesamtschuld und Erlass*, cit., pp. 56 s. e, in prospettiva *de jure condendo*, p. 155, soprattutto in relazione alla remissione a titolo gratuito.

⁸⁰⁶ Nella dottrina tedesca, v. F. BENTELE, *Gesamtschuld und Erlass*, cit., p. 59.

⁸⁰⁷ Sembra questa, nella sostanza, la ragione che porta F. BENTELE, (*Gesamtschuld und Erlass*, cit., p. 59) ad ammettere, in questo caso, l'obbligo di rimborso in capo al creditore; l'a. fa infatti rinvio al pensiero di A. WACKE, *Der Erlaß oder Vergleich mit einem Gesamtschuldner*, cit., p. 50, il quale, in relazione all'alternativa fra *pactum de non petendo* o «autentica» remissione quando le parti non abbiano espressamente regolato la questione concernente l'eventuale obbligo di regresso in capo al debitore liberato (obbligo che verrebbe meno solo con una «autentica» remissione, e non con un *pactum de non petendo*), opta per la seconda soluzione nei casi in cui «l'accordo mirasse a una sistemazione conclusiva, a una definitiva esclusione del [debitore]», e ciò in particolare «quando il creditore non ha considerato la

4. Remissione e insolvenza di un condebitore

Si pone la questione concernente la sopportazione del peso dell'insolvenza di un condebitore solidale in caso di remissione con efficacia generale limitata.

Mentre l'ipotesi dell'insolvenza di un condebitore è espressamente disciplinata con riguardo alla remissione della solidarietà (art. 1313 cod. civ.), la legge tace in relazione alla vera e propria remissione del debito.

Ci si chiede pertanto se la frazione della quota dell'insolvente che spetterebbe al remissario resti a suo carico (soluzione in danno del debitore liberato) o debba essere ascritta, sotto forma di diminuzione del suo diritto, al creditore (soluzione in danno del creditore).

Se si ritiene che il peso dell'insolvenza debba fare proporzionalmente carico al debitore liberato, bisogna ulteriormente chiedersi se il creditore possa esigere – oltre che dagli altri debitori – anche dal remissario stesso tale importo, oppure se quest'ultimo sia soltanto tenuto a pagare tale importo in sede di regresso.

Se si opta invece per il secondo termine dell'alternativa, è necessario domandarsi anche se la frazione in questione vada propriamente decurtata dal credito, con conseguente parziale liberazione dei condebitori non remissari, oppure se debba ammettersi un «circuito di azioni»: il creditore conserva l'intero diritto verso i condebitori estranei, che possono agire in regresso per la frazione della quota dell'insolvente nei confronti del remissario, il quale a propria volta potrà rivolgersi al creditore per ottenere il ristoro di tale esborso.

Mentre nell'esperienza francese sembra prevalere la soluzione in danno del creditore⁸⁰⁸, la dottrina italiana che si è espressa sul punto ha accolto l'opposta soluzione⁸⁰⁹.

Si è così sostenuto che «Il rischio dell'insolvenza di uno dei condebitori grava anche sul beneficiario esclusivo della remissione. Tale rischio comporta infatti un carico ulteriore e distinto rispetto alla parte del debito estinto»⁸¹⁰.

A un medesimo risultato si è pervenuti facendo applicazione dei principi in tema di rinuncia alla solidarietà⁸¹¹. Si è ritenuto che la remissione in favore di un condebitore con riserva dei diritti verso gli altri dia vita a «una situazione analoga a quella prevista

[possibilità dell'esistenza] di un secondo debitore. Infatti – prosegue l'a. – la considerazione di poter esigere in futuro il pagamento da quest'ultimo non può essere stata determinante per la sua decisione».

⁸⁰⁸ V. ad es. G. BAUDRY-LACANTINERIE, L. BARDE, *Delle obbligazioni*, vol. III, cit., num. 1792, p. 122 («Se uno dei condebitori non liberati diventa insolubile, la parte che, in caso di tale insolvenza, avrebbe dovuto essere sopportata dal debitore liberato andrà in conto del creditore, giacché esso deve naturalmente subire tutte le conseguenze della remissione da lui consentita»). Per altri riferim., v. F. BENTELE, *Gesamtschuld und Erlass*, cit., pp. 115 s.

⁸⁰⁹ V. gli aa. citati nelle note che seguono. Per la soluzione in danno del creditore sembrerebbe, invece, con riguardo al codice previgente, G. LOMONACO, *Delle obbligazioni e dei contratti in genere*, vol. II, 2^a ed. (rist.), con appendici del prof. F. Degni, Napoli-Torino, 1925, num. 146, pp. 307 s. (in relazione alla remissione in favore di uno tra più fideiussori).

⁸¹⁰ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, cit., pp. 729 s., nt. 114; in questo senso anche E. TILOCCA, *La remissione del debito*, cit., p. 71, sul rilievo per cui «la remissione libera il debitore solidale remissario solo verso il creditore e non anche verso i condebitori, nei cui rapporti rimane, pertanto, garante per l'obbligazione incombente su ciascuno di essi» (con identica motivazione v. anche ID., voce *Remissione del debito*, cit., p. 412).

⁸¹¹ Cfr. G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione e solidarietà*, cit., pp. 208 ss.

dall'art. 1311 comma 2 c.c.»⁸¹², norma in cui si ricollega la rinuncia alla solidarietà al fatto del creditore «che rilascia a uno dei debitori quietanza per la parte di lui senza alcuna riserva». Così come nel caso di remissione con efficacia generale limitata, anche in questa ipotesi di rinuncia alla solidarietà il debitore interessato risulta integralmente liberato mentre gli altri restano tenuti in solido ma con deduzione della parte del primo.

Ne consegue che a seguito della remissione, il debitore beneficiario non diviene del tutto estraneo al «vincolo solidale», poiché questo non può venire escluso che contestualmente per tutte le singole obbligazioni oppure con il consenso fra creditore e tutti gli obbligati; fra l'altro si osserva che «l'atto compiuto da o nei confronti di un solo condebitore non può pregiudicare gli altri»⁸¹³. Corollario della permanenza del vincolo solidale è la proporzionale contribuzione del remissario nell'eventuale insolvenza di un coobbligato, in conformità dell'art. 1313 cod. civ.⁸¹⁴.

Il problema è stato poi discusso in relazione alla remissione in favore di un confideiussore.

Si è ritenuto che, qualora la remissione non sia stata consentita dagli altri garanti, il remissario permanga tenuto a partecipare alle conseguenze dell'insolvenza in sede di regresso⁸¹⁵. Quando invece la remissione sia stata consentita dagli altri garanti, si ritiene di dover differenziare a seconda che gli altri garanti abbiano inteso o no riservarsi la propria pretesa verso il remissario in caso di insolvenza di un congarante⁸¹⁶.

5. Sull'ammissibilità di una remissione con efficacia particolare

Nel progetto italo-francese di codice delle obbligazioni e dei contratti del 1927, la possibilità di una remissione con efficacia meramente particolare, caratterizzata quindi dalla liberazione del debitore nei confronti del creditore e dalla permanenza del suo obbligo di regresso verso i consorti, era espressamente contemplata; all'art. 139 si affermava che «Il creditore che ha accordato la rimessione non può esigere il credito dagli altri debitori solidali, se non detratta la parte di quello al quale ha fatto la rimessione; eccetto che si sia riservato integralmente il diritto contro gli altri. Il debitore cui fu fatta la rimessione non è in tal caso liberato dal regresso dei condebitori»⁸¹⁷.

⁸¹² G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione e solidarietà*, cit., p. 208.

⁸¹³ G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione e solidarietà*, cit., pp. 209 s. (citazioni rispettivamente a p. 210 e *ivi*, nt. 373).

⁸¹⁴ G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione e solidarietà*, cit., p. 211.

⁸¹⁵ P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento. Art. 1230-1259*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1975, pp. 248 s.; L. SOLIDORO MARUOTTI, *La remissione del debito*, in A. BURDESE ed E. MOSCATI (a cura di), *I modi di estinzione*, in *Trattato delle obbligazioni*, diretto da L. Garofalo e M. Talamanca, Padova, 2008, p. 601: «Se risulta poi insolvente un confideiussore non consenziente o che si sia riservato il diritto di regresso, la perdita va ripartita tra gli altri e lo stesso confideiussore liberato: dedotta la parte del confideiussore remissario, il creditore può agire contro i confideiussori solvibili, che possono rivalersi anche sul confideiussore liberato, per la parte proporzionale alla sua quota».

⁸¹⁶ P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, cit., pp. 249 s.

⁸¹⁷ Commissione reale per la riforma dei codici – Commission française d'études de l'union législative entre les nations alliées et amies, *Progetto di codice delle obbligazioni e dei contratti. Testo definitivo approvato a Parigi nell'Ottobre 1927*, Roma, Provveditorato generale dello Stato. Libreria, 1928, p. 64.

Il testo di tale disposizione era puntualmente riprodotto nell'art. 139 del Progetto del quarto libro del codice civile, dedicato a obbligazioni e contratti, del 1936⁸¹⁸, e anche altri progetti successivi prevedevano la possibilità per il creditore di riservarsi integralmente il diritto contro gli altri debitori, salvo il regresso di costoro verso il consorte liberato⁸¹⁹.

Il testo dell'art. 1301 del codice attuale, al contrario, non contempla più l'ipotesi della remissione con efficacia particolare.

Nondimeno parte della dottrina ha ritenuto che la previsione di cui all'art. 1301, 1° co., cod. civ., in base a cui il creditore che abbia rimesso il debito a uno dei condebitori e si sia riservato il suo diritto contro gli altri non può agire contro costoro se non dedotta la quota del consorte liberato, non precluda la possibilità che il creditore liberi integralmente uno dei debitori nei propri confronti senza tuttavia rinunciare neppure parzialmente alla propria pretesa verso gli altri; in tale caso i debitori escussi avranno, diversamente dall'ipotesi prevista dal codice, diritto di regresso verso il condebitore liberato⁸²⁰.

Alcuni interpreti fanno riferimento, in relazione all'ipotesi descritta, alla figura del *pactum de non petendo*, escludendo che possa parlarsi di vera e propria remissione, perché non si avrebbe estinzione dell'obbligazione⁸²¹.

⁸¹⁸ Commissione per la riforma dei codici. Sottocommissione per il codice civile, *Codice civile. Quarto libro. Obbligazioni e contratti. Progetto e relazione*, Roma. Istituto poligrafico dello Stato. Libreria, 1936, p. 33 del progetto.

⁸¹⁹ Cfr., ad es., Ministero di grazia e giustizia, *Codice civile. Libro delle obbligazioni. Progetto ministeriale*, Roma. Istituto poligrafico dello Stato, 1940, p. 8 (art. 35); Ministero di grazia e giustizia, *Lavori preparatori del codice civile (anni 1939-1941). Progetti preliminari del libro delle obbligazioni, del codice di commercio e del libro del lavoro*, vol. II, *Progetto preliminare del libro delle obbligazioni*, Istituto Poligrafico dello Stato, Roma, 1942, p. 15 (art. 44); Ministero di grazia e giustizia, *Codice civile. Libro delle obbligazioni. Progetto definitivo*, Roma. Istituto poligrafico dello Stato, 1940, p. 15 (art. 44). Nel progetto datato aprile 1941 riportato in G.B. FERRI, *Le annotazioni di Filippo Vassali in margine a taluni progetti del libro delle obbligazioni*, Padova, p. 172 (art. 134), non compare più, così come nell'attuale art. 1301 cod. civ., il riferimento alla remissione con efficacia particolare.

⁸²⁰ L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, I², cit., num. 69, pp. 234 s.; F. GALLO, *Sulla asserita sopravvivenza del "pactum de non petendo" nel diritto italiano*, cit., cc. 138, 142 (che parla di «figura di remissione non espressamente prevista dal nostro codice»: *ivi*, c. 142). Ritiene ammissibile una remissione con efficacia personale – riportandola allo schema non della vera remissione ma del *pactum de non petendo in personam*, mancando l'effetto estintivo e sussistendo solo «un semplice impegno del creditore di non richiedere al debitore liberato l'adempimento – anche E. TILOCCA, *La remissione del debito*, cit., pp. 73 s., argomentando a partire dall'art. 1239, cpv., secondo periodo, cod. civ., in tema di liberazione di un fideiussore con il consenso degli altri fideiussori; l'a. richiede tuttavia, come previsto dalla norma citata, non solo per la remissione di un debito fideiussorio ma anche per la remissione di un altro debito solidale il consenso degli altri obbligati; lo stesso a. precisa che il debitore che ha beneficiato di tale remissione con efficacia personale resta tenuto in via di regresso verso gli altri (voce *Remissione del debito*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XV, Torino, 1968, p. 412).

⁸²¹ D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit., p. 264, testo e nt. 2; E. TILOCCA, *La remissione del debito*, cit., pp. 73 s. In giurisprudenza v. Cass. 12 luglio 1958, n. 2539, in *Foro pad.*, 1959, I, c. 299, con nota di M. SARGENTI, «*Pactum de non petendo*» e remissione del debito, e in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1958, II, p. 333, con nota redazionale: «Nel diritto vigente, il patto di non chiedere, anche se non sia *infra certum tempus*, non può configurarsi che come *in personam*, cioè come semplice impegno a non richiedere il pagamento dal debitore o da uno dei debitori in solido. Nel caso di obbligazione soggettivamente semplice, tale impegno consegue praticamente nei confronti del debitore lo stesso effetto estintivo della remissione, mentre nell'ipotesi di obbligazione solidale passiva il carattere meramente personale del patto è reso ancor più evidente dal rilievo che la sua efficacia non si estende agli altri coobbligati, né nei rapporti esterni con il creditore, né in quelli interni tra coobbligati. Ad onta del patto, il creditore può, infatti, richiedere agli altri debitori il pagamento dell'intero e costoro, a loro volta, possono agire in

Altra parte della dottrina, ritenendo non più corretto né necessario il richiamo alla figura del *pactum de non petendo* nel diritto attuale, parla anche in questo caso di remissione, giudicando non condivisibile l'obiezione legata alla mancata estinzione del vincolo: partendo dalla separazione tra rapporti esterni e rapporti interni, non vi sarebbero ostacoli ad ammettere una remissione meramente particolare, in virtù della quale risulta «estinto» l'obbligo del singolo debitore verso il creditore, ma permangono «inalterati i rapporti interni con i coobbligati»⁸²².

Parte della dottrina circoscrive la possibilità di assumere, da parte del creditore, un «impegno a non esercitare il credito» verso un singolo debitore, con salvezza dell'intera pretesa nei confronti degli altri, soltanto se esso risulta «limitato ad un determinato tempo o subordinato a determinati presupposti»; diversamente l'impegno avrebbe «senz'altro il significato di una remissione», cosicché esso provocherebbe necessariamente l'estinzione *pro quota* del vincolo degli estranei⁸²³.

Secondo una diversa tesi, invece, l'art. 1301 cod. civ. imporrebbe al creditore una rigida opzione fra remissione con efficacia generale e remissione con efficacia generale limitata; sarebbe quindi del tutto esclusa una remissione con efficacia particolare, che lasciasse cioè inalterato il vincolo dei debitori estranei, in quanto il creditore non avrebbe il potere di escludere l'effetto estintivo sancito dalla norma in favore di costoro; ma tale norma pone un limite valevole anche per il *pactum de non petendo*, attraverso il quale, dunque, non è possibile giungere a un esito corrispondente a quello precluso in relazione alla remissione, aggirando il disposto dell'art. 1301, perché ciò si tradurrebbe in una «frode alla legge»⁸²⁴.

In realtà non sembrano sussistere ostacoli all'ammissibilità di una remissione con efficacia particolare. Questa, inoltre, andrà verosimilmente considerata estintiva dell'obbligazione nei confronti del debitore liberato, e quindi come una vera e propria

regresso contro il beneficiario del patto per rivalersi della sua quota»; App. Napoli 31 luglio 1957, in *Mon. trib.*, 1958, p. 568, secondo cui «Col *pactum de non petendo* [...] il creditore si obbliga a non esigere il credito indefinitamente [...] ovvero per un certo tempo o fino al modificarsi di certe circostanze. Difetta qui un atto di disposizione relativo al rapporto, manca cioè l'effetto estintivo, reale e immediato, che [...] è proprio della remissione. Il rapporto, all'opposto, continua a sussistere e con esso quindi il vincolo obbligatorio, che ne costituisce il lato passivo; sol che il creditore si impegna a non farlo valere, assumendo così, a sua volta, un'obbligazione negativa, di non fare, in forza della quale il dovere di prestazione resta neutralizzato», precisando, con riferimento al caso dell'obbligazione in solido, che «Nel *pactum de non petendo* [...] il rapporto non è toccato e perciò non si giustificerebbe un'estensione del patto agli altri coobbligati: l'ipotesi è del tutto estranea alla normativa dell'art. 1301 e ciascun membro del gruppo condebitario può essere chiamato a pagare l'intero, salvo l'azione di regresso anche verso il condebitore che ha conchiuso il patto, nel limite della sua quota». In senso diverso, F. GALLO, *Sulla asserita sopravvivenza del "pactum de non petendo" nel diritto italiano*, cit., c.142, ritiene trattarsi non di *pactum de non petendo*, schema di cui non è dato riscontrare alcuna corrispondenza nell'attuale diritto, bensì di una «figura di remissione non espressamente prevista dal nostro codice».

⁸²² F. GALLO, *Sulla asserita sopravvivenza del "pactum de non petendo" nel diritto italiano*, cit., c. 142.

⁸²³ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, cit., p. 730. Per la tesi secondo cui non vi sarebbe più spazio nel diritto attuale per il *pactum de non petendo* inteso come figura distinta dalla remissione, v. M. SARGENTI, «*Pactum de non petendo*» e remissione del debito, nota a Cass., 12 luglio 1958, n. 2539, in *Foro pad.*, 1959, I, cc. 305 s., secondo cui «In una sola ipotesi il *pactum de non petendo* non concreta una rinuncia al diritto di credito e non può essere assimilato alla remissione: quando sia concepito come *pactum ne ad certum tempus petatur*»; in tali casi, peraltro, si tratterebbe in ultima analisi di una «apposizione di una condizione o di un termine all'obbligazione».

⁸²⁴ M. ORLANDI, *Pactum de non petendo e inesigibilità*, Milano, 2000, pp. 243 ss. (citaz. a p. 246).

remissione, senza che sia necessario richiamare in questo contesto la figura del *pactum de non petendo*.

Tale ipotesi di remissione non è priva di utilità per il beneficiario, poiché il debitore liberato ottiene pur sempre il vantaggio di non dover pagare l'intero al creditore, ma soltanto la propria quota in regresso⁸²⁵; inoltre, la remissione con efficacia particolare consente al creditore di non doversi preoccupare del riparto interno del debito fra i coobbligati, un dato che il creditore potrebbe ignorare e che potrebbe rivelarsi di complesso accertamento, ostacolando significativamente l'attuazione del suo diritto contro gli altri obbligati⁸²⁶.

La mancata previsione legislativa di questo tipo di remissione porta a ritenere, peraltro, che il creditore dovrà chiaramente far salvo il suo diritto all'intero verso gli altri condebitori: una semplice dichiarazione di riserva potrebbe infatti far propendere per una remissione con efficacia generale limitata.

Nel caso di dubbio, però, il fatto che il creditore sia all'oscuro dell'entità della quota del remissario potrebbe far propendere per una remissione con efficacia particolare. Ciò potrebbe accadere, ad esempio, in caso di responsabilità solidale derivante da fatto illecito, dove le quote interne dei danneggiati potrebbero non essere conosciute dal creditore e risultare difficilmente stimabili.

Quanto all'ipotesi di remissione accordata nell'ignoranza circa l'esistenza di altri obbligati, la soluzione dell'efficacia particolare, diffusa nel sistema tedesco⁸²⁷, appare difficilmente compatibile con la regola generale che accorda valore estintivo generale alla remissione concessa senza riserva di agire verso gli altri debitori.

Non sembra però da escludere la possibilità di ritenere che in tali circostanze una riserva di agire per l'intero contro i condebitori ignori al momento della remissione possa considerarsi implicita, con conseguente inapplicabilità della regola generale; anche una remissione con efficacia generale limitata potrà verosimilmente escludersi, stante il fatto che il creditore remittente non sa dell'esistenza di altri debitori e, quindi, a maggior ragione, non conosce il riparto interno della responsabilità⁸²⁸.

Sorge poi il problema se il debitore liberato tramite remissione con efficacia particolare possa opporre tale liberazione anche ai consorti che agiscano nei suoi confronti in sede di rivalsa.

Per quanto attiene alla pretesa fatta valere in via di surrogazione, appare corretto ritenere che il remissario possa opporre la liberazione ottenuta anche contro i suoi consorti. Ciò comporta, fra l'altro, che eventuali garanzie che assistessero singolarmente il suo vincolo, essendosi estinte con la remissione, non potranno trasferirsi in capo agli altri debitori in via di surrogazione. Qualora tale estinzione comporti l'impossibilità per gli altri debitori di realizzare la propria pretesa in rivalsa, non si potrà fare applicazione

⁸²⁵ Questo vantaggio è sottolineato, ad es., da App. Napoli, 31 luglio 1957, in *Mon. trib.*, 1958, p. 568.

⁸²⁶ Si tratta di argomenti ricorrenti nel dibattito sul tema fra gli interpreti di lingua tedesca, come si è avuto modo di illustrare nel par. 4 della sezione III in questo capitolo, al quale si fa rinvio anche per i relativi riferimenti.

⁸²⁷ Cfr. il par. 8 della sezione III in questo capitolo.

⁸²⁸ Cfr. D. BEINING, *Die Rechtswirkungen des Vergleichs eines Kreditinstituts mit einem gesamtschuldnerisch haftenden Kreditnehmer*, cit., p. 401, secondo cui, per affermare la sussistenza di una remissione con efficacia generale limitata anziché di una remissione con efficacia particolare, è necessario che il creditore abbia conoscenza della «Verteilung der Haftung im Innenverhältnis», perché diversamente «[...] für den Gläubiger nichts darauf hindeutet, dass das Schuldverhältnis ganz oder teilweise aufgehoben werden soll»; F. BENTELE, *Gesamtschuld und Erlass*, cit., p. 53. Per altri riferimenti, v. *supra*, sez. III, par. 8 in questo capitolo.

dell'art. 1955 cod. civ., il cui ambito di operatività, seguendo l'opinione dominante, deve ritenersi circoscritto alla fideiussione; sarà possibile soltanto, come ha proposto parte della dottrina, riconoscere un diritto al risarcimento del danno in favore dei consorti non liberati qualora il creditore, concedendo la remissione a un debitore, abbia agito dolosamente in pregiudizio degli altri⁸²⁹.

Con riguardo all'opponibilità dell'ottenuta remissione contro la pretesa esercitata da un altro condebitore a titolo di regresso⁸³⁰, va anzitutto considerato il caso in cui i debitori abbiano assunto congiuntamente l'obbligazione in solido, e quindi siano legati da un rapporto particolare, che avrà generalmente fonte contrattuale.

In quest'ipotesi è in base a tale rapporto particolare che deve stabilirsi se i condebitori rimasti obbligati abbiano diritto di regresso verso il debitore liberato, a nulla rilevando a questo fine la remissione nei rapporti esterni⁸³¹. Una rivalsa del debitore liberato verso il creditore potrà essere ammessa solo in casi limitati, e in particolare

⁸²⁹ Cfr. D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit., pp. 240 ss., secondo il quale (fermo restando che la remissione del debito di uno dei coobbligati non potrebbe mai tradursi in un pregiudizio per gli altri, stante la necessaria liberazione di costoro per la quota del remissario), il creditore potrebbe disporre della garanzia che assistono il vincolo di uno dei coobbligati senza patire la conseguenza di una riduzione del proprio credito verso gli altri debitori, perché tali garanzie «formalmente e direttamente sono state concesse solo nel suo interesse» (*op. cit.*, p. 242), cosicché se il venir meno di queste cautele si traduce in un danno per gli altri consorti ciò costituisce solo «una conseguenza riflessa della connessione di rapporti interni che si ha nelle obbligazioni solidali» (*ibidem*); l'art. 1995 avrebbe quindi natura di «norma eccezionale, e come tale inestensibile analogicamente» (*ibidem*); l'a. ammette tuttavia in caso di dolo del creditore (sussistente quando il creditore abbia cagionato l'estinzione della garanzia «col deliberato proposito» [*ibidem*] di danneggiare gli altri consorti) una pretesa risarcitoria, derivante dalla violazione del canone della buona fede, in favore del coobbligato che, a causa della condotta del creditore, abbia risentito un danno effettivo in sede di regresso, non potendo realizzare compiutamente la propria pretesa di rivalsa; si precisa che il diritto al risarcimento sussisterà solo in caso di danno concretamente patito, e non potrà essere impiegato per estinguere in via di compensazione il diritto del creditore; anche M. GIORGIANNI, voce *Obbligazione solidale e parziaria*, in *Noviss. dig. it.*, vol XI, Torino, 1965, p. 684, esclude l'applicabilità dell'art. 1955 cod. civ. alle obbligazioni in solido in quanto tali, ammettendo solo una pretesa risarcitoria a carico del creditore che abbia determinato l'estinzione di una garanzia «al fine di danneggiare il condebitore»; A. RAVAZZONI, *La fideiussione*, cit., p. 48; B. CARPINO, *Del pagamento con surrogazione*, cit., pp. 84 s., in base alla funzione di garanzia svolta dalla fideiussione diversamente dal vincolo di un coobbligato *tout court*, affermando peraltro la responsabilità risarcitoria del creditore che con dolo si sia privato di una garanzia per il danno risentito dal coobbligato *solvens* che non riesca a esercitare la rivalsa nei confronti del debitore il cui vincolo era assistito dalla garanzia dismessa dal creditore; M. CASELLA, *Le garanzie personali in Italia nei secoli XIX e XX*, in *Les sûretés personnelles*, 3^{me} partie, Bruxelles, in *Recueils de la société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, 1969, pp. 279 ss., e A. GIUSTI, *La fideiussione e il mandato di credito*, cit., p. 267, entrambi in base all'autonomia, caratterizzante l'obbligazione in solido in generale rispetto alla fideiussione, dei rapporti esterni rispetto a quelli interni, onde al creditore non sarebbe imposto un analogo dovere di conservare le garanzie che assistono il vincolo di un coobbligato; G.F. CAMPOBASSO, *Coobbligazione cambiaria e solidarietà disuguale*, cit., pp. 259 s., 361 (ritenendo la norma legata ai particolari caratteri della fideiussione).

⁸³⁰ Per la soluzione di questa questione, particolarmente convincenti appaiono gli argomenti formulati nell'ambito della dottrina tedesca da S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., pp. 1002 ss., il cui pensiero si è riferito *supra*, al par. 11 della sezione III di questo capitolo.

⁸³¹ Si tratta di un'implicazione dell'idea dell'indipendenza rispetto al diritto del creditore che caratterizza il regresso fra condebitori legati da un rapporto particolare di fonte negoziale, sulla scorta della tesi, più volte ricordata, di S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., *passim*; la stessa a. afferma, in particolare, che nel caso di debitori legati tra i quali sussista un rapporto di regresso fondato su un accordo negoziale, la remissione concessa dal creditore, tale regresso non potrebbe essere escluso dalla remissione conclusa dal creditore con uno dei debitori (*op. cit.*, p. 662).

quando il creditore abbia preso in considerazione l'eventualità di un regresso contro il remissario e abbia voluto tenerlo indenne anche da questo.

Diverso è il caso in cui non vi sia stata assunzione congiunta di un impegno contrattuale da parte dei debitori, e si tratti invece di obbligazioni in solido di carattere risarcitorio in relazione alle quali almeno uno dei condebitori risulti obbligato verso il creditore sulla base di un impegno contrattuale distinto rispetto al vincolo, di fonte negoziale o legale, degli altri⁸³².

Per stabilire se e in presenza di quali presupposti il consorte liberato possa opporre alla pretesa in regresso degli altri l'ottenuta remissione, è possibile far riferimento al ragionamento che parte della dottrina tedesca ha sviluppato in relazione a quest'ipotesi facendo riferimento alla disciplina della cessione del credito⁸³³. Anche nell'ordinamento italiano si ritiene che il debitore ceduto possa di regola opporre al cessionario le eccezioni relative al credito traferito che trovano fondamento in circostanze verificatesi prima che il ceduto stesso abbia avuto conoscenza della cessione (a parte la regola particolare concernente la compensazione: v. art. 1248, 1° co., cod. civ.)⁸³⁴. Ebbene, tale regola può applicarsi anche al caso del debitore in solido che ha ottenuto la remissione, sostituendo alla conoscenza della cessione la conoscenza dell'esistenza di altri condebitori. Se il condebitore che ha ottenuto la remissione era a conoscenza dell'esistenza di altri coobbligati, non potrà opporre la liberazione in sede di regresso; potrà invece farla valere se ignorava che vi fossero altri condebitori.

Contro il rischio che sia l'arbitrio del creditore a decidere su quale dei debitori debba gravare in via definitiva il peso dell'intero debito, anziché ritenere applicabile in ogni

⁸³² Per le peculiarità di tali ipotesi, v. *supra*, al par. 11 della sezione III di questo capitolo.

⁸³³ Il rinvio è sempre a S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., spec. pp. 1008 ss.

⁸³⁴ P. PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti. Art. 1260-1267*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1982, pp. 218 (indicando espressamente, fra le eccezioni opponibili, la remissione concessa dal cedente dopo la cessione ma prima della conoscenza della stessa da parte del ceduto); P.M. VECCHI, *La cessione del credito*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, coordinato da A. Zoppini, vol. III, *Obbligazioni, I, Il rapporto obbligatorio*, Milano, 2009, pp. 353 s. Per una generale opponibilità delle eccezioni relative al credito sorte dopo la cessione ma prima della sua conoscenza da parte del debitore si esprime anche V. PANUCCIO, *La cessione volontaria dei crediti nella teoria del trasferimento*, Milano, 1955, spec. p. 61, testo e nt. 87, e ID., voce *Cessione dei crediti*, in *Enc. dir.*, vol. VI, Milano, 1960, spec. p. 868, il quale tuttavia, in relazione alla specifica ipotesi della remissione, mentre in un luogo pare ammetterne l'opponibilità al cessionario (cfr. *La cessione volontaria dei crediti nella teoria del trasferimento*, cit., p. 61, nt. 87), altrove conclude chiaramente per l'inopponibilità (*ivi*, p. 89), sul rilievo per cui il cedente, nel rimettere il debito già ceduto, «è ormai privo di poteri e rinuncia a diritto non più suo». Circa l'ambito delle eccezioni opponibili si esprime in senso più restrittivo rispetto alle opinioni appena ricordate (negando, in particolare, l'opponibilità della remissione) C.M. BIANCA, *Diritto civile, 4, L'obbligazione*, cit., p. 585, secondo il quale «Una puntuale analisi della posizione del debitore ceduto di buona fede consente di ravvisare la sua liberazione nei casi equiparabili all'adempimento: dazione in pagamento, compensazione volontaria [...], liberazione coattiva dal debito ecc. Per quanto attiene agli altri atti dispositivi o modificativi del credito compiuti dal debitore sul presupposto della persistente titolarità del credito in capo al cedente, deve escludersi che essi siano per ciò stesso opponibili al cessionario. Occorre piuttosto di volta in volta accertare se l'opponibilità dell'atto sia giustificata da un'apprezzabile esigenza di tutela del debitore ceduto o se invece determini un inutile sacrificio del diritto del cessionario. Così, ad es., il debitore ceduto non potrà opporre al nuovo creditore la remissione del debito fatta dal cedente dopo la cessione [...]»; dello stesso a. v. inoltre *Il debitore e i mutamenti del destinatario del pagamento*, Milano, 1963, pp. 36 ss.; tuttavia altrove sembrerebbe esprimersi per una opponibilità tendenzialmente generale: v. *Diritto civile, 4, L'obbligazione*, cit., p. 603 («Il debitore può opporre al cessionario anche i fatti estintivi o modificativi intervenuti dopo il trasferimento del credito fino al momento in cui ha accettato la cessione o questa gli è stata notificata o ne abbia avuto conoscenza certa»).

caso l'art. 1301, cod. civ., con conseguente parziale estinzione del diritto del creditore, è preferibile ritenere che una decurtazione del credito possa avvenire solo in presenza di una condotta negligente o imprudente del creditore, in applicazione analogica dell'art. 1227, 1° co., cod. civ.⁸³⁵.

Se al creditore non può essere mosso alcun rimprovero pur avendo concesso una parziale o totale remissione a un condebitore, l'intero peso del debito resterà definitivamente a carico del *solvens*.

Quando invece i coobbligati siano tenuti in solido in base a un illecito extracontrattuale, e quindi in forza di un'obbligazione di fonte legale, come si è già accennato la soluzione preferibile sembra essere quella di riconoscere alla remissione concessa a uno dei debitori, con riserva di agire verso gli altri, efficacia particolare, per evitare di ostacolare l'escussione degli altri debitori imponendo al creditore di indagare il riparto interno delle quote fra i consorti. In questo caso peraltro non è inammissibile – perché in tal caso non si configurerebbe, in particolare, un'intollerabile contrasto con l'autonomia privata – affermare l'esistenza in favore del *solvens* di un regresso indipendente dalla responsabilità nei rapporti esterni del condebitore convenuto; sicché si può ammettere che quest'ultimo non possa opporre la remissione concessagli dal creditore, e debba quindi sborsare la propria quota in via di regresso⁸³⁶. Il remissario potrà eventualmente soltanto rifarsi in via di ulteriore rivalsa contro il creditore, anche se un tale obbligo di rifusione in capo al creditore, salvo che sia stato espressamente assunto, andrà ammesso in casi assai limitati, se non tendenzialmente escluso⁸³⁷.

6. La rinuncia alla solidarietà

Nel codice vigente è stata conservata la previsione dedicata alla remissione della solidarietà in favore di uno dei condebitori. Nella norma attuale, peraltro, laddove si prevede che il creditore conserva l'azione contro gli altri debitori, è stata soppressa la precisazione contenuta nella corrispondente norma del codice abrogato in base alla quale l'azione in solido contro gli altri era conservata «per l'intero credito»; ma dalla mancata riproposizione di questo inciso non si è tratto argomento per affermare che la nuova norma comporti conseguenze diverse rispetto al suo antecedente storico nel codice del 1865, onde anche per il diritto attuale continua ad affermarsi che la

⁸³⁵ Cfr. per una corrispondente soluzione in diritto tedesco, S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1016; sul pensiero di questa a., cfr. *amplius* sez. III, par. 11, in questo capitolo.

⁸³⁶ Ritiene «quantomeno sostenibile» («zumindest vertretbar») ammissibile un regresso fra i consorti tendenzialmente indipendente rispetto al diritto del comune creditore quando le obbligazioni risarcitorie di tutti i debitori abbiano fonte legale S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., pp. 691 s. (le parole tra virgolette sono a p. 691), nonché pp. 1019 s., anche se non si tratterebbe dell'unica soluzione astrattamente ipotizzabile; la stessa a. riconosce inoltre, con specifico riguardo alla remissione con efficacia particolare (ma non per altre circostanze, quali ad esempio la prescrizione o la sentenza di rigetto della pretesa del creditore) che ammettere in queste fattispecie l'opponibilità della remissione nei rapporti interni potrebbe dare luogo al rischio di scelte arbitrarie da parte del creditore circa la decisione in merito a quale dei debitori sia destinato a sopportare in via definitiva il peso del debito (cfr. *op. cit.*, p. 682).

⁸³⁷ Per una tendenziale esclusione di tale diritto di rivalsa nella remissione con efficacia particolare a titolo gratuito, salvo che l'obbligo di rimborso sia stato espressamente previsto nell'accordo tra creditore e debitore, F. BENTELE, *Gesamtschuld und Erlass*, cit., p. 57, e, *de jure condendo*, p. 155.

remissione della solidarietà concessa a un condebitore lascia in vita l'azione in solido del creditore verso gli altri per l'intero debito⁸³⁸.

Quanto alla ripartizione dell'eventuale insolvenza, l'art. 1313, cod. civ. non si discosta nella sostanza dall'art. 1200 del codice previgente. Con la nuova norma resta aperta, in particolare, l'antica questione se la quota nell'insolvenza di uno dei condebitori debba essere effettivamente sopportata anche dal debitore liberato dalla solidarietà oppure gli debba essere ascritta in via puramente contabile e «fittizia», dovendo in realtà ricadere in ultima analisi come perdita sul creditore stesso; anche il testo della norma attuale non dirime, almeno in astratto, l'alternativa fra la soluzione in danno del debitore liberato e quella in danno del creditore.

Nel progetto italo-francese di codice delle obbligazioni e dei contratti del 1927, all'art. 147 si era previsto che «Nel caso di rinuncia del creditore alla solidarietà verso alcuno dei debitori, se uno degli altri divenga insolvente, la sua porzione di debito è ripartita per contributo fra tutti i condebitori, compreso quello che era stato liberato dalla solidarietà. Tuttavia, se si provi che il creditore ha voluto liberare da ogni obbligazione il debitore, in favore del quale ha rinunciato alla solidarietà, la parte di contributo che graverebbe su questo sarà a carico del creditore»⁸³⁹. Il progetto aveva quindi elevato a regola la soluzione in danno del condebitore liberato, salva la prova che il creditore avesse voluto liberare integralmente il debitore stesso, nel qual caso il creditore avrebbe sopportato anche il peso dell'insolvenza verificatasi fra i condebitori. La soluzione veniva testualmente recepita nel Progetto del libro relativo a obbligazioni e contratti del 1936, all'art. 147⁸⁴⁰, mentre in progetti successivi ci si limitava, come accade oggi per l'art. 1313 cod. civ., ad affermare che l'insolvenza di un condebitore è ripartita fra gli altri, compreso quello liberato dalla solidarietà⁸⁴¹.

⁸³⁸ Per un raffronto della disposizione di cui all'art. 1301, 1° co., cod. civ. con la corrispondente norma del codice previgente (art. 1195), v. C. GANGI, *Le obbligazioni*, cit., pp. 239 ss., il quale giunge alla conclusione per cui la remissione della solidarietà a favore di un debitore non comporta alcuna decurtazione del vincolo degli altri.

Nel senso che in caso di remissione della solidarietà a favore di uno soltanto dei debitori gli altri restano tenuti in solido per l'intero, v. C. SCUTO, *Teoria generale delle obbligazioni con riguardo al nuovo codice civile*³, pt. I, Napoli, 1950, p. 304; M. GIORGIANNI, voce *Obbligazione solidale e parziaria*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XI, Torino, 1965, p. 683; R. DE RUGGIERO, F. MAROI, *Istituzioni di diritto civile*, vol. II¹⁰, cit., p. 58; D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit., p. 318; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, cit., p. 748; M. CANTILLO, *Le obbligazioni*, t. III, cit., p. 1554.

⁸³⁹ Commissione reale per la riforma dei codici – Commission française d'études de l'union législative entre les nations alliées et amies, *Progetto di codice delle obbligazioni e dei contratti. Testo definitivo approvato a Parigi nell'Ottobre 1927*, Roma, Provveditorato generale dello Stato. Libreria, 1928, p. 68.

⁸⁴⁰ Commissione reale per la riforma dei codici. Sottocommissione per il codice civile, *Codice civile. Quarto libro. Obbligazioni e contratti. Progetto e relazione*, Roma, Istituto poligrafico dello Stato. Libreria, 1936, p. 35 del Progetto. Su questo v. le considerazioni di E. COLAGROSSO, *Il libro delle obbligazioni (parte generale)*, Milano, 1943, sub art. 1313, p. 216.

⁸⁴¹ Cfr. ad es., Ministero di grazia e giustizia, *Codice civile. Libro delle obbligazioni. Progetto ministeriale*, Roma. Istituto poligrafico dello Stato, 1940, p. 9 (art. 40); Ministero di grazia e giustizia, *Lavori preparatori del codice civile (anni 1939-1941). Progetti preliminari del libro delle obbligazioni, del codice di commercio e del libro del lavoro*, vol. II, *Progetto preliminare del libro delle obbligazioni*, Istituto Poligrafico dello Stato, Roma, 1942, p. 17 (art. 52); Ministero di grazia e giustizia, *Codice civile. Libro delle obbligazioni. Progetto definitivo*, Roma. Istituto poligrafico dello Stato, 1940, p. 17 (art. 52). Sulle ragioni della modifica v. quanto si afferma nella Relazione del Guardasigilli al progetto ministeriale del libro delle obbligazioni (Ministero di grazia e giustizia, *Codice civile. Libro delle obbligazioni. Relazione del Guardasigilli al progetto ministeriale*, Istituto Poligrafico dello Stato, Roma, 1940, num. 54, p. 26): «L'espressione «diviene insolvente» si è pure corretta nell'art. 147 del progetto del 1936 (art. 52). Da questa si è soppresso il capoverso, considerato superfluo perché la sostituzione del creditore nella

In dottrina, taluno ritiene si tratti di una questione di interpretazione della volontà del creditore rinunziante, da decidersi pertanto in base alle circostanze del caso specifico⁸⁴². Parte della dottrina, ritenendo validi anche per il nuovo codice gli stessi argomenti avanzati sotto l'impero del codice del 1865, conclude per la soluzione in danno del creditore⁸⁴³; ma più numerosi sostenitori può vantare la tesi opposta⁸⁴⁴.

Vi è poi una duplicità di opinioni intorno alla questione se la norma concerna esclusivamente i rapporti interni fra i condebitori o anche quelli esterni con il creditore⁸⁴⁵.

La soluzione più corretta sembra quella che pone, in via di regola, il peso dell'insolvenza in capo al condebitore liberato dalla solidarietà. Per il principio di stretta interpretazione delle rinunce, deve infatti ritenersi che il creditore non abbia inteso privarsi della parte di credito corrispondente a quella frazione della quota del debitore insolvente che viene attribuita al debitore liberato dalla solidarietà.

situazione che il debitore liberato aveva verso i suoi condebitori, è necessaria conseguenza del contegno del creditore medesimo il quale, liberando uno dei condebitori ha impedito il regresso verso di lui»; la soppressione della precisazione contenuta nel capoverso («Tuttavia, se si provi che il creditore [...]») sembrerebbe giustificata dal fatto che la soluzione in danno del creditore si impone come necessitata; in questo senso interpreta le parole della relazione al progetto ministeriale anche C. GANGI, *Le obbligazioni*, cit., pp. 249 s., osservando peraltro che «se questo era effettivamente il pensiero dei compilatori, sarebbe stato più opportuno non già di sopprimere il 2° comma dell'art. 147 del progetto della Commissione reale, ma di sostituire ad esso una diversa disposizione o di modificare il primo comma» (*op. cit.*, p. 250).

⁸⁴² E. COLAGROSSO, *Il libro delle obbligazioni (parte generale)*, Milano, 1943, sub art. 1313, p. 217; diversamente, però, per la soluzione in danno del debitore liberato, ID., *Teoria delle obbligazioni e dei contratti*, Roma, 1946, pp. 102 s.

⁸⁴³ Il riferimento è a C. GANGI, *Le obbligazioni*, cit., pp. 250 ss., sul pensiero del quale v. *amplius* sez. II, par. 2, in questo capitolo.

⁸⁴⁴ E. COLAGROSSO, *Teoria delle obbligazioni e dei contratti*, Roma, 1946, pp. 102 s. (che porta a sostegno «La lettera della legge, i precedenti legislativi e il principio che le rinunzie devono essere interpretate restrittivamente»: *op. cit.*, p. 102); G. LONGO, *Diritto delle obbligazioni*, Torino, 1950, p. 104; G.F. CAMPOBASSO, *Coobbligazione cambiaria e solidarietà disuguale*, cit., p. 217, nt. 59. In senso contrario alla soluzione in danno del creditore si esprime F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, cit., pp. 230 s., il quale tuttavia ritiene che l'ambito applicativo dell'art. 1313 concerna soltanto il rapporto interno ai condebitori. Probabilmente di questo avviso è anche M. GIORGIANNI, voce *Obbligazione solidale e parziaria*, cit., p. 683 («il debitore liberato dalla solidarietà deve effettivamente contribuire»), nonché G. AMORTH, *L'obbligazione solidale*, cit., pp. 292 s. In questo senso pare orientato anche G. MICCIO, *Delle obbligazioni in generale*³, cit., pp. 680 s., il quale rinviene «una libertà forse eccessiva» nella lettura della norma di coloro che propendono per la soluzione in danno del creditore; tuttavia l'a. mostra egualmente alcune perplessità in merito alla regola di cui all'art. 1313 intesa nella prospettiva in danno del debitore liberato dalla solidarietà.

⁸⁴⁵ Nel primo senso v. M. GIORGIANNI, voce *Obbligazione solidale e parziaria*, cit., p. 683, sul rilievo, in particolare, che l'art. 1313 cod. civ. trova il suo antecedente nell'art. 1200 cod. civ. 1865, e la «collocazione sistematica» di tale norma avrebbe deposto per la sua applicabilità esclusivamente ai rapporti interni; in senso adesivo F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, cit., pp. 234 s. Questa tesi era già stata affermata in giurisprudenza sotto il vigore del codice abrogato; cfr. Cass., ud. 19 novembre 1929, in *Foro it.*, 1929, I, c. 1169, secondo cui tanto l'art. 1215 del *code Napoléon* quanto l'art. 1200 del codice civile italiano avrebbero considerato «esclusivamente l'azione di regresso». Nel secondo senso v. D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit., p. 319, rilevando che (*ivi*, nt. 1) «Fra l'altro, in caso contrario si avrebbe, per quest'ultima porzione di debito, un inutile giro di pagamenti, perché, se la pagasse un altro debitore, questi avrebbe poi regresso per essa contro il beneficiario della rinunzia». In questo secondo senso, nella dottrina francese v. ad es. G. BAUDRY-LACANTINERIE, L. BARDE, *Delle obbligazioni*, vol. II, cit., num. 1263, p. 383, per cui il debitore liberato potrebbe anche essere richiesto dal creditore del pagamento dell'intero debito quando tutti i condebitori siano insolventi; nella dottrina italiana sotto il vigore del codice precedente, F. RICCI, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, III ed. (rist.), vol. VI, a cura di F. Caire, Torino, 1912, num. 172, p. 218.

È d'altra parte condivisibile l'opinione che richiama, in questo contesto, la volontà del creditore come elemento determinante per decidere su chi gravi il peso dell'insolvenza.

In questo senso è degno di nota l'esempio costituito dal citato art. 147 del Progetto italo-francese del 1927, che faceva appunto salva l'ipotesi in cui il creditore avesse voluto esentare dal peso in questione il debitore liberato dalla solidarietà.

Peraltro, anche quando risulti la volontà del creditore di rinunciare a pretendere dal debitore liberato la frazione della quota di un eventuale debitore insolvente, facendosi così carico del relativo peso, resta però da stabilire se tale rinuncia possa essere direttamente invocata dagli altri debitori nei confronti del creditore. Ci si chiede, in altre parole, se i restanti obbligati, richiesti del pagamento dell'intero, possano invocare una riduzione del loro vincolo per contrastare parzialmente la pretesa creditoria.

La via alternativa sarebbe quella di ammettere un «circolo di azioni». I debitori non liberati dalla solidarietà resterebbero tenuti in via integrale verso il creditore e potrebbero, una volta effettuato il pagamento, esigere in via di regresso dal debitore liberato anche la frazione della quota dell'insolvente; sarà poi il debitore liberato dalla solidarietà a poter agire verso il creditore per ripetere tale frazione, sempreché, come si è ammesso in ipotesi, il creditore abbia inteso liberarlo anche da tale peso.

E la soluzione preferibile appare proprio quest'ultima. Ammettendo l'opponibilità della rinuncia da parte dei condebitori estranei si ostacola notevolmente l'attuazione della pretesa del creditore, perché il giudizio contro uno dei condebitori non liberati viene reso notevolmente più complesso dalla necessità di considerare una molteplicità di circostanze estranee al rapporto tra creditore e debitore convenuto. Ciò che si deve valutare non è solo la circostanza in sé dell'insolvenza di un altro debitore, ma anche quella dell'entità di questa insolvenza (non necessariamente, infatti, deve trattarsi di insolvenza totale); inoltre vi è l'esigenza di stimare le quote interne dei debitori per procedere al riparto della porzione del debitore insolvente fra gli altri consorti; oltre a ciò, ovviamente, si pone la questione, di carattere pregiudiziale, se con la rinuncia alla solidarietà il creditore abbia o no inteso esentare il debitore liberato dal peso di un'eventuale insolvenza.

Sembra più opportuno che tali questioni, in parte legate ai rapporti interni fra i debitori e in parte a quelli fra creditore e debitore liberato dalla solidarietà, non vengano esaminate nel giudizio relativo alla pretesa del creditore verso uno dei debitori rimasti tenuti in via solidale, ma siano piuttosto rinviate e confinate al giudizio di regresso fra i coobbligati e a quello di rivalsa del debitore liberato dalla solidarietà verso il creditore⁸⁴⁶.

7. Gli effetti della rinuncia alla solidarietà

La portata delle conseguenze derivanti dalla rinuncia alla solidarietà non è definita in maniera compiuta dalle norme codicistiche, onde essa è stata delineata dagli interpreti secondo impostazioni differenti.

⁸⁴⁶ In questo senso anche F. BENTELE, *Gesamtschuld und Erlass*, cit., pp. 67 s., sui cui v. più ampiamente *supra*, sez. III, par. 10, in questo capitolo.

Secondo taluno, il beneficiario della rinuncia diverrebbe «debitore *pro parte, semplicemente congiunto*»⁸⁴⁷. Ne deriva, in particolare, l'irrilevanza della colpa e dell'insolvenza del debitore liberato rispetto agli altri e viceversa, così come dell'interruzione della prescrizione verificatasi per il primo o per i secondi. Per converso, soltanto perché il debito del consorte liberato deve pur sempre essere reputato «una parte del debito totale»⁸⁴⁸, le circostanze produttive di effetti totalmente o parzialmente estintivi sia di tale debito sia del vincolo degli altri obbligati si comunicano a tutti i debitori: così, ad es., si ritiene permanga la possibilità di invocare la compensazione spettante ad altro coobbligato e la remissione effettuata nei confronti di questo, così come la sentenza favorevole da lui conseguita o il giuramento da lui reso.

Da altri si tende invece a ritenere che gli effetti della rinuncia da parte del creditore siano più ridotti.

Un primo indice della persistenza, seppure in forma attenuata, della solidarietà si rinviene anzitutto nel fatto che il pagamento integrale eseguito dai debitori non liberati va a vantaggio anche del beneficiario della rinuncia, così come l'adempimento di quest'ultimo della propria quota riduce il vincolo degli altri obbligati⁸⁴⁹. Un ulteriore dato in questa direzione è costituito dal disposto di cui all'art. 1313 cod. civ., che prevede il riparto proporzionale della quota di un consorte insolvente anche a carico del debitore liberato dalla solidarietà⁸⁵⁰.

Se ne deduce che la rinuncia alla solidarietà «non interrompe in pieno i legami fra il beneficiario e gli altri debitori, ma si limita ad attribuire al primo il *beneficium divisionis*, lasciando sussistere anche per questo debitore la solidarietà»⁸⁵¹.

Come implicazione di questa concezione si ritiene, esemplificativamente, che l'interruzione della prescrizione verificatasi verso un altro condebitore si comunichi anche al debitore liberato dalla solidarietà, e che la remissione senza riserva a lui concessa estingua integralmente il vincolo degli altri, così come quella compiuta nei confronti dei secondi libera il primo; inoltre, si afferma che in caso di impossibilità dell'adempimento cagionata per colpa dal debitore liberato gli altri coobbligati restano tenuti a corrispondere l'importo della prestazione dovuta, e che le garanzie prestate dal debitore liberato, purché non esclusivamente riferite «alla sua persona» o alla propria porzione, continuano ad assistere «l'intera obbligazione»⁸⁵².

Se tali sono le conseguenze della remissione della solidarietà nei confronti di un condebitore, non si esclude, almeno in linea teorica, la possibilità di pervenire a una più radicale separazione delle sorti dei rispettivi vincoli facenti capo a ciascun obbligato⁸⁵³.

In questo caso l'obbligazione del destinatario della rinuncia diventerebbe «propriamente parziaria», con la conseguenza che tale obbligazione e quella degli altri

⁸⁴⁷ C. GANGI, *Le obbligazioni*, cit., p. 243 (corsivo nel testo), il quale richiama le considerazioni sviluppate sotto il vigore del codice del 1865, ritenute valide anche in relazione alla disciplina attuale (cfr. *op. cit.*, p. 244).

⁸⁴⁸ C. GANGI, *Le obbligazioni*, cit., p. 243.

⁸⁴⁹ D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit., p. 318.

⁸⁵⁰ D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit., pp. 318 s., secondo cui, inoltre, la regola opererebbe sia per le insolvenze che precedono la rinuncia alla solidarietà, sia per quelle che la seguono.

⁸⁵¹ D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit., p. 320. Nel senso che l'unica conseguenza della rinuncia alla solidarietà sia la limitazione del debito del beneficiario alla sua parte, mentre «per ogni altro aspetto l'obbligazione continua ad essere regolata dalle norme sulla solidarietà», v. M. CANTILLO, *Le obbligazioni*, t. III, cit., p. 1554.

⁸⁵² D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit., p. 320.

⁸⁵³ D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit., pp. 320 s.

obbligati risulterebbero «completamente distinte ed autonome»⁸⁵⁴: così, ad esempio, la quota del debitore liberato andrebbe scomputata dal vincolo degli altri e l'insolvenza di un consorte non potrebbe più essere fatta gravare proporzionalmente anche sul beneficiario della rinuncia, oltre a escludersi, tendenzialmente, la propagazione degli effetti di talune circostanze relative alla sfera di un coobbligato che caratterizzano ancora la rinuncia alla solidarietà secondo il modello codicistico.

Senonché questa forma più incisiva di rinuncia è potenzialmente foriera di conseguenze negative per i condebitori estranei, tra cui l'impossibilità di imporre al beneficiario la contribuzione proporzionale in caso di insolvenza di un consorte.

L'esclusione della solidarietà non si potrebbe quindi far dipendere dalla sola volontà del creditore. La trasformazione dell'obbligazione solidale in parziaria, sia con riguardo a un singolo debitore sia con riguardo a tutti i coobbligati, richiederebbe una novazione; e, più in particolare, si potrebbe giungere anche a rendere parziaria esclusivamente l'obbligazione di un unico consorte, sempreché «tutti gli originari debitori»⁸⁵⁵ siano parti dell'accordo novativo.

Quando la rinuncia alla solidarietà abbia luogo con riguardo a un'obbligazione solidale a interesse esclusivo, essa non comporterà, si sostiene, il riconoscimento del beneficio di divisione; la sua conseguenza sarebbe piuttosto che l'obbligazione del beneficiario, pur restando pari al complessivo debito iniziale, diverrebbe tuttavia «sussidiaria» rispetto a quella degli altri consorti⁸⁵⁶.

8. Remissione del debito con efficacia particolare e rinuncia alla solidarietà

Non sembrano sussistere ragioni per escludere la validità di una remissione con efficacia particolare, ancorché quest'ipotesi non sia espressamente disciplinata dal codice civile. Sebbene il vincolo degli altri debitori resti inalterato nei confronti del creditore, il regresso di costoro verso il debitore liberato non viene pregiudicato dalla remissione, cosicché essi possono sempre rivalersi verso il consorte beneficiario della remissione per la sua quota interna, malgrado la remissione⁸⁵⁷.

L'utilità di una simile remissione per il debitore liberato, che a prima vista potrebbe apparire del tutto illusoria a causa del regresso spettante ai consorti, può essere rinvenuta nel fatto che il debitore rimane tenuto al massimo per la propria quota, che

⁸⁵⁴ Così si esprime, testualmente, D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit., p. 320.

⁸⁵⁵ D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit., p. 321.

⁸⁵⁶ D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit., pp. 321 s.; ciò, si precisa, avviene sia qualora beneficiario della rinuncia sia il soggetto interessato nel debito, sia quando tale sia un obbligato privo di interesse proprio nei rapporti interni. *Contra* G.F. CAMPOBASSO, *Coobbligazione cambiaria e solidarietà disuguale*, cit., pp. 353 s. (citazioni a p. 354), secondo cui tale concezione desta perplessità in quanto può rendere tenuto in via principale nei rapporti esterni l'obbligato che è invece esonerato dal peso del debito nei rapporti interni, dando vita fra l'altro a un inutile giro di azioni; ciò sarebbe soprattutto in contrasto con le ipotesi legislative di «solidarietà disuguale» caratterizzate da un «onere di preventiva richiesta» disposto dal legislatore (artt. 1268, cpv.; 1408, cpv.; 2356; 2481 cod. civ.; art. 54, l. camb.): in queste ipotesi l'ordine degli obbligati non potrebbe essere sovvertito per atto del solo creditore o mediante convenzione fra costui e il debitore interessato nel debito, perché sarebbe necessario «il consenso dell'obbligato tenuto *ex lege* in via sussidiaria»; sicché la tesi criticata non potrebbe essere seguita quantomeno in queste specifiche ipotesi e non sarebbe pertanto «di applicazione generale».

⁸⁵⁷ F. GALLO, *Sulla asserita sopravvivenza del "pactum de non petendo" nel diritto italiano*, cit., c. 144.

dovrà sborsare quando sarà convenuto in regresso, mentre sarà esentato dal dovere di «anticipare» l'intero pagamento al creditore⁸⁵⁸.

È stato però correttamente rilevato che tale risultato è proprio anche della remissione della solidarietà⁸⁵⁹. A ben vedere, infatti in entrambi i casi il debitore resta tenuto, in ultima analisi, esclusivamente per la propria quota, sebbene con la differenza che in caso di remissione del debito tale porzione non può essere richiesta dal creditore ma soltanto, in via di regresso, dagli altri condebitori, mentre in caso di remissione della solidarietà essa potrà essere pretesa tanto dal primo quanto dai secondi.

Tale rilievo fa sorgere il dubbio se nel nostro ordinamento sia configurabile lo schema innominato della remissione del debito con efficacia particolare accanto a quello espressamente previsto dal codice della remissione della solidarietà.

La remissione con efficacia particolare è ammessa nell'ordinamento tedesco, nel quale però non è prevista la remissione della solidarietà, così come in quello francese, dove tuttavia la remissione della solidarietà produce un effetto estintivo generale limitato che è estraneo al corrispondente istituto di diritto italiano.

È quindi necessario verificare se, nel nostro ordinamento, le due figure rivelino tratti distintivi tali da giustificare la loro coesistenza.

Una prima diversità consiste nella permanenza dell'obbligo, ancorché ridotto alla sola quota, verso il creditore, permanenza che caratterizza la remissione della solidarietà e manca nella remissione del debito. Questa differenza, certamente rilevante per il creditore, può apparire a prima vista poco significativa per il debitore liberato, essendo per lui sostanzialmente indifferente versare la propria quota al creditore o, in via di regresso, a un condebitore. In realtà a ben vedere la remissione con efficacia particolare porta al debitore un effettivo vantaggio supplementare rispetto alla rinuncia alla solidarietà: l'insussistenza di una pretesa del creditore che caratterizza la situazione derivante dalla remissione può implicare in sostanza una dilazione in favore del debitore liberato, giacché egli dovrà pagare in via di regresso soltanto dopo che un altro debitore sarà stato richiesto dell'adempimento.

Considerazioni analoghe si possono svolgere in relazione al peso dell'insolvenza di un altro condebitore qualora si aderisca alla tesi per cui la ripartizione dell'insolvenza di un condebitore opera in danno del condebitore liberato dalla solidarietà e non in danno del creditore e l'operatività di tale regola non è confinata ai rapporti interni ma si estende anche a quelli esterni. Sia in caso di remissione della solidarietà sia in caso di remissione del debito, il debitore (in mancanza di una diversa volontà del creditore) dovrà sopportare tale peso, ma nel secondo caso dovrà far fronte al relativo esborso solo quando venga convenuto in regresso e non, come invece nel primo caso, già al momento della richiesta di adempimento da parte creditore⁸⁶⁰.

Un altro aspetto da considerare è legato all'eventualità in cui la quota effettiva del debitore sia diversa da quelle virile.

Come si è già illustrato in precedenza, si può ritenere che in seguito alla remissione della solidarietà il debitore resti sempre obbligato tanto nei rapporti interni quanto in

⁸⁵⁸ Evidenzia questo vantaggio, ad es., App. Napoli, 31 luglio 1957, in *Mon. trib.*, 1958, p. 568.

⁸⁵⁹ F. GALLO, *Sulla asserita sopravvivenza del "pactum de non petendo" nel diritto italiano*, cit., c. 141. L'a., pur rilevando tale circostanza, ritiene ammissibile una remissione del debito con efficacia meramente personale senza ridurla all'ipotesi della remissione della solidarietà (cfr. *op. cit.*, cc. 142 ss.).

⁸⁶⁰ Per l'osservazione secondo cui il debitore beneficiario di una remissione con efficacia particolare non può più essere richiesto di pagare alcunché dal creditore anche in caso di insolvenza di un consorte v. F. GALLO, *Sulla asserita sopravvivenza del "pactum de non petendo" nel diritto italiano*, cit., c. 143.

quelli esterni per la sua quota effettiva; ma si può anche ipotizzare, al contrario, che in alcuni casi il debitore, ferma restando la sua responsabilità per la quota reale nei rapporti interni, resti tenuto verso il creditore per la quota virile.

Se si opta per questa seconda prospettazione è possibile ritenere, come appare corretto fare in ossequio al principio di stretta interpretazione delle rinunce, che qualora la quota effettiva sia inferiore alla virile e il creditore sia all'oscuro di tale discrepanza, il debitore liberato dalla solidarietà resti tenuto verso il creditore per la quota virile.

Dati questi presupposti, una remissione del debito sarà più conveniente per il debitore, perché questi non dovrà mai sborsare più che la sua quota effettiva, essendo soggetto solo al regresso, dove è la porzione reale a dover essere presa in considerazione. La remissione della solidarietà, invece, lascerà esposto il debitore al dovere di pagare al creditore la quota virile, in ipotesi superiore alla reale, salvo rivalsa per la differenza verso gli altri consorti.

La differenza tra le due figure è ovviamente più netta dal punto di vista del creditore.

Rinunciando alla solidarietà il creditore conserva una più elevata probabilità di realizzare la sua pretesa, giacché il debitore beneficiato resta tenuto per la sua quota, mentre in caso di remissione del debito il creditore può ormai contare soltanto sugli altri debitori.

CAPITOLO SETTIMO

TRANSAZIONE E DEBITO SOLIDALE

SOMMARIO: 1. Transazione e solidarietà debitoria nel codice civile del 1865 – 2. Transazione e solidarietà debitoria nel sistema tedesco. La prospettiva del legislatore storico – 3. La transazione con un condebitore in solido nel diritto tedesco vigente: considerazioni generali – 4. (segue) La determinazione della portata della remissione fondata sull'accordo transattivo – 5. (segue) Aspetti problematici della regola dell'imputazione al debito comune del pagamento effettuato in base alla transazione – 6. La transazione con un condebitore in solido nel codice civile vigente. La previsione di cui all'art. 1304 cod. civ. – 7. Sull'applicabilità dell'art. 1304 cod. civ. alla transazione novativa – 8. La possibilità di profittare della transazione – 9. La clausola limitativa della possibilità di profittare della transazione – 10. La transazione priva di efficacia per i condebitori estranei – 11. La transazione parziale. Configurabilità ed effetti – 12. Transazione parziale: ambito di applicazione – 13. Transazione parziale: ampiezza dell'effetto estintivo *ultra partes* – 14. I criteri proposti dalla dottrina per stabilire l'efficacia della transazione – 15. (segue) Rilievi critici. I criteri distintivi fra transazione sull'intero aperta all'adesione degli altri debitori, transazione sull'intero con esclusione della facoltà per gli altri debitori di profittarne e transazione parziale – 16. Transazione ed eccezioni opponibili in sede di regresso

1. Transazione e solidarietà debitoria nel codice civile del 1865

Nel codice civile abrogato non era presente una disposizione dedicata all'ipotesi della transazione stipulata con un debitore in solido⁸⁶¹.

L'art. 1771 cod. civ. 1865 stabiliva che «La transazione fatta da uno degli interessati non obbliga gli altri, e non può essere opposta da essi»; tuttavia questa disposizione non risolveva definitivamente le questioni relative all'efficacia generale o particolare della transazione stipulata con uno dei condebitori in solido⁸⁶².

Diverse erano pertanto le opinioni che si contendevano il campo.

Parte della dottrina propendeva per un'efficacia esclusivamente *inter partes* della transazione⁸⁶³; anche da altri si riteneva che la transazione stipulata da un condebitore

⁸⁶¹ «Dell'effetto delle transazioni nelle obbligazioni solidali tace il nostro codice»: V. POLACCO, *Delle obbligazioni (parte generale). Della transazione*, Lezioni tenute nella R. Università di Roma nell'anno accademico 1920-1921, Roma, 1921, p. 79 (sottolineato omesso).

⁸⁶² V. quanto osserva sul punto F. SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, 2^a ed., Napoli, 1975, num. 97, p. 301, a parere del quale «per il suo tenore letterale, la norma [*scil.*: art. 1771 cod. civ. abr.] risultava di scarso sussidio all'interprete nella questione di specie». E infatti la giurisprudenza aveva avuto modo di affermare che «Piuttosto che l'art. 1771 e seg. c. c. regolanti il rapporto di transazione dal punto di vista generale, andava pertanto applicato al caso il principio ormai pacificamente ammesso, se pur non codificato, pel quale la transazione, in caso di solidarietà passiva, al pari della rimessione del debito (art. 1281 c. c.) e della novazione (art. 1287), giova, ancorché stipulata da uno solo degli obbligati, anche agli altri» (Cass. 22 dicembre 1933, num. 3719, in *Sett. Cass.*, 1934, col. 153).

⁸⁶³ C. GANGI, *Le obbligazioni. Parte generale*, Lezioni tenute nella R. Università di Milano nell'anno accademico 1940-41, raccolte e compilate dal Dott. Fernando Cisotti, Milano, 1941, p. 288: «A mio

fosse inopponibile agli altri⁸⁶⁴, ma si ammetteva che una transazione favorevole (per lo meno se estesa all'intero debito) potesse essere invocata anche dai condebitori estranei⁸⁶⁵.

Talora si introduceva la distinzione fra transazione «integrale» e transazione «parziale», dovendosi intendere con la prima quella concernente l'intera obbligazione in solido, e con la seconda quella attinente alla «parte»⁸⁶⁶ del debitore transigente nei rapporti interni. La prima, se favorevole, poteva essere invocata integralmente anche dai condebitori estranei; la seconda, invece, poteva essere fatta valere solo limitatamente alla «parte» del transigente, e la quota del pacisciente doveva essere defalcata dal debito degli altri obbligati per evitare che allo stipulante fosse sottratto in via di regresso il vantaggio conseguito con la transazione⁸⁶⁷. In proposito altra parte della dottrina

avviso, l'opinione preferibile è quella che ritiene che la transazione fatta con uno dei debitori non ha alcun effetto per gli altri, perché ciò risulta dall'art. 1771». Con riferimento al codice francese v. C. CROME, *Teorie fondamentali delle obbligazioni nel diritto francese*, cit., pp. 230 s., nt. 57.

⁸⁶⁴ E. PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile*, vol. IV⁵, cit., num. 17, p. 69; G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, I⁷, cit., num. 171, p. 195; A. BUTERA, *La definizione dei rapporti incerti*, I, *Delle transazioni*, Torino, 1933, num. 159, pp. 427 s.

⁸⁶⁵ G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, I⁷, cit., num. 171, p. 195 (limitatamente alla transazione «integrale»); in questo senso, senza distinguere fra transazione parziale e integrale, anche E. PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile*, vol. IV⁵, cit., num. 17, p. 69, sul rilievo che i condebitori «devono considerarsi come mandatari gli uni degli altri rispetto a tutti gli atti che mirano a migliorare la loro condizione di fronte al creditore». V. anche (ma con ulteriori precisazioni per la transazione sulla «parte») A. BUTERA, *La definizione dei rapporti incerti*, cit., num. 159, pp. 427 s., il quale oltre a far leva sulla norma in cui si dispone la efficacia in favore degli altri del giuramento deferito a un condebitore (art. 1373), in base all'assunto per cui «il giuramento è una specie di transazione», ritiene che nel «sacrificio» del creditore transigente sarebbe da vedersi una «parziale rimessione» (*op. cit.*, p. 427), e che «nella transazione è implicita una *remissio*», onde sarebbe «equa ed opportuna» la conclusione che anche gli altri condebitori possano trarne beneficio (*op. cit.*, p. 428). Per l'idea che nella transazione sia «implicita una *remissio*» v. anche N. DE CRESCENZIO, C. FERRINI, voce *Obbligazione*, cit., num. 392, p. 477. In senso conforme, in giurisprudenza, Cass., ud. 4 agosto 1936, n. 3095, in *Foro it.*, 1936, I, c. 1457 (in relazione all'ipotesi della transazione conclusa «senza alcuna riserva da parte del creditore»), secondo cui «L'atto di transazione e l'estinzione dell'obbligazione compiuti da un condebitore in solido, in quanto fanno cessare la esistenza del credito ed estinguono l'obbligazione giovano indubbiamente al condebitore in solido, ma non possono invece nuocergli. E, però, il condebitore in solido, estraneo a tali atti, può sempre fare valere le sue ragioni contro il creditore, ed anche e di conseguenza, pure contro l'altro condebitore per i diritti che questi possa vantare contro di lui per effetto dell'eseguito pagamento. Avvenuta, pertanto, la transazione con uno dei debitori solidali, senza alcuna riserva da parte del creditore, la obbligazione è estinta e degli effetti si avvantaggiano anche gli altri condebitori in solido, ma questi non possono invece esserne danneggiati perché le loro condizioni, per mandato *ex lege*, possono essere rese migliori ma non deteriori dal condebitore, e quindi, se hanno ragioni da fare valere contro il creditore, queste ragioni non sono pregiudicate dalla transazione». Nel senso della rilevanza per i condebitori estranei della transazione per essi favorevole, App. Milano, ud. 10 gennaio 1936, in *Foro it.*, 1936, I, c. 423: «La transazione conclusa dal creditore con uno dei coobbligati in solido può essere invocata anche dagli altri nell'ipotesi che essa giovi loro».

⁸⁶⁶ Impiegano questo termine G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, I⁷, cit., num. 171, p. 195; A. BUTERA, *La definizione dei rapporti incerti*, cit., num. 159, pp. 428 s.; N. DE CRESCENZIO, C. FERRINI, voce *Obbligazione*, cit., num. 392, p. 477.

⁸⁶⁷ G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, I⁷, cit., num. 171, p. 195. A una soluzione analoga pervengono N. DE CRESCENZIO, C. FERRINI, voce *Obbligazione*, cit., num. 392, p. 477, secondo i quali «Un correo potrebbe transigere anche per la sola parte sua; poiché il creditore potrebbe anche convenirlo solo per essa. In tal caso non c'è ragione perché gli effetti di tale transazione abbiano a risentirsi dai condebitori (tranne che, s'intende, fino ai limiti della parte su cui la transazione è caduta)»; e v. anche V. POLACCO, *Delle obbligazioni (parte generale). Della transazione*, cit., p. 82, secondo il quale «nel caso in cui per espressa dichiarazione del creditore che ha transatto con uno dei debitori, l'originaria obbligazione solidale verso gli altri debitori rimane, l'oggetto di essa andrà diminuito della parte spettante

ammetteva che la transazione sulla «parte» potesse giovare agli altri debitori, ma solo se il consorte transigente avesse attribuito rilievo al «diritto» degli altri consorti «come condizione della stipulazione fatta a suo favore»; diversamente la transazione non avrebbe potuto essere invocata dai condebitori estranei⁸⁶⁸.

In base a un'altra tesi, si doveva pervenire a un'applicazione analogica della disposizione dettata per l'ipotesi di novazione (art. 1277 cod. civ. abr.), cosicché la transazione con un condebitore avrebbe dispiegato efficacia estintiva generale, liberando tutti i coobbligati⁸⁶⁹. Della norma sulla novazione fa applicazione analogica anche un'altra parte della dottrina, ricollegando però l'effetto estintivo generale alla transazione «inquanto [...] importi adempimento del debito»⁸⁷⁰: l'efficacia *ultra partes* appare quindi ricollegata non alla stipulazione della transazione, ma all'adempimento degli impegni con essa assunti.

Vi era poi chi muoveva dalla considerazione che «La transazione riposa sopra un concetto complesso di novazione, di pagamento parziale e di parziale remissione del debito, in conformità dei quali elementi deve produrre gli analoghi effetti in materia di solidarietà»⁸⁷¹. Così, qualora la transazione si articolasse in un pagamento parziale e in una remissione parziale (come nel caso in cui il debito originario fosse di 1000 e il creditore si accordasse con uno dei debitori per il pagamento di 800 a tacitazione della propria pretesa), si avrebbero due eccezioni opponibili da tutti i condebitori, dai quali, pertanto, il creditore non potrebbe esigere il pagamento del residuo (nell'esempio, i restanti 200); e anche se il creditore avesse circoscritto la remissione al solo debitore transigente, nell'agire contro i condebitori estranei per il pagamento del residuo non avrebbe potuto sottrarsi al dovere di scomputare dalla somma richiesta la quota riferibile al debitore liberato⁸⁷².

nella originaria obbligazione al debitore col quale avvenne la transazione e non soltanto di ciò che il creditore ha avuto con la transazione; è giusto infatti che, se nei rapporti con quel debitore, il creditore si è accontentato di meno, s'abbia a intendere che per il resto abbia voluto fare una remissione di debito».

⁸⁶⁸ A. BUTERA, *La definizione dei rapporti incerti*, cit., num. 159, p. 428, secondo il quale è necessario, alla luce dell'art. 1128 cod. civ. abr. (il cui 2° co. affermava: «[...] può ciascuno stipulare a vantaggio di un terzo, quando ciò formi condizione di una stipulazione che fa per se stesso, o di una donazione che fa per altri. [...]»), «ricercare se il correo *debendi*, nel transigere, prese in considerazione il diritto dei consoci, ponendolo come condizione della stipulazione fatta a suo favore; nel qual caso costoro, se vogliono, possono profittare della stipulazione eventualmente vantaggiosa; in altro caso si ha una *res inter alios acta*. L'a. prosegue analizzando il caso in cui il creditore, stipulando una transazione relativamente alla «quota» del debitore pacisciente, «si riservi i suoi diritti verso gli altri, per l'intero»: in tal caso l'accordo non avrebbe efficacia per i condebitori estranei, ma si avrebbe, peraltro, «la detrazione di tale quota dall'ammontare del credito». Questa dottrina richiama in questo contesto l'art. 1928 cod. civ. (in tema di estinzione della fideiussione per impossibilità della surrogazione nelle ragioni del creditore), escludendone tuttavia l'operatività, in quanto la norma non si applicherebbe ai condebitori in solido ma solo al fideiussore.

⁸⁶⁹ M. ALLARA, *Delle obbligazioni*, cit., p. 75 («la transazione intervenuta tra il creditore ed uno dei condebitori libera tutti gli altri»). In questa direzione anche L. BELLAVITE, *Note illustrative e critiche al codice civile del Regno*, cit., p. 183, per l'ipotesi in cui la transazione sia stipulata senza richiedere l'assenso degli altri debitori.

⁸⁷⁰ V. POLACCO, *Delle obbligazioni (parte generale). Della transazione*, cit., p. 81.

⁸⁷¹ P. MELUCCI, *Teoria delle obbligazioni solidali*, cit., num. 60, p. 137. In una prospettiva analoga si pone G. VENZI, in E. PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, vol. IV⁵, cit., pp. 102 s. (citazione a p. 102), secondo cui «Nei riguardi della transazione è a ritenere, per analogia tratta specialmente dalla regola relativa alla rimessione del debito e alla novazione, che abbia efficacia per tutt'i condebitori, salva espressa dichiarazione contraria del creditore».

⁸⁷² P. MELUCCI, *Teoria delle obbligazioni solidali*, cit., num. 60, pp. 137 s. (da cui anche l'esempio). V. anche G. VENZI, in E. PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, vol. IV⁵, cit., p. 103,

Se invece nella transazione fosse stata contenuta una novazione, questa avrebbe avuto effetto nei confronti di tutti i coobbligati, estinguendone il vincolo; ciò salvo che il creditore avesse richiesto l'adesione dei condebitori estranei: se questa fosse stata prestata, la novazione avrebbe dispiegato efficacia nei confronti di tutti i debitori, mentre in caso contrario sarebbe valsa l'originaria obbligazione, anche per il debitore transigente⁸⁷³.

Non viene per contro, da questa dottrina, ritenuta persuasiva la tesi secondo la quale, muovendo dall'idea del mandato fra i condebitori che legittima al compimento di atti favorevoli ai consorti, i condebitori estranei potrebbero invocare nei confronti del creditore la transazione per loro vantaggiosa, mentre non sarebbero danneggiati da una potenzialmente pregiudizievole, in quanto il condebitore transigente non potrebbe incidere negativamente sulla sfera degli altri. Tale distinzione non sarebbe producente, perché l'efficacia della transazione, nel lato esterno dei rapporti con il creditore, dipenderebbe dal fatto che il creditore abbia richiesto l'adesione dei condebitori estranei: cosicché, se tale adesione viene concessa, l'efficacia della transazione per i debitori estranei dipende dalla loro volontà e non dal carattere vantaggioso o no del patto transattivo; se, per contro, il creditore non ha domandato l'accordo degli altri debitori, questi saranno liberati, indipendentemente dal carattere favorevole o sfavorevole della transazione.

Per quanto attiene invece ai rapporti interni, i condebitori estranei⁸⁷⁴ alla transazione potranno, qualora convenuti in regresso, decidere di invocarla o no in relazione alla determinazione del loro debito di regresso verso il consorte transigente⁸⁷⁵.

2. Solidarietà debitoria e transazione nel sistema tedesco. La prospettiva del legislatore storico

Il codice tedesco non contempla espressamente l'ipotesi della transazione stipulata con uno dei debitori in solido.

Nel progetto di VON KÜBEL del 1878 relativo all'obbligazione solidale, il § 15 disponeva che «Der Vergleich zwischen einem Gesamtgläubiger und einem Gesamtschuldner wirkt insoweit, als derselbe einen Erlaß enthält, gegen die übrigen

secondo cui «Avvenuta [...] la transazione con riserva dei diritti verso gli altri debitori, la obbligazione solidale verso di questi rimane. È ben naturale però, che l'oggetto di questa rimane diminuito della parte spettante al debitore con il quale avvenne la transazione, e non soltanto di ciò che il creditore ha ottenuto colla transazione; se nei rapporti di quel debitore il creditore si è cont[en]tato di meno, per il resto deve sottintendersi una remissione»; e altresì, in senso del tutto analogo, v. V. POLACCO, *Delle obbligazioni (parte generale). Della transazione*, cit., p. 82.

⁸⁷³ P. MELUCCI, *Teoria delle obbligazioni solidali*, cit., num. 60, p. 138. In senso adesivo v. V. POLACCO, *Delle obbligazioni (parte generale). Della transazione*, cit., p. 81.

⁸⁷⁴ P. MELUCCI, *Teoria delle obbligazioni solidali*, cit., num. 60, p. 139, non specifica se la possibilità di invocare o no la transazione per determinare l'oggetto dell'obbligazione di regresso spetta ai debitori che hanno, su offerta del creditore, aderito alla transazione, ai debitori estranei alla transazione in relazione alla quale il creditore non ha richiesto l'adesione dei condebitori estranei o a entrambe queste categorie.

⁸⁷⁵ P. MELUCCI, *Teoria delle obbligazioni solidali*, cit., num. 60, p. 139; similmente V. POLACCO, *Delle obbligazioni (parte generale). Della transazione*, cit., p. 82. Sul punto v. invece quanto affermano N. DE CRESCENZIO, C. FERRINI, voce *Obbligazione*, cit., num. 392, p. 477, secondo i quali quanto ai rapporti interni «nulla si può dire di assoluto», dipendendo le questioni relative al regresso dal concreto rapporto («di società, di mandato, di *negotiorum gestio*, ecc.») fra i condebitori.

Gesammtgläubiger nicht und für die übrigen Gesamtschuldner nur dann, wenn dies bei dem Vergleiche beabsichtigt ist»⁸⁷⁶. L'efficacia verso i debitori estranei alla transazione e alla relativa remissione in essa contenuta era quindi subordinata alla volontà delle parti.

La prima commissione⁸⁷⁷ riconosceva la configurabilità di un «*persönlicher Vergleich*»⁸⁷⁸, ossia di una transazione destinata a disciplinare esclusivamente il rapporto tra il creditore e il debitore stipulante. Questa transazione avrebbe avuto, sempre secondo la commissione, soltanto efficacia personale, come la remissione personale («*persönlicher Erlaß*»). Quanto invece alla transazione non limitata al rapporto tra i contraenti («*objektiver Vergleich*»)⁸⁷⁹, la proposta di ricollegare a essa la medesima efficacia – generale – dell'adempimento viene respinta; alla proposta veniva infatti obiettato che tale effetto avrebbe potuto essere riconosciuto alla transazione soltanto se voluto dalle parti, ma una simile intenzione sarebbe stata invece di regola da escludere: l'efficacia della transazione «oggettiva» non andrebbe oltre alla possibilità di consentire ai debitori estranei di invocare il contratto stesso, senza che la transazione incida come tale sulla loro rispettiva responsabilità.

La commissione si orienta quindi inizialmente nel senso di attribuire alla transazione volta a regolare solo il rapporto tra i contraenti («*persönlicher Vergleich*») efficacia generale limitata, tramite rinvio alla norma che disciplina la remissione. Quanto all'*objektiver Vergleich*, invece, si distingue a seconda che le parti abbiano inteso assegnargli un'efficacia corrispondente a quella dell'adempimento oppure no; nel primo caso la transazione produce, come il pagamento, la liberazione di tutti i condebitori, mentre nel secondo tale effetto non si verifica, e vi è semplicemente il diritto per i condebitori estranei di invocare la transazione, assumendo i relativi obblighi, fermo restando che essi non sono vincolati da tale accordo contro la loro volontà. In ogni caso l'adempimento effettuato in base alla transazione vale come tale anche in favore degli altri consorti⁸⁸⁰.

⁸⁷⁶ In W. SCHUBERT (herausgegeben von), *Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerliches Gesetzbuches, Recht der Schuldverhältnisse*, Teil 3, Besonderer Teil II, Verfasser: Franz Philippe von Kübel und Hilfsarbeiter, Berlin-New York, 1980, p. 1219.

⁸⁷⁷ Cfr. i verbali della seduta del 12 ottobre 1878 (in H.H. JAKOBS e W. SCHUBERT, *Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Recht der Schuldverhältnisse*, I, §§ 241-432, Berlin-New York, 1978, pp. 901 s.); si v. quindi il § 14 del progetto («Vorlage») n. 7, dedicato ai *Gesamtschuldverhältnisse* (in W. SCHUBERT [herausgegeben von], *Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerliches Gesetzbuches, Recht der Schuldverhältnisse*, Teil 1., Allgemeiner Teil, Berlin-New York, 1980, p. 51).

⁸⁷⁸ È questa l'espressione usata dalla commissione.

⁸⁷⁹ Secondo la terminologia della commissione.

⁸⁸⁰ Si v. il § 14 del progetto («Vorlage») n. 7, dedicato ai *Gesamtschuldverhältnisse* (in W. SCHUBERT [herausgegeben von], *Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerliches Gesetzbuches, Recht der Schuldverhältnisse*, Teil 1., Allgemeiner Teil, Berlin-New York, 1980, p. 51) : «Der Vergleich zwischen einem Gesammtgläubiger und dem Schuldner und zwischen dem Gläubiger und einem Gesamtschuldner wirkt insoweit, als er eine Erfüllung enthält, auch gegen die übrigen Gesammtgläubiger und für die übrigen Gesamtschuldner. Außerdem hat der Vergleich die Wirkung der Erfüllung auch dann, wenn dies von den Vertragsschließenden gewollt ist. Ist dies nicht der Fall, so findet, wenn der Vergleich nach dem Willen der Vertragsschließenden auf die Feststellung ihrer persönlichen Beziehungen beschränkt sein soll, die Bestimmung des §. 13 Abs. 2 entsprechende Anwendung; ist jene Beschränkung nicht beabsichtigt, so sind die übrigen Gesamtschuldner gegenüber dem Gläubiger und der Schuldner gegenüber den übrigen Gesammtgläubigern den Vergleich anzurufen berechtigt, sie sind aber, wenn sie den Vergleich nicht für

Nella discussione definitiva in seno alla prima commissione⁸⁸¹ venne tuttavia deciso lo stralcio della disposizione relativa alla transazione, ritenuta in buona sostanza superflua, anche alla luce, in particolare, della disposizione relativa alla remissione; la disposizione viene inoltre ritenuta non accettabile nella parte in cui disponeva che la transazione potesse produrre, se questa era la volontà delle parti, efficacia estintiva generale analogamente all'adempimento, sul rilievo che essa riguarderebbe propriamente solo l'ipotesi in cui la transazione contenga una novazione, e dunque non si tratterebbe di una «semplice e vera transazione»⁸⁸².

3. La transazione con un condebitore in solido nel diritto tedesco vigente: considerazioni generali

La transazione stipulata tra il creditore e un condebitore in solido non è espressamente disciplinata da una norma specifica⁸⁸³, ma si osserva che la transazione può essere collegata a una remissione parziale o totale del debito⁸⁸⁴, remissione a cui si ritiene applicabile il § 423 BGB⁸⁸⁵.

sich geltend machen wollen, nicht verpflichtet, ihn gegen sich gelten zu lassen». Come illustrano i *Motive* relativi a tale disposizione (in W. SCHUBERT [herausgegeben von], *Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerliches Gesetzbuches, Recht der Schuldverhältnisse*, Teil 1., Allgemeiner Teil, Berlin-New York, 1980, p. 94), la prima parte della norma, riferita all'adempimento, ribadisce quanto già ricavabile da altre norme del progetto (con evidente riferimento alla disciplina relativa all'adempimento da parte di uno dei debitori in solido); quanto alla transazione «oggettiva» a cui le parti non abbiano inteso ascrivere un'efficacia corrispondente a quella del pagamento, la commissione precisa che la volontà delle parti sarebbe diretta a rendere accessibile l'accordo anche agli altri debitori «con i suoi vantaggi e i suoi svantaggi allo stesso modo che per i paciscenti»; la «validità oggettiva» («*objektive Geltung*») della transazione potrebbe intendersi infatti solo come riguardante tanto gli aspetti favorevoli quanto quelli sfavorevoli dell'accordo («[...] ist es aber selbstverständlich, daß der Gesamtschuldner, welcher der Vergleich für sich anruft, den gesamten Vergleich wie für, so auch gegen sich gelten lassen muß, da in dem unterstellten Falle die objektive Geltung des Vergleiches nur in dieser Weise gemeint ist»: cfr. *op. cit.*, p. 95).

⁸⁸¹ Cfr. i verbali relativi alla seduta dell'8 marzo 1882 (in H.H. JAKOBS e W. SCHUBERT, *Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Recht der Schuldverhältnisse*, I, §§ 241-432, Berlin-New York, 1978, pp. 938 s.). V. altresì i *Motive* della prima commissione (pp. 165 s.; in B. MUGDAN [herausgegeben und bearbeitet von], *Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, II, *Recht der Schuldverhältnisse*, Berlin, 1899 [rist. Aalen, 1979] p. 91).

⁸⁸² «[...] einfacher und wahrer Vergleich [...] gar nicht vorliege» (in H.H. JAKOBS e W. SCHUBERT, *Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Recht der Schuldverhältnisse*, I, §§ 241 bis 432, Berlin-New York, 1978, pp. 939).

⁸⁸³ Osserva M. GEBAUER, *sub* § 423, in *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Kohlhammer Kommentar*, begründet von Hs.Th. Soergel, neu herausgegeben von W. Siebert, 13. Aufl., Stuttgart, 2010, RdNr. 3, p. 512, che «Ein Vergleich (§ 779) fällt an sich nicht unter § 423, sondern unter § 425».

⁸⁸⁴ V. fra gli altri M. HABERSACK, *sub* § 779, in *Münchener Kommentar zum BGB*, Bd. 5, 5. Aufl. München, 2009, RdNr. 50, p. 1133; P. BYDLINSKI, *sub* § 423, in *Münchener Kommentar*, Bd. 2^o, cit., RdNr. 5, p. 2875, il quale afferma che nel contesto di una transazione può trovarsi anche una remissione; M. GEBAUER, *sub* § 423, in *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Kohlhammer Kommentar*¹³, cit., RdNr. 3, p. 51; L. BÖTTCHER, *sub* § 423, in *Erman BGB. Handkommentar*, I¹³, cit., RdNr. 8, p. 1752; F. BENTELE, *Gesamtschuld und Erlass*, cit., p. 13 (ove anche ulteriori riferimenti); a quest'ultimo a. si rinvia inoltre per l'ulteriore questione se la remissione debba considerarsi contratto dispositivo (*Verfügungsgeschäft*) esterno rispetto alla transazione, intesa come

D'altra parte il contenuto della transazione non è irrilevante per stabilire la portata della remissione stessa⁸⁸⁶.

Stante l'inammissibilità di contratti a danno di terzi⁸⁸⁷, la transazione che comporti il sorgere di obbligazioni a carico del debitore in solido non produce effetto a carico degli altri obbligati⁸⁸⁸.

La possibilità, per converso, che un debitore estraneo alla transazione possa invocarla, facendosi carico anche degli obblighi da essa derivanti⁸⁸⁹, presuppone l'efficacia generale della stessa⁸⁹⁰; vale a dire che la transazione deve essere diretta a

contratto meramente obbligatorio (*Verpflichtungsgeschäft*), oppure parte integrante della transazione stessa; quale che sia la soluzione preferibile, precisa l'a., il § 423 trova comunque applicazione.

⁸⁸⁵ M. HABERSACK, *sub* § 779, in *Münchener Kommentar zum BGB*, Bd. 5⁵, cit., RdNr. 50, p. 1133, secondo cui la transazione può contenere una remissione, eventualmente parziale, alla quale si applica il § 423; L. BÖTTCHER, *sub* § 423, in *Erman BGB. Handkommentar*, I¹³, cit., RdNr. 8, p. 1752; F. BENTELE, *Gesamtschuld und Erlass*, cit., p. 13; M. GEBAUER, *sub* § 423, in *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Kohlhammer Kommentar*¹³, cit., RdNr. 3, p. 51.

⁸⁸⁶ P. MARBURGER, *sub* § 779, in *J. von Staudingers Kommentar zum BGB, Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse. §§ 779-811 (Vergleich, Schuldversprechen, Anweisung, Schuldverschreibung)*, Neuberarb. 2009, Berlin, 2009, RdRn. 65, p. 39 (è questione di interpretazione se la remissione ha portata generale o no, e in questa prospettiva risulta determinante il «complessivo contenuto della transazione»).

⁸⁸⁷ P. MARBURGER, *sub* § 779, in *J. von Staudingers Kommentar zum BGB*, cit., RdRn. 65, p. 40; L. BÖTTCHER, *sub* § 423, in *Erman BGB. Handkommentar*, I¹³, cit., RdNr. 8, p. 1752.

⁸⁸⁸ P. MARBURGER, *sub* § 779, in *J. von Staudingers Kommentar zum BGB*, cit., RdRn. 65, p. 40; A. WACKE, *Der Erlaß oder Vergleich mit einem Gesamtschuldner*, cit., p. 69; R. BORK, *Der Vergleich*, cit., p. 339; J. ESSER, E. SCHMIDT, *Schuldrecht*, Bd. I, *Allgemeiner Teil*, Teilband 2, 8. Aufl., Heidelberg, 2000, p. 348; F. BENTELE, *Gesamtschuld und Erlass*, cit., p. 16; L. BÖTTCHER, *sub* § 423, in *Erman BGB. Handkommentar*, I¹³, cit., RdNr. 8, p. 1752 («la transazione tra creditore e uno dei condebitori non può incidere negativamente sulla responsabilità degli altri, in quanto diversamente si tratterebbe di un contratto a danno di terzi»). V. già quanto osservava P. VON KÜBEL nei *Motive* relativi al suo progetto concernente l'obbligazione solidale del 1878, rispetto al § 15: il creditore non potrebbe far valere contro i debitori estranei alla transazione le *Zugeständnisse* costituenti la contropartita della remissione del debitore transigente, in quanto «ein Gesamtschuldner die anderen durch seine Zugeständnisse gegen deren Willen nicht binden kann» (in W. SCHUBERT [herausgegeben von], *Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerliches Gesetzbuches, Recht der Schuldverhältnisse*, Teil 3, Berlin-New York, 1980, p. 1258); cfr. altresì i *Motive* relativi al § 14 del progetto («Vorlage») n. 7 della prima commissione, dedicato ai *Gesamtschuldverhältnisse* (in W. Schubert [herausgegeben von], *Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerliches Gesetzbuches, Recht der Schuldverhältnisse*, Teil 1., Allgemeiner Teil, Berlin-New York, 1980, p. 94).

⁸⁸⁹ A. WACKE, *Der Erlaß oder Vergleich mit einem Gesamtschuldner*, cit., p. 69; R. BORK, *Der Vergleich*, cit., p. 339, nt. 55; F. BENTELE, *Gesamtschuld und Erlass*, cit., p. 16, con la precisazione, tuttavia, che il punto assume rilevanza nei rapporti esterni solo quando l'efficacia della transazione non è subordinata (come invece di regola accade nella pratica) all'adempimento delle obbligazioni assunte dal debitore stipulante. V. già P. VON KÜBEL nei *Motive* relativi al suo progetto concernente l'obbligazione solidale del 1878, in relazione al § 15 (in W. SCHUBERT [herausgegeben von], *Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerliches Gesetzbuches, Recht der Schuldverhältnisse*, Teil 3, Besonderer Teil, cit., p. 1258), e i *Motive* relativi al § 14 del progetto («Vorlage») n. 7 della prima commissione, dedicato ai *Gesamtschuldverhältnisse* (in W. Schubert [herausgegeben von], *Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerliches Gesetzbuches, Recht der Schuldverhältnisse*, Teil 1., Allgemeiner Teil, Berlin-New York, 1980, p. 94). Cfr. inoltre verbali relativi alla seduta dell'8 marzo 1882 della prima commissione (in H.H. JAKOBS e W. SCHUBERT, *Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Recht der Schuldverhältnisse*, I, §§ 241 bis 432, cit., cit., pp. 938 s.).

⁸⁹⁰ A. WACKE, *Der Erlaß oder Vergleich mit einem Gesamtschuldner*, cit., p. 69; P. OERTMANN, *Bürgerliches Gesetzbuch, Recht der Schuldverhältnisse*, 5. Aufl., I Abteilung, Berlin, 1928, *sub* § 423,

tacitare il creditore rispetto all'intera sua pretesa, essendo in tal caso indifferente per il creditore quale dei debitori concluda il contratto di transazione⁸⁹¹.

4. (segue) La determinazione della portata della remissione fondata sull'accordo transattivo

Parte della dottrina ritiene tendenzialmente di ammettere un'efficacia particolare in presenza di una remissione concessa a titolo gratuito⁸⁹², in conformità al criterio per cui la rinuncia del creditore va interpretata restrittivamente⁸⁹³.

La presenza di un «sacrificio»⁸⁹⁴ non del tutto incongruo⁸⁹⁵ rispetto alla rispettiva quota di debito a carico del debitore a fronte della remissione, totale o parziale, prevista nella transazione può invece costituire un indice in favore dell'efficacia generale limitata della remissione stessa⁸⁹⁶, in quanto conforme all'intenzione di procurare al debitore stesso la definitiva liberazione rispetto al debito o a una sua parte.

num. 5, pp. 500 s. (in quanto rappresenti una remissione, la transazione ha efficacia obiettiva in base alla portata della volontà di rimettere). V. già P. VON KÜBEL nei *Motive* relativi al suo progetto concernente l'obbligazione solidale del 1878, con riferimento al § 15 (in W. SCHUBERT (herausgegeben von), *Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerliches Gesetzbuches, Recht der Schuldverhältnisse*, Teil 3, Berlin-New York, 1980, p. 1258).

⁸⁹¹ Per questo argomento v. A. WACKE, *Der Erlaß oder Vergleich mit einem Gesamtschuldner*, cit., p. 69.

⁸⁹² L. BÖTTCHER, *sub* § 423, in *Erman BGB. Handkommentar*, I¹³, cit., RdNr. 4, p. 1751; nella prospettiva che qualifica come *pactum de non petendo* la remissione con efficacia particolare, A. WACKE, *Der Erlaß oder Vergleich mit einem Gesamtschuldner*, cit., p. 51 («Zumal beim spontan gewährten unentgeltlichen Erlaß wird [...] im Zweifel nur ein *pactum de non petendo* gewollt sein»; corsivo nel testo); M. GEHRLEIN, *sub* § 423, in *Kommentar zum BGB*, herausgegeben von H.G. Bamberger e H. Roth, 3. Aufl., München, 2012, RdNr. 3, p. 1948; M. GEBAUER, *sub* § 423, in *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Kohlhammer Kommentar*¹³, cit., RdNr. 2, p. 512. *Contra* U. NOACK, *sub* § 423, in *J. von Staudingers Kommentar zum BGB*, cit., RdNr. 33a, p. 477 («Wenn das Rechtsgrundgeschäft eine Schenkung ist, kommt dem Erlaß beschränkte Gesamtwirkung zu. Andernfalls schenkte der Gläubiger nichts»), e similimente D. LOOSCHELDERS, *sub* § 423, in *Staudingers Kommentar zum BGB*, cit., RdNr. 37, p. 517.

⁸⁹³ A. WACKE, *Der Erlaß oder Vergleich mit einem Gesamtschuldner*, cit., p. 51 («[...] wird der Gläubiger [...] im Zweifel eher weniger als mehr an Befugnissen aufgeben wollen»).

⁸⁹⁴ Impiega l'espressione «sacrificio» («Opfer») A. WACKE, *Der Erlaß oder Vergleich mit einem Gesamtschuldner*, cit., spec. pp. 51 s.

⁸⁹⁵ Sottolinea la necessità che il «sacrificio» non sia del tutto incongruo («nicht außer Verhältnis» o «in keinem Verhältnis») rispetto alla quota A. WACKE, *Der Erlaß oder Vergleich mit einem Gesamtschuldner*, cit., pp. 51 s.: è in base a tale criterio che dipenderebbe la scelta tra efficacia generale limitata ed efficacia particolare (che nella prospettiva dell'a. corrisponde a un *pactum de non petendo*).

⁸⁹⁶ L. BÖTTCHER, *sub* § 423, in *Erman BGB. Handkommentar*, I¹³, cit., RdNr. 5, p. 1751 («Hat der durch den Erlass begünstigte Gesamtschuldner eine Gegenleistung erbracht, die seiner Haftung im Innenverhältnis entspricht, so ist grds von einer beschränkten Gesamtwirkung auszugehen»); M. GEBAUER, *sub* § 423, in *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Kohlhammer Kommentar*¹³, cit., RdNr. 2, p. 512 (richiede da parte del debitore una «Gegenleistung [...] die nicht außer Verhältnis zu seiner Ausgleichsquote steht»); A. WACKE, *Der Erlaß oder Vergleich mit einem Gesamtschuldner*, cit., p. 51, secondo cui la considerazione dell'interesse del debitore che abbia sopportato un «sacrificio» («Opfer») per ottenere la remissione, soprattutto in presenza di una transazione, esigerebbe di concludere per la sussistenza di una «vera» remissione, e non di un mero *pactum de non petendo* (nella prospettiva dell'a., quella produttiva di efficacia solo particolare non sarebbe una vera remissione ma un *pactum de non petendo*); in particolare quando vi sia una transazione, che prevede necessariamente una concessione («Nachgeben») da parte del creditore, sarebbe comportarsi «in modo contraddittorio e pertanto contrario alla buona fede» («widerspruchsvoll und somit treuwidrig»)

Ciò tuttavia presuppone che le parti abbiano un'idea corrispondente circa la quota interna del debitore interessato⁸⁹⁷.

Così, da taluno si sottolinea la necessità che all'indice costituito dalla «adeguata controprestazione»⁸⁹⁸ si accompagni quello della conoscenza della quota interna di responsabilità del debitore beneficiato: il primo dato segnalerebbe l'intenzione del creditore di procurare la definitiva liberazione al debitore, non solo nei rapporti esterni ma anche in quelli interni; il secondo, quella di determinare una effettiva riduzione del credito (e dunque con efficacia generale) e non semplicemente di attribuire al debitore il diritto di rivalsa contro il creditore in caso di regresso secondo il modello del *Regresskreisel*⁸⁹⁹. Infatti la presenza di un «sacrificio» a carico del debitore non esclude senz'altro la possibilità di una remissione con efficacia particolare accompagnata dall'assunzione dell'obbligo da parte del creditore di tenere indenne il debitore da eventuali pretese di regresso⁹⁰⁰.

Non è infine da escludere che il debitore sopporti un «sacrificio» – anche se in questo caso esso sarà comparativamente più contenuto – anche a fronte di una mera remissione con efficacia particolare non corredata dall'obbligo di rivalsa a carico del debitore, configurazione che pure, come si è visto, non è del tutto priva di vantaggi per il debitore rimesso⁹⁰¹. Alla luce di quest'ultima osservazione si può aggiungere che la previsione di una contropartita a carico del debitore beneficiato dalla remissione non è necessariamente indicativa non solo di una efficacia generale limitata ma neppure di un diritto di rivalsa contro il creditore nel quadro del modello del c.d. *Regresskreisel*. Da un lato, come si è appena detto, la semplice liberazione da responsabilità nei rapporti esterni porta vantaggi insuscettibili di essere posti nel nulla dall'eventuale regresso di altri coobbligati; dall'altro, si impone una particolare prudenza nell'ammettere un obbligo di rifusione a carico del creditore, in quanto l'assunzione di un tale impegno comporta a suo carico esclusivamente il rischio di non realizzare integralmente il proprio credito, senza che a fronte di esso vi sia possibilità di trarre un vantaggio⁹⁰². Una perdita per il creditore si può verificare quando, sottostimando la quota gravante sul

la successiva richiesta del residuo agli altri debitori: il creditore «deve attenersi alla sua concessione come se avesse un debitore» («muß sich [...] an seinem Nachgeben ebenso festhalten lassen, wie wenn er nur einen Schuldner hätte»); corsivo nel testo); inoltre (cfr. p. 52) solo quando il «sacrificio» sopportato dal debitore si trova, nella prospettiva delle parti, in un qualche rapporto con la propria quota interna, «appare meritevole di tutela il suo affidamento a una definitiva uscita dal rapporto obbligatorio solidale» («[...] sein Vertrauen auf ein endgültiges Ausscheiden aus dem Gesamtschuldverhältnis schutzwürdig erscheint»).

⁸⁹⁷ F. BENTELE, *Gesamtschuld und Erlass*, cit., pp. 69 s.; H. EHMANN, *sub* § 423, in *Erman BGB. Handkommentar*, I¹², cit., RdNr. 7, p. 1774. V. tuttavia A. WACKE, *Der Erlaß oder Vergleich mit einem Gesamtschuldner*, cit., p. 52, secondo cui il fatto che il creditore non abbia preso in considerazione il rapporto interno fra i coobbligati non porta a concludere necessariamente per l'efficacia particolare della remissione (nella sua prospettiva, per un *pactum de non petendo*): si può giungere a tale esito solo se il creditore fa chiaramente salvo l'obbligo di regresso del debitore; non vi sarebbe una tutela incondizionata dell'aspettativa inespressa del creditore di agire per il residuo verso gli altri debitori (il che dà adito al successivo regresso di costoro verso il debitore beneficiato dalla remissione) nella misura in cui essa contrasta con il legittimo interesse del debitore a una definitiva liberazione.

⁸⁹⁸ Impiega questa espressione F. BENTELE, *Gesamtschuld und Erlass*, cit., spec. pp. 69 ss.

⁸⁹⁹ F. BENTELE, *Gesamtschuld und Erlass*, cit., p. 72.

⁹⁰⁰ F. BENTELE, *Gesamtschuld und Erlass*, cit., p. 70.

⁹⁰¹ A. WACKE, *Der Erlaß oder Vergleich mit einem Gesamtschuldner*, cit., p. 51, il quale trae la conseguenza che «An der Entgeltlichkeit allein läßt sich die Alternative zwischen echten Erlaß und *pactum de non petendo* [...] nicht entscheiden»

⁹⁰² F. BENTELE, *Gesamtschuld und Erlass*, cit., p. 58

debitore transigente, abbia ricevuto da questi una controprestazione inferiore alla quota stessa. Si ipotizzino due debitori tenuti per quote uguali al pagamento di 1000. Il primo, contestando l'ammontare del debito, si accorda in via transattiva con il creditore per il pagamento di 400 a tacitazione della pretesa di quest'ultimo nei suoi confronti. Il creditore resta libero di agire per i residui 600 verso il secondo debitore, il quale, effettuato il pagamento, agirà in regresso per la rifusione di quanto pagato in più rispetto alla propria quota (pari a 500), vale a dire per 100. Se si ammette l'obbligo di rivalsa in capo al creditore, il debitore transigente, costretto a pagare 100 in sede di regresso, potrà agire nei suoi confronti per essere rimborsato. Il creditore, pertanto, dopo aver ottenuto complessivamente 1000 (di cui 400, in esecuzione della transazione, da parte del primo debitore, e 600 da parte del secondo), dovrà versare 100 al primo debitore, incassando definitivamente solo 900 e realizzando così soltanto parzialmente il proprio credito.

Al contrario, se il creditore riceve dal debitore transigente una somma maggiore rispetto alla quota dello stesso, questa costituirà adempimento del debito solidale e quindi, per l'efficacia estintiva generale propria del pagamento, comporterà una corrispondente riduzione del vincolo anche per gli altri obbligati, cosicché il creditore non potrà chiedere a questi le rispettive quote originarie (vale a dire l'importo del debito solidale detratta la «vera» quota interna del debitore transigente), ma soltanto ciò che residua dopo aver scomputato dal debito solidale la prestazione effettivamente eseguita in base alla transazione. Per parte sua, il debitore che in forza della transazione ha pagato più della sua quota avrà regresso per la differenza verso gli altri consorti. In conclusione, il creditore potrà incassare non più di quanto gli spettava prima della transazione, senza possibilità di realizzare un guadagno, e ciascun debitore verserà un importo corrispondente alla propria quota originaria nel debito comune. A fronte del pericolo di subire una perdita, dunque, non sta per il creditore alcuna possibilità di realizzare un guadagno. Ciò impone una particolare prudenza nell'ammettere a suo carico l'obbligo di rivalere il debitore beneficiario dalla remissione di quanto questi abbia a pagare in via di regresso⁹⁰³.

Le stesse considerazioni possono essere riproposte anche in relazione al modello dell'efficacia generale limitata; anche seguendo tale schema, in conseguenza della transazione il creditore rischia di subire una perdita senza poter sperare di realizzare un guadagno, onde la presenza di una contropartita per la remissione, come non consente di ritenere facilmente sussistente l'obbligo di rivalsa a carico del creditore nella prospettiva del *Regresskreisel*, così non esime da una valutazione particolarmente rigorosa prima di poter ammettere un effetto estintivo generale (limitato) della remissione portata dall'accordo transattivo⁹⁰⁴.

5. (segue) Aspetti problematici della regola dell'imputazione al debito comune del pagamento effettuato in base alla transazione

⁹⁰³ Per queste osservazioni, v. F. BENTELE, *Gesamtschuld und Erlass*, cit., pp. 58 s., da cui anche l'esempio riportato nel testo.

⁹⁰⁴ F. BENTELE, *Gesamtschuld und Erlass*, cit., p. 70.

Si ritiene generalmente che quanto il debitore transigente presta in esecuzione della transazione stessa vada computato in diminuzione del debito solidale con l'efficacia estintiva generale propria del pagamento, ai sensi del 422, Abs. 1 BGB⁹⁰⁵.

In realtà quella dell'imputazione al debito solidale di quanto ricevuto dal creditore in base alla transazione non è una regola priva di aspetti critici⁹⁰⁶.

⁹⁰⁵ F. BENTELE, *Gesamtschuld und Erlass*, cit., pp. 15, 62; BGH 30 aprile 1985, pubblicata fra l'altro in *Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungs-Report*, 1986, p. 22 («Ein Vergleich, den ein Gesamtschuldner mit dem Gläubiger schließt, wirkt nach § 422 BGB in der Regel nur insoweit zu Gunsten der übrigen Gesamtschuldner [...] als der Gläubiger in Ausführung des Vergleiches wegen seiner Forderung befriedigt wird»; BGH 8 dicembre 1977, pubblicata fra l'altro in *Versicherungsrecht*, 1978, p. 328 (con precisazioni tuttavia relative al pagamento di poste diverse rispetto all'originario debito solidale); R. BORK, *Der Vergleich*, cit., p. 341; R. WEBER, *sub* § 423, in *BGB-RGRK*, 12. Aufl., Berlin-New York, 1978, RdNr. 8, p. 90 («Soweit der Gläubiger in Ausführung des Vergleiches wegen seiner Forderung befriedigt wird, wirkt das gemäß § 422 auch zugunsten der übrigen Gesamtschuldner»); A. WACKE, *Der Erlaß oder Vergleich mit einem Gesamtschuldner*, cit., p. 69. V. già F.K. VON SAVIGNY, *Le obbligazioni*, trad. it. con appendici di G. Pacchioni, vol. I, Torino, 1912, pp. 166 s. (citazione a p. 166): la transazione «si può considerare come un negozio complesso consistente in una parziale remissione e in un parziale adempimento», e su questa base l'obbligazione correa si estingue per quanto pagato in ossequio alla transazione, mentre per il residuo trovano applicazione i principi relativi alla remissione. Non mancano peraltro prese di posizione alla stregua delle quali non qualsiasi «controprestazione» a carico del debitore beneficiario dalla remissione andrebbe imputata al debito in solido, in particolare non quelle effettuate in adempimento di obbligazioni diverse rispetto a quella originaria, assunte in contropartita rispetto alla remissione: RG, 9 luglio 1926, in *Das Recht*, Jahrgang 30, 1926, num. 1939, p. 575, in massima («Wenn der Gläubiger einen Gesamtschuldner aus der Gesamtschuld entläßt, weil dieser ihm durch Uebernahme anderweiter Verbindlichkeiten entgegengekommen ist, so kann sich der andere Gesamtschuldner dagegen nicht wehren und insbesondere nicht verlangen, daß die von dem entlassenen Gesamtschuldner auf die weitere Verbindlichkeit geleisteten Zahlungen auf die Gesamtschuld verrechnet werden»); tale pronuncia è richiamata in senso adesivo dallo stesso A. WACKE, *Der Erlaß oder Vergleich mit einem Gesamtschuldner*, cit., p. 55, che pure altrove (*ivi*, p. 69) riconosce l'efficacia estintiva generale alla prestazione effettuata in esecuzione della transazione in modo corrispondente a quanto accade per l'adempimento alla stregua del § 422 BGB; sembra di poter sciogliere l'apparente contrasto considerando, da una parte, che laddove l'a. imputa al debito in solido la prestazione eseguita non fa parola dell'assunzione in via transattiva di obbligazioni diverse da parte del debitore, mentre menziona l'assunzione di tali impegni diversi in relazione all'esclusione della deduzione di quanto pagato dal debito solidale; dall'altra, che quando l'a. afferma l'estraneità di quanto versato in base alla transazione (e in adempimento di obbligazioni diverse da quella, solidale, originaria) sembra aver riguardo alle particolarità proprie di un caso specifico, vale a dire quello della remissione accordata al debitore in solido non interessato al debito, e dunque esente da responsabilità nei rapporti interni (secondo l'a. si tratta in quest'ipotesi di *factum de non petendo*, che lascia del tutto inalterata la responsabilità nei rapporti esterni dell'altro debitore). V. inoltre BGH 8 dicembre 1977, pubblicata fra l'altro in *Versicherungsrecht*, 1978, p. 328, che riconosce la possibilità per il creditore di stipulare una transazione limitata al rapporto con uno dei debitori in solido, legittimamente disinteressandosi degli interessi degli altri obbligati, escludendo nel caso di specie che i pagamenti eseguiti da uno dei debitori in base a una transazione (di cui erano parti esclusivamente lui e il creditore) e imputati a un credito diverso rispetto all'obbligazione in solido rilevassero come parziale adempimento di quest'ultima con conseguente riduzione del vincolo in favore degli altri obbligati.

⁹⁰⁶ Per le considerazioni che seguono, v. F. BENTELE, *Gesamtschuld und Erlass*, cit., pp. 159 ss.

Perplessità sono sorte nell'ambito della dottrina francese (v. quanto riferisce lo stesso F. BENTELE, *op. cit.*, p. 140 ss.) in relazione all'art. 1288 cod. civ. fr., che espressamente prevede l'iscrizione al debito principale di quanto ricevuto a fronte della liberazione da parte di un fideiussore, a beneficio del debitore principale e degli altri fideiussori («Ce que le créancier a reçu d'une caution pour la décharge de son cautionnement doit être imputé sur la dette, et tourner à la décharge du débiteur principal et des autres cautions»). Dall'applicazione di tale disposizione deriverebbe per il creditore l'impossibilità di realizzare un guadagno a fronte del rischio di una perdita; in realtà, si osserva, ciò che il creditore riceve per consentire la liberazione di un garante non ha nulla a che vedere col debito principale bensì compensa il maggior rischio che il creditore si assume rinunciando alla sicurezza offerta dal patrimonio di un

Si è rilevato in dottrina, anzitutto, che la transazione andrebbe considerata «*res inter alios acta*» rispetto ai debitori che non vi hanno preso parte, con la conseguenza che essa non dovrebbe portare loro né vantaggi né svantaggi⁹⁰⁷.

Si è altresì osservato che facendo applicazione di tale regola, la conclusione di una transazione con efficacia generale limitata o con efficacia particolare⁹⁰⁸ con uno dei debitori in solido può comportare per il creditore il rischio di subire una perdita non bilanciata dalla prospettiva di realizzare un guadagno⁹⁰⁹.

Se il creditore sottovaluta l'ammontare della quota del debitore transigente e pertanto riceve una controprestazione inferiore alla quota stessa, rischia di subire una perdita. Si consideri anzitutto l'ipotesi dell'efficacia particolare con obbligo di rivalsa (*Regresskreisel*). Qui il creditore, ricevuta dal debitore transigente una controprestazione inferiore al valore della quota di quest'ultimo, agirà per il residuo contro gli altri debitori. Costoro, una volta pagato al creditore, si rivarranno in regresso contro il primo debitore domandandogli la rifusione della sua *reale* quota nei rapporti interni, in ipotesi maggiore della controprestazione resa al creditore in base alla transazione. Per tale importo pagato in sede di regresso, pari alla propria quota, il debitore transigente agirà a sua volta in rivalsa contro il creditore, il quale in definitiva non avrà realizzato interamente il proprio credito ma avrà subito una perdita pari alla differenza tra la quota interna del debitore transigente e quanto dallo stesso pagato in base alla transazione. Nella prospettiva dell'efficacia generale limitata, per altro verso, il rischio per il creditore è evidente se si considera il fatto che, sebbene egli abbia ricevuto in base alla transazione, come corrispettivo della remissione di un debitore, un ammontare inferiore alla quota dello stesso, cionondimeno il debito degli altri consorti

fideiussore; da altri si osserva invece che il ricevere un pagamento dal fideiussore liberato, pur dovendo tale prestazione essere imputata al debito principale, rappresenta ciononostante un vantaggio cui il creditore potrebbe essere interessato in quanto si tratta di un pagamento spontaneo che, in quanto tale, gli evita di dover agire in giudizio per conseguire quanto gli spetta.

⁹⁰⁷ F. BENTELE, *Gesamtschuld und Erlass*, cit., p. 160 (in prospettiva *de iure condendo*).

⁹⁰⁸ Le perplessità manifestate da F. BENTELE con riguardo all'iscrizione al debito solidale della somma ricevuta in base alla transazione si riferiscono specificamente all'ipotesi della remissione con efficacia generale limitata. Esse sono articolate nel quadro di una proposta di disciplina della remissione del debito in solido nella quale il modello dell'efficacia generale limitata è quello ritenuto preferibile (contro l'alternativa della remissione con efficacia particolare, che nella proposta ricostruttiva dell'a. è qualificabile come *pactum de non petendo*: v. *Gesamtschuld und Erlass*, cit., pp. 153 ss.) quando la remissione è a titolo oneroso e la controprestazione è congrua rispetto alla quota del debitore transigente: in tali casi l'efficacia generale limitata sarebbe da presumere salvo prova contraria (*op. cit.*, pp. 168 ss.). Una remissione con efficacia particolare (secondo l'a., come si è detto, un *pactum de non petendo*) si avrebbe invece quando il corrispettivo è sproporzionato rispetto alla quota, sia verso il basso sia verso l'alto (*op. locc. citt.*). Nel primo caso la "remissione" sarebbe «quasi gratuita»; nel secondo, pur emergendo una volontà di una efficacia generale della transazione, tuttavia ci si dovrebbe attenere all'efficacia particolare (*pactum de non petendo*), in quanto l'efficacia generale necessiterebbe di una espressa pattuizione. In entrambe le ipotesi (diversamente da quanto accade per la remissione con efficacia generale limitata) la controprestazione andrebbe ascritta come pagamento al debito solidale. Date queste premesse, si spiega perché le osservazioni critiche dell'a. siano condotte esclusivamente con riguardo alla remissione con efficacia generale limitata. Se peraltro si prescinde dal particolare modello di disciplina prospettato dall'a., appare evidente come le riflessioni critiche sull'opportunità di dedurre o no dal debito solidale la prestazione resa in forza della transazione possano essere condotte anche in relazione all'ipotesi della remissione con efficacia particolare e obbligo di rivalsa del creditore. A conferma di ciò, va evidenziato che l'esame della distribuzione del rischio di perdita e della possibilità di guadagno è infatti condotto dallo stesso a., questa volta *de lege lata*, anche in relazione al modello del *Regresskreisel*

⁹⁰⁹ F. BENTELE, *Gesamtschuld und Erlass*, cit., pp. 159 ss.

subirà una decurtazione pari alla quota *reale* del debitore transigente: il creditore potrà agire contro costoro non per ciò che residua del debito totale detratto quanto effettivamente ricevuto in sede di transazione, bensì esclusivamente per ciò che rimane dopo aver sottratto dal debito totale la quota reale del debitore transigente. Anche in questo caso la perdita per il creditore corrisponde alla differenza tra la quota reale del debitore transigente e quanto da questi pagato in base alla transazione.

Se si ritiene di computare quanto ricevuto dal creditore in base alla transazione al debito solidale, il rischio di subire una perdita che sussiste qualora venga sottostimata la quota del debitore transigente non è controbilanciato dalla possibilità di un vantaggio nell'ipotesi opposta in cui la quota venga sopravvalutata. Infatti, se il creditore in forza della transazione ottiene dalla controparte una prestazione di valore maggiore rispetto alla sua quota, tale prestazione sarà considerata un parziale adempimento e comporterà una correlativa estinzione del vincolo solidale con effetto generale, vale a dire per tutti gli obbligati, cosicché il creditore non potrà chiedere a costoro una somma maggiore di quanto residua una volta detratto dal complessivo credito quanto ha ricevuto alla stregua della transazione, non potendo in definitiva aspettarsi di ricevere un ammontare superiore al credito originario.

La necessità che il rischio di perdita venga bilanciato dalla possibilità di realizzare un guadagno emergerebbe anche dal confronto con l'ipotesi del debito parziario. In tal caso il creditore che conclude una transazione con uno dei debitori senza conoscere esattamente la quota della controparte è egualmente esposto al rischio di concludere un «cattivo affare» se sottostima la porzione di competenza del debitore, e all'eventualità di stipulare un accordo vantaggioso quando invece la parte di spettanza del debitore viene ritenuta maggiore di quanto sia in realtà. La differenza di trattamento, sotto l'aspetto considerato, tra l'ipotesi del debito parziario e quello solidale non sarebbe giustificabile⁹¹⁰.

6. La transazione con un condebitore in solido nel codice civile vigente. La previsione di cui all'art. 1304 cod. civ.

L'art. 1304, 1° co., cod. civ.⁹¹¹ stabilisce che «La transazione fatta dal creditore con uno dei debitori in solido non produce effetto nei confronti degli altri, se questi non dichiarano di volerne profittare»⁹¹².

⁹¹⁰ F. BENTELE, *Gesamtschuld und Erlass*, cit., p. 161.

⁹¹¹ In generale sulla transazione conclusa del debitore in solido con il creditore, v. G. CERDONIO CHIAROMONTE, *La transazione nelle obbligazioni solidali*, in *Studium iuris*, 1997, pp. 798 ss.

⁹¹² Versioni precedenti dell'attuale norma prevedevano: «La transazione che il creditore ha fatto con uno dei debitori in solido non produce effetto nei confronti degli altri se questi non intendono profittarne»; cfr., ad es., Ministero di grazia e giustizia, *Codice civile. Libro delle obbligazioni. Progetto ministeriale*, Roma. Istituto poligrafico dello Stato, 1940, p. 8 (art. 37); Ministero di grazia e giustizia, *Lavori preparatori del codice civile (anni 1939-1941). Progetti preliminari del libro delle obbligazioni, del codice di commercio e del libro del lavoro*, vol. II, *Progetto preliminare del libro delle obbligazioni*, Istituto Poligrafico dello Stato, Roma, 1942, p. 16 (art. 48); Ministero di grazia e giustizia, *Codice civile. Libro delle obbligazioni. Progetto definitivo*, Roma. Istituto poligrafico dello Stato, 1940, p. 16 (48); su questo v. quanto si sostiene nella Relazione del Guardasigilli al progetto ministeriale del libro delle obbligazioni (Ministero di grazia e giustizia, *Codice civile. Libro delle obbligazioni. Relazione del Guardasigilli al progetto ministeriale*, Istituto Poligrafico dello Stato, Roma, 1940, num. 54, p. 25): «Per la soluzione del vecchio problema dell'efficacia della transazione fatta da uno dei condebitori, ho ripreso il concetto affermato dall'art. 1771 cod. civ., disponendo che la transazione tra il creditore e uno dei

Attribuendo ai debitori estranei il potere di invocare o no la transazione, si rimette a loro la valutazione sul carattere vantaggioso o svantaggioso dell'accordo⁹¹³: per la transazione non è possibile infatti effettuare un giudizio tipico sulla convenienza per gli altri debitori, onde lo si preferisce lasciare ai debitori stessi⁹¹⁴; da alcuni si sottolinea come la regola in esame risponderebbe alla necessità di tutelare in quest'ambito l'«autonomia privata»⁹¹⁵.

In questa prospettiva si osserva che la regola della improduttività di effetti della transazione, salva la volontà di profittarne, sarebbe espressione della relatività del contratto, sancita dall'art. 1372, cpv., cod. civ.⁹¹⁶

Lo scopo della norma, si è sottolineato⁹¹⁷, non sarebbe quello di consentire l'estensione degli effetti della transazione ai condebitori che non vi hanno partecipato,

debitori solidali non produce effetto nei confronti degli altri se costoro non intendono profittarne (art. 48). Tale disposizione è giustificata dalla esigenza di evitare collusioni tra condebitore e creditore, e dalla necessità di applicare anche qui il principio secondo cui gli effetti degli atti compiuti da un condebitore si estendono agli altri in quanto questi possono trarne vantaggio. L'esistenza o meno di tale vantaggio viene fatta derivare dal solo giudizio del condebitore, per la difficoltà di poterla affermare in base a dati obiettivi: il condebitore profitterà della transazione quando riterrà di poterne avere giovamento».

Nella Relazione al codice civile (num. 598) si legge: «Una serie di disposizioni testuali è precisamente ispirata dal principio [...] della non comunicabilità degli atti pregiudizievoli e dell'estensione di quelli vantaggiosi. [...] Si tratta però, in tali casi, di atti o di fatti le cui caratteristiche obiettive permettono di stabilire *a priori* se essi possono nuocere o giovare ai soggetti del rapporto. In altri casi invece tale accertamento non può compiersi in via assoluta o preventiva; ed allora altra soluzione non vi era se non quella di escludere, in linea di massima, l'effetto estensivo, lasciando agli interessati la valutazione del proprio interesse e quindi la facoltà di opporre gli atti o i fatti in parola, se li ritengono idonei a recare giovamento alla propria sfera. A questo criterio sono informate le norme degli articoli 1304 e 1306 [...]».

⁹¹³ A. GIAQUINTO, *Delle obbligazioni in solido*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da M. D'AMELIO ed E. FINZI, *Libro delle Obbligazioni*, vol. I, cit., *sub art.* 1304, p. 264: «Qui adunque accogliesi il concetto della comunicabilità del fatto estintivo, lo si subordina però al riscontro di un elemento soggettivo (la dichiarazione di volontà dell'interessato). La specialità della norma è giustificata dal rilievo che, essendo la transazione un fatto complesso, che ha aspetti giovevoli o dannosi, secondo il punto di vista della persona, cui si riferisce, solo il soggetto che l'invoca può dire il preciso apprezzamento di convenienza o no, nei suoi confronti, di qui la necessità di una sua dichiarazione di volontà»; similmente, G. MICCIO, *Delle obbligazioni in generale*³, cit., p. 667, fa riferimento al «criterio, secondo il quale gli atti compiuti da uno dei creditori o dei debitori estendono, o non estendono, la loro efficacia agli altri, secondo che essi giovino o nuocciano agli altri, e [...] quando non si possa stabilire *a priori* se essi siano giovevoli o dannosi, è opportuno lasciare agli interessati la valutazione del proprio interesse e quindi la facoltà di opporli o no»; e v. anche G. AMORTH, *L'obbligazione solidale*, cit., spec. p. 196; A. DI MAJO, voce *Obbligazioni solidali*, cit., p. 317. testo e nt. 106; F. SANTORO PASSARELLI, *La transazione*², cit., num. 97, pp. 301 s.; D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit., p. 272; C. SCOGNAMIGLIO, *Gli effetti del contratto*, in G. ALPA, M. BESSONE (diretto da), *I contratti in generale*, vol. IV, *Effetti, invalidità e risoluzione del contratto*, t. I, in *Giur. sist. dir. civ. e comm.*, fondata da W. Bigiavi, Torino, 1991, p. 47; A. D'ADDA, *L'oggetto della transazione: il caso della transazione con il debitore solidale*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, p. 308.

⁹¹⁴ A. GIAQUINTO, *Delle obbligazioni in solido*, cit., *sub art.* 1304, p. 264; similmente, G. MICCIO, *Delle obbligazioni in generale*³, cit., p. 667; G. AMORTH, *L'obbligazione solidale*, cit., spec. p. 196; A. DI MAJO, voce *Obbligazioni solidali*, cit., p. 317. testo e nt. 106; C. SCOGNAMIGLIO, *Gli effetti del contratto*, cit., p. 47; A. D'ADDA, *L'oggetto della transazione: il caso della transazione con il debitore solidale*, cit., p. 308.

⁹¹⁵ F. SANTORO PASSARELLI, *La transazione*², cit., num. 97, p. 302.

⁹¹⁶ D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit., p. 273; similmente M. FRANZONI, *La transazione*, Padova, 2001, p. 290; G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione e solidarietà*, Padova, 2002, pp. 238 s. (citazione a p. 239), secondo cui l'inefficacia *ultra partes* della transazione disposta come regola dall'art. 1304 c.c. sarebbe «applicazione del principio di relatività contrattuale previsto in via generale dall'art. 1372 c.c.». In questa prospettiva v. anche M. COSTANZA, *Obbligazioni solidali e transazione*, Milano, 1978, p. 21.

⁹¹⁷ A. GENTILI, *Solidarietà e transazione secondo l'art. 1304 c.c.*, in *Obbl. e contr.*, 2009, p. 310.

bensì restringere un'ultrattività che, nell'ipotesi della solidarietà, sarebbe «del tutto normale», stante il fatto che i consorti sono «parti di uno stesso rapporto»; l'effetto espansivo della transazione sarebbe dunque una conseguenza naturale della identità del rapporto che lega i condebitori (o concreditori), ma il legislatore avrebbe ritenuto di limitarla, subordinandola alla volontà dei non transigenti, onde rimettere a loro la valutazione se avvalersi o no dell'accordo.

Parte della dottrina si è peraltro mostrata critica rispetto alla scelta del legislatore, giudicando «arbitrario» il parametro costituito dalla valutazione di convenienza della transazione rimessa ai condebitori estranei; si opina che, al contrario, sarebbe stato preferibile assegnare efficacia esclusivamente particolare alla transazione: questa sarebbe «atto puramente personale» del debitore transigente, l'unico che ne debba valutare la «convenienza»⁹¹⁸.

7. Sull'applicabilità dell'art. 1304 cod. civ. alla transazione novativa

A parere di una parte della dottrina, la transazione novativa⁹¹⁹ non ricadrebbe nell'ambito applicativo dell'art. 1304 cod. civ., bensì in quello dell'art. 1300, dettato in tema di novazione⁹²⁰.

Ne consegue che i condebitori estranei all'accordo «rimangono liberati nei rapporti esterni col creditore»⁹²¹. Anche nei rapporti interni troverebbero applicazione i principi

⁹¹⁸ C. GANGI, *Le obbligazioni*, cit., pp. 232 ss. (le espressioni citate sono a p. 233). Il criterio per cui la transazione non va a vantaggio né a svantaggio dei condebitori estranei che non dichiarino di volerne profittare è ritenuto «in linea col concetto fondamentale che sta a base della solidarietà e, cioè, che la obbligazione di ciascuno dei soggetti, salvo che per il pagamento, è indipendente da quella degli altri» da E. COLAGROSSO, *Il libro delle obbligazioni (parte generale)*, Milano, 1943, sub art. 1304, p. 206.

⁹¹⁹ D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit., p. 278 porta l'esempio della transazione che «non si limita a ridurre l'ammontare della prestazione controversa, ma la sostituisce con un'altra prestazione».

⁹²⁰ G. AMORTH, *L'obbligazione solidale*, cit., p. 203; D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit., p. 278. Similmente, C.M. MAZZONI, *Le obbligazioni solidali e indivisibili*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, *Obbligazioni e contratti*, t. I, 2^a ed., Torino, 1999, p. 759; S. DELLA BELLA, *La transazione nelle obbligazioni solidali: una questione ancora aperta*, nota a Cass. 5 luglio 2001, n. 9071, in *Resp. civ. prev.*, 2002, pp. 1062, 1064, secondo la quale l'art. 1976 cod. civ. farebbe riferimento alla novazione in senso proprio. Nella giurisprudenza di legittimità è dato riscontrare sia la precisazione per cui l'art. 1304 cod. civ. farebbe riferimento alla transazione non novativa sull'intero debito (cfr. Cass. 24 gennaio 2012, n. 947, cit.; Cass. 17 gennaio 2008, n. 868, cit.; Cass. 19 dicembre 1991, n. 13701, cit.), sia l'affermazione opposta per cui la norma citata opererebbe in ogni caso, sia oppur no novata l'obbligazione originaria (cfr. Cass. 16 dicembre 1982, n. 6934, in *Foro it., Rep.*, 1982, voce *Obbligazioni in genere*, num. 25); mentre in questi casi si tratta peraltro di asserzioni di carattere incidentale, la cui effettiva portata rimane dubbia, più chiaramente nel senso della riconducibilità anche della transazione novativa al disposto di cui all'art. 1304 cod. civ. si esprime invece Cass. 18 aprile 2006, n. 8946, in *Contratti*, 2007, p. 10, con nota di E. VAGLIO, *Transazione e obbligazione solidale*; dà una analoga lettura del frammentario quadro giurisprudenziale sul punto G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione e solidarietà*, cit., pp. 218 s., nt. 385, e EAD., *Transazione novativa e transazione pro quota: intorno ad alcuni recenti interventi*, in *Riv. not.*, 2009, p. 1362.

⁹²¹ D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit., p. 278. In questa prospettiva sembra collocarsi, seppur senza esplicito riferimento all'art. 1300 cod. civ., Trib. Udine 29 dicembre 1960, in *Giust. civ.*, 1961, I, p. 339, con nota di richiami redazionale, secondo la quale nelle ipotesi in cui, come in relazione alla transazione conclusa nel caso di specie, «si sia avuta novazione tra creditore e una parte dei coobbligati dell'obbligazione originaria», «essendo presunta la volontà di liberare anche gli altri obbligati, l'obbligazione originaria si estingue per l'intero». Secondo G. AMORTH, *L'obbligazione solidale*, cit., p. 203, il creditore potrebbe peraltro riservarsi, con dichiarazione espressa, i suoi diritti contro i non transigenti; in tal caso questi ultimi non sarebbero liberati, ma verrebbe comunque meno il vincolo di

valevoli in caso di novazione: una volta adempiuta la nuova obbligazione, il novante potrebbe agire in regresso contro i consorti chiedendo le loro rispettive quote; tali quote saranno calcolate sulla prestazione effettivamente eseguita se essa ha un valore minore rispetto a quella originariamente dovuta, evitandosi in tal modo che il regrediente si arricchisca ingiustificatamente a danno dei condebitori; viceversa andranno computate sul *debitum* precedente la novazione qualora la nuova obbligazione risulti più onerosa, perché diversamente i consorti risentirebbero un pregiudizio dalla novazione a cui sono rimasti estranei⁹²². In questo filone si ritiene inammissibile una riserva da parte del creditore avente ad oggetto il residuo credito verso gli altri condebitori⁹²³; peraltro, se la riserva ha ad oggetto le quote (o un importo ad esse corrispondente) dei condebitori estranei, essa sarà un'indicazione sufficiente a far ritenere che si tratta di una transazione parziale⁹²⁴.

Per l'opinione maggioritaria, invece, anche la transazione novativa sarebbe regolata dall'art. 1304 cod. civ.⁹²⁵.

Si è osservato che la transazione novativa non può essere assimilata alla novazione⁹²⁶, e pur potendo presentarsi una novazione nello stesso contesto di una transazione, trattandosi di figure che non si escludono l'una con l'altra, ciò non di meno esse non coincidono, ma si possono semmai articolare in una sequenza di causa ed

solidarietà fra costoro e il debitore pacisciente, perché i rispettivi obblighi risultano avere, a seguito della transazione novativa, oggetto diverso, onde viene a mancare un requisito essenziale della solidarietà (l'identità dell'oggetto dell'obbligazione).

⁹²² D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit., p. 258. In senso analogo, v. Trib. Udine 29 dicembre 1960, cit., secondo cui, qualora alla novazione sia seguita la riduzione della prestazione originaria, il regresso andrà determinato in base al nuovo importo concordato con la novazione, ad evitare un indebito arricchimento dei condebitori che hanno partecipato alla novazione.

⁹²³ Ritiene «nulla» una simile clausola di riserva D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit., p. 281.

⁹²⁴ D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit., p. 281.

⁹²⁵ F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, cit., p. 267; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, cit., p. 740; M. COSTANZA, *Obbligazioni solidali e transazione*, cit., pp. 18 ss. («L'art. 1300 c.c. è destinato a regolare tutti i casi di novazione, da qualunque fonte essi derivino, salvo l'ipotesi di novazione *ex transazione*»: *op. cit.*, p. 21); M. CANTILLO, *Le obbligazioni*, t. III, cit., p. 1572; A. RICCIO, *Le diverse specie di obbligazioni: pecuniarie, alternative, solidali, indivisibili*, cit., p. 1282; G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione e solidarietà*, cit., pp. 220 ss; EAD., *Transazione novativa e transazione pro quota: intorno ad alcuni recenti interventi*, cit., pp. 1372 ss. In giurisprudenza, v. Cass. 18 aprile 2006, n. 8946, in *Contratti*, 2007, p. 10, con nota di E. VAGLIO, *Transazione e obbligazione solidale*, secondo cui «considerando che l'estinzione dell'obbligazione solidale in conseguenza della transazione novativa ha un costo nelle concessioni fatte dal condebitore che la stipula e non è possibile imporre questo costo ai condebitori che non lo accettino mediante adesione al negozio transattivo, ritenendolo sproporzionato o non conveniente rispetto all'estinzione»; E. DEL PRATO, *Sulla transazione del debitore in solido*, in *Riv. dir. priv.*, 2009, pp. 62 s., in base alla estraneità della transazione novativa rispetto allo schema della novazione. Secondo M. FRANZONI, *La transazione*, cit., p. 291, «la norma in esame si applica a tutte le specie di transazioni, novativa, semplice, complessa»; tuttavia l'a. sostiene anche che «se la transazione è novativa, questa vale come fatto che produce gli effetti dell'art. 1300 c.c., anche ai fini del regresso» (*op. cit.*, p. 294); l'a. esclude che l'art. 1300 cod. civ. esaurisca la disciplina della transazione novativa con un condebitore in solido, in quanto «la novazione non spiega integralmente il fenomeno della transazione novativa», osservando che l'applicazione della norma citata «creerebbe un'ingiustificata disparità di trattamento all'interno della stessa categoria di debitori», e conclude che «non di assorbimento vero e proprio si tratta, ma di coordinamento fra norme diverse, le quali disciplinano atti (la transazione) che a loro volta possono essere produttivi di fatti (la novazione), dai quali può derivare l'estinzione dell'obbligazione solidale» (*op. cit.*, p. 292).

⁹²⁶ «Transazione novativa e novazione [...] non coincidono»: M. COSTANZA, *Obbligazioni solidali e transazione*, cit., p. 19. Similmente, M. CANTILLO, *Le obbligazioni*, t. III, cit., p. 1572; E. DEL PRATO, *Sulla transazione del debitore in solido*, in *Riv. dir. priv.*, 2009, pp. 62 s.

effetto. Ma pur quando si sia di fronte a entrambi tali schemi, non troveranno applicazione sia la norma in tema di transazione sia quella in tema di novazione, perché si tratta di «momenti di una fattispecie unitaria». L'applicazione della norma sulla novazione escluderebbe la possibilità per il condebitore estraneo di divenire parte del nuovo rapporto sorto con la transazione novativa; il meccanismo operativo dell'art. 1300 sarebbe incompatibile con la possibilità di avvalersi della transazione prevista dall'art. 1304, in quanto renderebbe il condebitore estraneo alla novazione «completamente svincolato dal proprio consorte», cosicché verrebbe a fare difetto il «titolo giuridico» per profittare della transazione⁹²⁷. Ogni transazione sarebbe dunque soggetta esclusivamente alla disciplina prevista dall'art. 1304 cod. civ.⁹²⁸.

Anche nella transazione novativa, si argomenta da altri, all'effetto estintivo del rapporto corrisponde un «costo» rappresentato dalle concessioni fatte dal condebitore stipulante, cosicché non si avrebbe un'automatica espansione dell'efficacia estintiva verso i consorti estranei, ma questi, se interessati, dovrebbero aderire alla transazione; tuttavia, si afferma, poiché tale adesione deve avere ad oggetto l'intero accordo, essa va rimessa alla loro discrezionalità⁹²⁹.

Anche secondo un'altra parte della dottrina, la novazione e la transazione novativa costituirebbero due «fattispecie differenti»⁹³⁰, né un differente trattamento normativo della transazione novativa rispetto a quella non novativa potrebbe essere fondato sulla base della considerazione per cui solo la prima produrrebbe l'estinzione del rapporto giuridico controverso. In realtà un potenziale effetto estintivo parziale può scaturire anche da una transazione non novativa, e in particolare quando il creditore transiga per una somma minore rispetto alla sua pretesa e questa fosse effettivamente fondata, giacché in tal caso egli dismette una parte del suo diritto⁹³¹.

8. La possibilità di profittare della transazione

Una prima opinione fonda la possibilità per i condebitori estranei di profittare della transazione sull'idea del «tacito mandato *in utilibus*»; per converso, la transazione non

⁹²⁷ M. COSTANZA, *Obbligazioni solidali e transazione*, cit., pp. 19 ss. (citazione a p. 21).

⁹²⁸ M. COSTANZA, *Obbligazioni solidali e transazione*, cit., p. 21; E. DEL PRATO, *Sulla transazione del debitore in solido*, cit., pp. 62 s.

⁹²⁹ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, cit., p. 740. Non ritiene che questo argomento sia sufficiente per negare l'applicabilità della norma sulla novazione G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione novativa e transazione pro quota: intorno ad alcuni recenti interventi*, cit., p. 1378, sul rilievo che anche nella novazione l'estinzione della vecchia obbligazione ha un suo «costo» nella nascita della nuova in capo al debitore che conclude il contratto, «costo» che in quanto tale non potrebbe essere addossato anche agli altri obbligati che non lo volessero assumere; purtuttavia l'art. 1300, 1° co., cod. civ. dispone egualmente la liberazione dei condebitori estranei all'accordo, a dimostrazione del fatto che la sola «reciprocità di vantaggi e oneri», comune alla transazione e alla novazione, non sarebbe incompatibile, di per sé, con l'applicazione della norma sulla novazione nel caso di transazione novativa.

⁹³⁰ G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione novativa e transazione pro quota: intorno ad alcuni recenti interventi*, cit., pp. 1370 ss. (citazione a p. 1377); EAD., *Transazione e solidarietà*, cit., pp. 140 ss. e, con specifico riguardo all'obbligazione in solido, pp. 220 ss.

⁹³¹ G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione novativa e transazione pro quota: intorno ad alcuni recenti interventi*, cit., pp. 1378 ss.; EAD., *Transazione e solidarietà*, cit., pp. 221 ss.

potrebbe essere loro imposta, giacché non potrebbero essere tenuti, in difetto di assenso, secondo modalità diverse da quelle originariamente proprie della loro obbligazione⁹³².

In base a una diversa prospettazione, si tratterebbe di un «fenomeno analogo alla ratifica della gestione rappresentativa *non utiliter coepta*»⁹³³.

Da altri tanto l'idea del mandato tacito *in utilibus* quanto quella della gestione rappresentativa *non utiliter coepta* sarebbero inaccettabili, costituendo entrambe una «finzione». In realtà gli estremi propri di queste due figure non sarebbero richiesti per la possibilità di profittare della transazione conclusa da un altro consorte⁹³⁴.

Si richiama quindi la figura del «contratto aperto»⁹³⁵.

Ma anche l'idea per cui il condebitore che dichiara di profittare della transazione diviene parte del contratto è stata sottoposta a critica, sul rilievo che il dichiarante sarebbe estraneo a qualsivoglia lite, e la sua entrata nel contratto spezzerebbe «il binomio lite-transazione»⁹³⁶. Da altri si è poi osservato che il contratto aperto esige la previsione di una «clausola di apertura», con cui le parti esprimono la loro volontà che altri soggetti aderiscano al contratto, e che i primi stipulanti non sono tenuti a consentire senz'altro alla partecipazione dei terzi che intendono aderire, ma soltanto a valutare le istanze dei terzi nel rispetto delle previsioni contrattuali; nell'ipotesi prevista dall'art. 1304 cod. civ., invece, la volontà dei transigenti di rendere l'accordo aperto all'adesione degli altri debitori non sarebbe punto considerata dalla legge, così come sarebbe privo di rilievo il loro dissenso rispetto alla manifestata volontà di profittare della transazione da parte di un consorte estraneo⁹³⁷.

⁹³² E. VALSECCHI, *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, 2^a ed., in *Tratt. dir. civ. comm.*, già diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, Milano, 1986, p. 366.

⁹³³ D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit., p. 276; si tratterebbe di uno schema soltanto «analogo», in quanto difetterebbe nel transigente l'*animus aliena negotia gerendi*; tratto unificante sarebbe invece la circostanza che «l'affare, obiettivamente, è anche degli altri debitori, data la comunanza di interessi e la parità di posizione nei rapporti esterni». I condebitori estranei, si precisa, potrebbero avvalersi dell'accordo tra debitore e creditore «come effetto riflesso del negozio di transazione».

⁹³⁴ F. SANTORO PASSARELLI, *La transazione*², cit., num. 97, p. 303; C. SCOGNAMIGLIO, *Gli effetti del contratto*, cit., pp. 47 s.; similmente anche G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione e solidarietà*, cit., p. 246.

⁹³⁵ «Quel che infatti rileva è la sola adesione al contratto, che è già perfezionato tra creditore e condebitore in solido (o viceversa); sicché tale contratto si configura tipicamente come contratto aperto (art. 1322)»: F. SANTORO PASSARELLI, *La transazione*², cit., num. 97, p. 303. Cfr. anche G. MINERVINI, *Transazione sull'azione civile stipulata da un coimputato e adesione dell'altro*, in *Foro pen.*, 1947, c. 592, secondo cui «il legislatore ha statuito come *naturale negotii* la natura di <contratto aperto> della transazione stipulata dal condebitore (come dal concreditore) solidale». *Contra* D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit., p. 276.

⁹³⁶ M. COSTANZA, *Obbligazioni solidali e transazione*, cit., pp. 36 s. (citazione a p. 37); similmente M. FRANZONI, *La transazione*, cit., pp. 297 s.; G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione e solidarietà*, cit., pp. 243 ss.; C. D'ALESSANDRO, *La transazione del condebitore solidale*, cit., p. 66.

⁹³⁷ C. SCOGNAMIGLIO, *Gli effetti del contratto*, cit., p. 48; secondo questo a., «il dichiarante non diventa parte del contratto, ma si limita ad avvalersi delle proiezioni effettuali della transazione» (*op. cit.*, p. 49). Non sembra distante da questa opinione la tesi di C. D'ALESSANDRO, *La transazione del condebitore solidale*, cit., pp. 65 s., secondo cui «l'«approfittamento» della transazione altrui non è a propria volta una transazione (ben potendo mancare una lite, anche solo potenziale, da comporre). Esso è bensì semplice e neutra (vorrei scrivere: astratta) accettazione delle modificazioni apportate, *transactionis causa*, al rapporto obbligatorio dall'accordo tra Creditore e Debitore 1 [*scil.*: i soggetti transigenti]». Secondo F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, vol. II, Padova, 2009, p. 23, seguito da A. RICCIO, *Le diverse specie di obbligazioni: pecuniarie, alternative, solidali, indivisibili*, cit., p. 1284, «la dichiarazione ex art. 1304 non vale a rendere il dichiarante parte del contratto di transazione», e la transazione rileva per il condebitore estraneo come «fatto giuridico, produttivo in quanto tale degli effetti che l'art. 1304 gli attribuisce».

Pertanto appare condivisibile l'impostazione in base alla quale i condebitori non transigenti non divengono parti dell'accordo transattivo⁹³⁸ a seguito della dichiarazione di volerne profittare. La loro manifestazione di volontà sarebbe solo necessaria per consentire il dispiegarsi degli effetti del contratto anche nei loro confronti. Infatti la transazione riguardante l'intero debito solidale è potenzialmente idonea a incidere (in una prospettiva pluralistica del vincolo di solidarietà) anche sul rapporto obbligatorio dei consorti estranei al contratto, anche per le conseguenze di carattere svantaggioso, tra cui quella consistente nel «“riconoscimento” parziale della pretesa creditoria»⁹³⁹.

La dichiarazione di avvalersi della transazione – che implica la comunicazione di tutti gli effetti dell'accordo transattivo, non solo di quelli favorevoli, in ossequio alla «indivisibilità della transazione»⁹⁴⁰ – può avere luogo anche in sede di regresso⁹⁴¹.

Non vi è peraltro uniformità di opinioni intorno alla sussistenza di altre limitazioni alla possibilità di avvalersi della transazione da parte dei debitori estranei.

Più in particolare si allude, da un lato, alla eventuale preclusione derivante dalla dichiarazione di profittare della transazione rispetto alla facoltà di sollevare le eccezioni inerenti all'originario rapporto obbligatorio solidale; dall'altro, alla possibile, speculare preclusione della facoltà di avvalersi dell'accordo transattivo che si produce una volta che il debitore non transigente si sia difeso sollevando le eccezioni concernenti il rapporto di base anziché invocando la transazione.

Sul punto parte della dottrina ha affermato che il consorte estraneo convenuto in giudizio, tanto dal creditore quanto dal condebitore paciscente che agisca in via di regresso, non può più invocare le difese inerenti al rapporto originario se dichiara di profittare della transazione; per converso, se si è invece avvalso delle eccezioni riguardanti il rapporto di base, una volta intervenuta la sentenza gli sarà preclusa la possibilità di avvalersi della transazione⁹⁴².

⁹³⁸ *Amplius* sulla questione dell'opportunità di distinguere, in quest'ambito, fra parti del contratto e parti del rapporto, G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione e solidarietà*, cit., pp. 247 s., nt. 422

⁹³⁹ Cfr. G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione e solidarietà*, cit., p. 247.

⁹⁴⁰ D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit., p. 277, da cui il riferimento alla «indivisibilità della transazione»; G. MINERVINI, *Transazione sull'azione civile stipulata da un coimputato e adesione dell'altro*, cit., cc. 591 s.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, cit., p. 740 (che richiama il «principio della indivisibilità» anche in relazione alla transazione novativa); M. FRANZONI, *La transazione*, cit., p. 298; G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione e solidarietà*, cit., p. 227; F. D'ARCANGELO, *Obbligazioni solidali e transazione*, in *Obbl. e contr.*, 2006, p. 136 ss. In giurisprudenza, v. Cass. 14 febbraio 1969, n. 518, in *Foro it., Rep.*, 1969, voce *Transazione*, num. 22: «La transazione fa sorgere nuovi rapporti obbligatori soltanto fra le parti che intervengono al relativo contratto; essa non giova, né nuoce, direttamente, agli altri consorti rimasti alla medesima estranei, i quali pertanto possono giovarsene soltanto aderendo successivamente all'intero contratto in tutte le sue clausole non potendo accettare gli effetti convenienti e rifiutare quelli sfavorevoli».

⁹⁴¹ D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit., p. 277; M. COSTANZA, *Obbligazioni solidali e transazione*, cit., pp. 48 ss. (con la conseguenza che, in caso di riduzione dell'originario debito nei rapporti esterni, il condebitore estraneo vedrà ricalcolata, a parità di proporzioni, la propria quota sulla nuova e minore obbligazione; la facoltà di profittare della transazione potrebbe peraltro essere esclusa per accordo fra i condebitori); M. FRANZONI, *La transazione*, cit., p. 299 (secondo cui nell'ambito del regresso «l'effetto della dichiarazione consiste nel diminuire in assoluto l'importo della propria quota, fermo restando che resta invariato il suo valore percentuale»); G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione e solidarietà*, cit., p. 257. Per la tesi di C. D'ALESSANDRO, *La transazione del condebitore solidale*, Milano, 2012, *passim*, si veda quanto si dirà nel prosieguo.

⁹⁴² Così si esprime, testualmente, G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione e solidarietà*, cit., p. 258: «il condebitore estraneo alla transazione, allorché sia convenuto in giudizio per l'adempimento sulla base dell'originaria obbligazione, se dichiara di profittare della transazione non può più difendersi nel merito avanzando le eccezioni che avrebbe potuto opporre ove non si fosse avvalso della transazione, ma,

La dichiarazione di avvalersi dell'accordo transattivo, producendo «l'estensione» della sua efficacia nei confronti del dichiarante, implica infatti la «rinuncia» a far valere contro la pretesa del creditore o del condebitore pacisciente in sede di regresso «una situazione differente» rispetto a quella che emerge dalla transazione. Scopo della possibilità di profittare della transazione prevista dall'art. 1304 cod. civ. è infatti quello di riservare al condebitore estraneo la valutazione di convenienza della transazione conclusa tra il creditore e un altro debitore; ma la necessità di una tale valutazione non si porrebbe più se non valessero le preclusioni appena descritte: il debitore estraneo trarrebbe infatti unicamente vantaggi dalla transazione senza subire alcuno svantaggio, giacché non perderebbe la possibilità di difendersi mediante le eccezioni relative al rapporto originario e otterrebbe in aggiunta, per il caso in cui tali eccezioni si rivelassero infondate, i benefici della transazione⁹⁴³.

La dottrina richiamata non prende espressamente posizione sulla possibilità per il condebitore estraneo di far valere la transazione in via subordinata rispetto ad altre eccezioni basate sul rapporto originario.

La risposta negativa, peraltro, sembra risultare implicitamente dal ragionamento seguito: invocando la transazione in via subordinata, il condebitore avrebbe l'opportunità di verificare la fondatezza delle proprie eccezioni sul rapporto principale e, per il caso di infondatezza delle stesse, di invocare comunque i benefici derivanti dalla transazione (tipicamente, la riduzione dell'originaria pretesa creditoria).

Proprio quest'esito è invece ritenuto ammissibile da un'altra opinione, secondo la quale il condebitore estraneo potrebbe far valere l'eccezione fondata sulla transazione conclusa fra il creditore e un altro consorte anche in via subordinata rispetto ad altre difese relative al rapporto originario, e ciò per contrastare sia la pretesa fatta valere dal creditore sia quella esercitata in sede di rivalsa dal coobbligato che ha concluso la transazione⁹⁴⁴. Nel prosieguo si vedrà, tuttavia, che quest'ultima prospettazione non può essere seguita.

9. La clausola limitativa della possibilità di profittare della transazione

Si è posta la questione se creditore e debitore transigente possano escludere la possibilità dei condebitori estranei di profittare dell'accordo.

Mentre una parte della dottrina ritiene che la possibilità di profittare della transazione da parte dei condebitori estranei possa essere validamente esclusa dai paciscenti⁹⁴⁵, la dottrina maggioritaria è orientata in senso negativo. Si ritiene che se la

viceversa e simmetricamente, se non ha profittato ed ha utilizzato le suddette eccezioni, successivamente alla sentenza di condanna non può più dichiarare di profittare della stessa».

⁹⁴³ G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione e solidarietà*, cit., p. 258 (dove anche le espressioni tra virgolette).

⁹⁴⁴ C. D'ALESSANDRO, *La transazione del condebitore solidale*, cit., pp. 39 e 76 (con riferimento all'azione esercitata dal creditore), 67 testo e nt. 24, 82 ss. (con riferimento sia all'azione del creditore sia a quella di regresso esercitata dal debitore transigente).

⁹⁴⁵ F. CARRESI, *La transazione*, 2^a ed., in *Tratt. dir. civ. it.*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1956, num. 94, p. 186, nt. 4 («anche quando l'accordo non si fondi su ragioni personali»); C.M. MAZZONI, *Le obbligazioni solidali e indivisibili*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, *Obbligazioni e contratti*, t. I, 2^a ed., Torino, 1999, p. 758; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, cit., pp. 740 s., nt. 139, rinviando alle considerazioni svolte in tema di novazione (*op. cit.*, pp. 728 s.), ove si ammette che i paciscenti possano «convenire che il debitore novante si obblighi solidalmente per l'intero di modo che l'adempimento della nuova prestazione liberi tutti» (*op. cit.*, p. 729); si osserva, fra l'altro, che «È vero

transazione ha ad oggetto l'intero debito, l'art. 1304 cod. civ. riconosce ai condebitori che non vi hanno partecipato una posizione di vantaggio, solitamente qualificata come diritto potestativo⁹⁴⁶, della quale non potrebbero essere privati in forza di un accordo tra i transigenti⁹⁴⁷.

che di regola il contratto non può pregiudicare i diritti dei terzi, ma qui non si tratta di deteriorare la posizione dei condebitori bensì di delimitare il contenuto della novazione lasciando all'autonomia dei contraenti il decidere se l'accordo diretto a mutare l'obbligazione debba comprendere o meno quanto dovuto dai condebitori *per la loro parte*» (*op. cit.*, p. 729, nt. 111, corsivo nel testo). V. anche A. RICCIO, *Le diverse specie di obbligazioni: pecuniarie, alternative, solidali, indivisibili*, cit., pp. 1279 s. (sia in relazione ai rapporti esterni sia a quelli interni). In questo senso sembrerebbe orientato anche M. FRANZONI, *La transazione*, cit., pp. 302 ss.

⁹⁴⁶ Qualificano la situazione giuridica spettante ai condebitori estranei come diritto potestativo D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit., p. 275; G. AMORTH, *Transazione di obbligazione solidale e regresso contro il condebitore che non vi ha partecipato*, nota a Trib. Reggio Emilia 4 marzo 1966, in *Foro it.*, 1966, I, c. 1610; M. COSTANZA, *Obbligazioni solidali e transazione*, cit., p. 37; C. SCOGNAMIGLIO, *Gli effetti del contratto*, cit., pp. 47; C.M. MAZZONI, *Le obbligazioni solidali e indivisibili*, cit., p. 758; F. DELFINI, *Obbligazione solidale e transazione*, nota a Cass. 3 marzo 1997, n. 1873, in *Contratti*, 1997, p. 488; R. PARTISANI, *La dichiarazione di voler profittare della transazione e la delibera assembleare sull'azione sociale di responsabilità*, nota a Cass. 24 aprile 2007, n. 9901, in *La resp. civ.*, 2008, pp. 45 ss.; A. GENTILI, *Solidarietà e transazione secondo l'art. 1304 c.c.*, cit., p. 315; G. GITTI, *La transazione*, in E. GABRIELLI, F.P. LUISO (a cura di), *I contratti di composizione delle liti*, I, in *Tratt. contr.*, diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, Torino, 2005, pp. 215, 216, nt. 360, e ID., *L'oggetto della transazione*, Milano, 1999, pp. 365, 367, nt. 64; A. D'ADDA, *L'oggetto della transazione: il caso della transazione con il debitore solidale*, cit., p. 317; E. DEL PRATO, *Sulla transazione del debitore in solido*, cit., p. 55; C. D'ALESSANDRO, *La transazione del condebitore solidale*, cit., pp. 89 ss., 100, 126.

In giurisprudenza, v. Trib. Reggio Emilia 4 marzo 1966, in *Foro it.*, 1966, I, c. 1604, con nota di G. AMORTH, *Transazione di obbligazione solidale e regresso contro il condebitore che non vi ha partecipato*; Cass. 8 gennaio 1968, n. 24, in *Giust. civ.*, 1968, I, p. 403; App. Milano, 17 maggio 1974, in *Mon. trib.*, 1975, p. 924; Cass. 29 gennaio 1998, n. 884, in *Foro it., Rep.*, 1998, voce *Obbligazioni in genere*, num. 64; Trib. Roma 20 aprile 1999, e App. Roma 26 febbraio 2003, entrambe in *Foro pad.*, 2003, I, c. 183; Cass. 15 maggio 2003, n. 7548, in *Foro it., Rep.*, 2003, voce *Obbligazioni in genere*, num. 107; Cass. 23 febbraio 2005, n. 3747, in *Foro it., Rep.*, 2005, voce *Obbligazioni in genere*, num. 77; Cass., sez. un., 30 dicembre 2011, n. 30174, in *Assicurazioni*, 2012, p. 297, con nota di M. ROSSETTI, *Hic et citra non plus, ovvero i limiti allo svolgimento di attività extra-assicurative da parte di imprese assicuratrici*; in *Contratti*, 2012, p. 469, con nota di V. PATERNOSTRO, *Transazione pro quota e obbligazione solidale: la clausola che esclude l'approfittamento dei condebitori non stipulanti*; in *Corr. merito*, 2012, p. 260 (s.m.), con nota di G. TRAVAGLINO, *Transazione e obbligazioni solidali*; *Foro it.*, 2012, I, c. 1822, con nota di O. PURICE; in *Giur. it.*, 2012, p. 1338, con nota di M. AIELLO, *L'oggetto sociale delle compagnie di assicurazioni e la transazione di obbligazioni solidali al vaglio delle Sezioni unite*; *ivi*, 2012, p. 2019 (s.m.), con nota di F. BOTTONI, *Attività assicurativa, transazione e solidarietà nella recente prospettiva delle Sezioni unite*; *ivi*, 2012, p. 2543 (s.m.), con nota di F. GRECO, *La transazione pro quota: la clausola limitativa della c.d. "facoltà di volersene avvalere" ed il criterio di riduzione del debito*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, con note di G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione e condebito: sulla possibilità di impedire ai condebitori non transigenti di profittare del contratto*, e B. AGOSTINELLI, *Oggetto sociale, capacità giuridica e nullità virtuale: sui limiti allo svolgimento di attività extra-assicurative le sezioni unite cambiano rotta*; in *Giust. civ.*, 2012, I, p. 2063, con nota di C. D'ALESSANDRO, *Transazione stipulata dal debitore solidale e diritto del condebitore di profittarne*; *ivi*, 2012, I, p. 2351 (s.m.), con nota di M. INDOLFI, *L'attività non assicurativa dell'impresa assicuratrice*.

⁹⁴⁷ D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit., p. 275 (che ritiene nulla una clausola diretta a impedire l'adesione dei condebitori, sempreché non si tratti, in realtà, di una [valida] limitazione dell'oggetto della transazione alla parte del debitore paciscente); M. COSTANZA, *Obbligazioni solidali e transazione*, cit., pp. 43 s., che richiama la categoria della nullità e della inefficacia relative, invocabili soltanto dai condebitori estranei alla transazione, con opinione seguita da F. GRECO, *La transazione pro quota: la clausola limitativa della c.d. "facoltà di volersene avvalere" ed il criterio di riduzione del debito*, nota a Cass. 30 dicembre 2011, n. 30174, cit., p. 2546; C. SCOGNAMIGLIO, *Gli effetti del contratto*, cit., p. 48

In questa prospettiva, si è ritenuto che il debitore non transigente non potrebbe essere considerato propriamente «terzo»⁹⁴⁸ rispetto alla transazione, perché è «parte del rapporto» sul quale la transazione incide, cosicché l'accordo finisce inevitabilmente per avere ripercussioni anche nella sua sfera giuridica; le parti stipulanti, quindi, non avrebbero il potere di privare il consorte estraneo di quei vantaggi che a lui deriverebbero dalla transazione, trattandosi di una prerogativa a lui spettante in virtù della sua partecipazione al vincolo solidale⁹⁴⁹.

Inoltre, l'art. 1304 cod. civ. risulterebbe pleonastico se non se ne riconoscesse il carattere inderogabile, giacché sarebbe una statuizione del tutto superflua quella in base alla quale il terzo estraneo può profittare della transazione qualora le parti lo vogliano⁹⁵⁰.

(nel senso della inopponibilità della clausola ai consorti estranei); E. DEL PRATO, voce *Transazione*. c) *Diritto privato*, in *Enc. dir.*, vol. XLIV, Milano, 1992, p. 833 («l'eliminazione della prerogativa di profittare della stipulazione è [...] inammissibile in quanto si traduce in una incidenza negativa, e precisamente impeditiva di una facoltà attribuita dalla legge, su sfere giuridiche estranee al contratto»), nonché, più ampiamente, ID., *Sulla transazione del debitore in solido*, cit., pp. 54 ss. (non varrebbe in contrario riferirsi all'autonomia dei contraenti, perché ad essa non è concesso incidere in senso peggiorativo su diritti spettanti a terzi); P. D'ONOFRIO, *Della transazione*, in M. FRAGALI, P. D'ONOFRIO, F. SALVI, G. BRANCA, *Delle obbligazioni. Art. 1960-1991*, 2ª ed., in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1974, p. 239; G. PERTEGATO, nota a Cass. 19 aprile 1991, n. 4257, in *Riv. not.*, 1992, II, p. 1589; F. DELFINI, *Obbligazione solidale e transazione*, cit., pp. 488 s., che conclude per la nullità (con argomenti contrari alla tesi della inefficacia relativa) della clausola limitativa; G. GITTI, *La transazione*, cit., p. 216, nt. 360, e ID., *L'oggetto della transazione*, cit., p. 367, nt. 64 (l'ammissibilità della clausola implicherebbe il riconoscimento, in capo al creditore, del potere di «disporre di un diritto di cui non è titolare», in contrasto con il disposto di cui all'art. 1966, 1° co., cod. civ.); G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione e solidarietà*, cit., pp. 262 s., secondo cui la possibilità di profittare dell'accordo sarebbe disposta dalla legge a tutela degli interessi dei condebitori estranei, anche alla luce di quanto emerge dai lavori preparatori circa l'intenzione del legislatore in relazione all'obiettivo, cui sarebbe strumentale la potenziale ultrattività dell'accordo, di «evitare collusioni» fra creditore e debitore stipulante: ciò rappresenterebbe «un limite all'autonomia negoziale dei transigenti» (*op. cit.*, p. 262); EAD., *Transazione e condebito: sulla possibilità di impedire ai condebitori non transigenti di profittare del contratto*, nota a Cass., sez. un., 30 dicembre 2011, n. 30174, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, p. 629; A. D'ADDA, *L'oggetto della transazione: il caso della transazione con il debitore solidale*, cit., pp. 314 ss.; A. GENTILI, *Solidarietà e transazione secondo l'art. 1304 c.c.*, cit., spec. pp. 314 ss. (che conclude per la nullità della clausola limitativa); C. D'ALESSANDRO, *La transazione del condebitore solidale*, cit., pp. 49 ss.; ID., *Transazione stipulata dal debitore solidale e diritto del condebitore di profittarne*, nota a Cass., sez. un., 30 dicembre 2011, n. 30174, in *Giust. civ.*, 2012, I, pp. 2070 ss.; esprime perplessità circa l'ammissibilità di una clausola di esclusione anche S. DELLA BELLA, *La transazione nelle obbligazioni solidali: una questione ancora aperta*, nota a Cass. 5 luglio 2001, n. 9071, in *Resp. civ. prev.*, 2002, p. 1067.

⁹⁴⁸ A. GENTILI, *Solidarietà e transazione secondo l'art. 1304 c.c.*, cit., p. 314, da cui anche la citazione che segue.

⁹⁴⁹ A. GENTILI, *Solidarietà e transazione secondo l'art. 1304 c.c.*, cit., pp. 314 ss.

⁹⁵⁰ A. GENTILI, *Solidarietà e transazione secondo l'art. 1304 c.c.*, cit., p. 316; in senso adesivo si esprime G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione e condebito: sulla possibilità di impedire ai condebitori non transigenti di profittare del contratto*, cit., p. 629. V. anche A. D'ADDA, *L'oggetto della transazione: il caso della transazione con il debitore solidale*, cit., pp. 316 s., che parla di lettura con effetti «abroganti» (*op. cit.*, p. 316) dell'art. 1304 cod. civ., e contraddittoria rispetto allo scopo della norma stessa, in quanto la disposizione risulterebbe privata di forza proprio in relazione a quei casi in cui il creditore mira a escludere dalle conseguenze della transazione i condebitori estranei. Secondo C. D'ALESSANDRO, *Transazione stipulata dal debitore solidale e diritto del condebitore di profittarne*, cit., p. 2070, invece, non sarebbe sufficiente, per affermare l'intangibilità della facoltà di profittare della transazione, invocare il rischio di ridurre a norma «pleonastica» l'art. 1304 cod. civ.

Si è peraltro precisato che, in base all'interpretazione della volontà dei paciscenti, una clausola volta a circoscrivere la portata «soggettiva» di una transazione sull'intero debito possa in realtà costituire una valida restrizione «oggettiva» dell'accordo, nel senso che esso avrebbe ad oggetto esclusivamente la parte del debitore transigente⁹⁵¹.

Solo con prudenza e in presenza di requisiti particolarmente rigorosi, parte della dottrina sembra ammettere la possibilità di una riserva di agire per il residuo, precisando, peraltro, che non si tratta di transazione riguardante «il debito», ma concernente «il funzionamento della solidarietà», e che una simile transazione è verosimilmente estranea al paradigma delineato dall'art. 1304 cod. civ.⁹⁵².

Infatti, da un lato, in questo caso il creditore ottiene in definitiva l'integrale soddisfazione della sua pretesa (in parte dal transigente e per il resto dai condebitori estranei); dall'altro, le quote interne al gruppo debitorio non subiscono alcuna variazione, cosicché, quali che siano state le somme pagate al creditore nei rapporti esterni, per il gioco dei regressi interni ciascun debitore si troverà ad aver effettuato un esborso identico a quello in cui sarebbe incorso in assenza di transazione. Il solo vantaggio per il debitore transigente sarà quello di non dover pagare subito al creditore l'intero debito, potendo risultare liberato, almeno nei rapporti esterni, con la prestazione di una minor somma.

Ma poiché, dunque, il debitore transigente non ottiene, in virtù di una transazione con riserva per il residuo debito, un'effettiva riduzione del proprio vincolo, e quindi i benefici in suo favore sono circoscritti rispetto al caso di una transazione sul debito (che comporta invece una diminuzione reale della sua quota, anche nei rapporti interni), si richiede una specificazione espressa della circostanza che la transazione riguarda, appunto, non il debito, ma solo il meccanismo di attuazione del rapporto obbligatorio. Non indicativa in tal senso andrebbe considerata la mera riserva in favore del creditore con riguardo al residuo debito.

Un parziale temperamento rispetto all'inaammissibilità della clausola di riserva è poi introdotto da quella parte della dottrina secondo cui (nella prospettiva della inefficacia relativa di tale clausola) la riserva apposta dal creditore alla transazione può dispiegare efficacia e assumere rilevanza nei rapporti interni; tale riserva porterebbe a escludere che il creditore debba rispondere in via risarcitoria verso il debitore transigente al fine di tenerlo indenne per quanto da quest'ultimo versato – a seguito dell'esercizio del regresso da parte di un condebitore che abbia pagato il residuo debito al creditore – in eccesso rispetto alla somma prevista nella transazione⁹⁵³.

Anche entro il filone orientato in senso tendenzialmente negativo rispetto all'ammissibilità della riserva, vi è chi riconosce uno spazio in cui la clausola sarebbe legittimamente stipulabile: si tratterebbe del caso della transazione stipulata fra fideiussore e creditore e di quella conclusa tra accollatario e accollante nell'accollo «a

⁹⁵¹ D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit., p. 275; similmente M. COSTANZA, *Obbligazioni solidali e transazione*, cit., pp. 42 s.; C. SCOGNAMIGLIO, *Gli effetti del contratto*, cit., p. 49; P. VALORE, *Obbligazioni solidali e transazione*, nota a Trib. Roma 21 luglio 2011, in *Giur. it.*, 2012, p. 824; C. D'ALESSANDRO, *La transazione del condebitore solidale*, cit., p. 121.

⁹⁵² A. D'ADDA, *L'oggetto della transazione: il caso della transazione con il debitore solidale*, cit., p. 316.

⁹⁵³ M. COSTANZA, *Obbligazioni solidali e transazioni*, cit., p. 44, alla cui opinione si richiama F. GRECO, *La transazione pro quota: la clausola limitativa della c.d. "facoltà di volersene avvalere" ed il criterio di riduzione del debito*, cit., p. 2546.

scopo di garanzia»⁹⁵⁴. Quanto alla prima ipotesi, i paciscenti potrebbero validamente escludere la possibilità per il debitore principale di profittare, come altrimenti gli consentirebbe l'art. 1304 cod. civ., della transazione, perché il legame meno intenso esistente fra l'obbligazione fideiussoria e quella del debitore principale rispetto a quelle gravanti sui debitori in solido in caso di solidarietà c.d. a interesse comune permetterebbe una meno rigida osservanza del disposto di cui all'art. 1304 cod. civ. Parte della dottrina ritiene poi che nessuna conseguenza derivi al debitore principale dalla transazione stipulata dal fideiussore quando la lite verta sul rapporto di garanzia e non sul debito principale; quanto prestato in esecuzione della transazione dovrebbe essere portato in diminuzione del debito principale, in applicazione analogica dell'art. 1240 cod. civ., per evitare un duplice rischio: da un lato, quello di una indebita locupletazione del creditore; dall'altro, quello, per il debitore che abbia già adempiuto la propria obbligazione, di subire l'azione di regresso del fideiussore per il recupero dell'esborso effettuato in base alla transazione⁹⁵⁵.

Ma questa possibilità di deroga alla norma in esame è radicalmente negata da un'altra opinione⁹⁵⁶. Non sarebbe ammissibile differenziare, ai fini dell'applicabilità dell'art. 1304 cod. civ., tra i casi di solidarietà fondata su un medesimo titolo e quelli,

⁹⁵⁴ M. COSTANZA, *Obbligazioni solidali e transazione*, cit., pp. 65 s. e 77, rispettivamente. Le due ipotesi peraltro si differenziano in quanto per la fideiussione sarebbe possibile l'esclusione della facoltà di profittare anche in caso di transazione novativa, mentre ciò non sarebbe ammissibile per l'accollo a scopo di garanzia; si osserva che «mentre l'obbligazione del fideiussore ha la sua <causa> nella garanzia, quale fatto autonomo sia pur collegato al rapporto garantito, invece nell'accollo la causa dell'obbligazione che si è assunta l'accollante ha la sua <causa> nel rapporto intercorrente fra il debitore originario e il creditore. Di conseguenza, non sarebbe logico proporre una efficacia relativa della transazione là dove la controversia, potenziale o attuale che sia, attenga proprio al titolo dell'obbligazione» (*op. cit.*, p. 77). Nel vigore del codice civile del 1865 si era sostenuto che «Il debitore non può profittare della transazione conclusa tra creditore e fideiussore, per la ragione decisiva che quella può essere determinata da motivi che tocchino la stessa sicurtà, non l'esistenza oggettiva della prestazione» (A. BUTERA, *La definizione dei rapporti incerti*, I, *La transazione*, Torino, 1933, num. 164, p. 437); similmente si esprimeva V. CAMPOGRANDE, *Trattato della fideiussione nel diritto odierno*, cit., num. 790, pp. 591 s. (citazione a p. 592), in quanto nonostante la connessione esistente tra il vincolo del fideiussore e quello del debitore principale, il secondo «è assolutamente indipendente» dal primo, cosicché non risente delle variazioni che può subire l'obbligazione che grava sul garantito; la transazione tra il creditore e il garante riguarderebbe infatti la fideiussione e non l'impegno del debitore principale, e non potrebbe dunque essere invocata dal debitore per contrastare la pretesa creditoria nei suoi confronti. In senso opposto v. R. CORSI, *La fideiussione*³, cit., pp. 583 s. («se da una transazione stipulata fra il creditore ed il fideiussore sia risultata una diminuzione di debito, questa dovrà profittare anche al debitore»). Distingueva E. REDENTI, voce *Fideiussione*, cit., num. 65, pp. 149 s.: se la transazione stipulata fra creditore e fideiussore risulta «estintiva del debito principale» (*op. cit.*, p. 149, corsivo nel testo), essa avrà effetto liberatorio anche per il debitore principale; se invece essa «lascia sopravvivere il credito per una somma minore» (*op. cit.*, p. 150), non porterà detrimento ma neppure vantaggio al debitore principale, salvo che «implichi novazione parziale» (*ibidem*), perché allora produrrà un corrispondente effetto liberatorio anche in favore del debitore

⁹⁵⁵ C. D'ALESSANDRO, *La transazione del condebitore solidale*, cit., p. 153; il debitore avrebbe invece facoltà di profittare della transazione ex art.1304 cod. civ. quando la controversia riguardi il rapporto principale.

Escludono la possibilità per il debitore principale di profittare della transazione conclusa dal fideiussore A. RAVAZZONI, *La fideiussione*, cit., p. 44, nt. 62; G.F. CAMPOBASSO, *Coobbligazione cambiaria e solidarietà disuguale*, cit., pp. 261 s., sul rilievo che la possibilità per il fideiussore di invocare la transazione conclusa dal debitore si fonderebbe non sull'art. 1304 cod. civ. bensì sulla «opponibilità da parte dello stesso di tutte le eccezioni spettanti al debitore principale», mentre il debitore non può opporre le eccezioni spettanti al fideiussore.

⁹⁵⁶ A. GENTILI, *Solidarietà e transazione secondo l'art. 1304 c.c.*, cit., spec. pp. 311 s.

come, in particolare, la fideiussione e l'accollo cumulativo, di solidarietà derivante da titoli differenti; la solidarietà si caratterizzerebbe infatti sempre per l'identità, quantomeno nel suo nucleo essenziale, del titolo⁹⁵⁷, e per l'identità dell'obbligazione⁹⁵⁸.

Quanto alla giurisprudenza, alcune decisioni erano giunte a riconoscere la piena legittimità, in omaggio all'autonomia contrattuale, dell'esclusione della facoltà di profittare della transazione⁹⁵⁹. Altre avevano ritenuto invece che la prerogativa riconosciuta ai condebitori estranei non potesse essere loro tolta per iniziativa dei transigenti⁹⁶⁰.

Sul punto sono intervenute le sezioni unite della Supr. Corte, le quali hanno avallato la seconda soluzione, sul rilievo che la clausola di esclusione priverebbe i non

⁹⁵⁷ Anche nei casi di solidarietà caratterizzata dalla pretesa diversità dei titoli, si afferma, anche il vincolo dell'obbligato – in senso ampio – “accessorio” (come quello del fideiussore, dell'assicuratore, dell'accollante o di un ulteriore responsabile per il medesimo danno) non deriverebbe da un titolo completamente autonomo rispetto a quello dell'obbligato “principale”; il titolo dell'obbligo “accessorio” sarebbe soltanto «più complesso», in quanto risultante dalla combinazione del titolo dell'obbligazione “principale” con altri fatti costitutivi; i due obblighi condividerebbero dunque un identico «titolo basilare», onde si afferma che «la solidarietà sussiste sempre in base allo stesso titolo» (A. GENTILI, *Solidarietà e transazione secondo l'art. 1304 c.c.*, cit., pp. 311, citazioni a p. 312).

⁹⁵⁸ «[...] l'obbligazione estesa soggettivamente è assolutamente la stessa, non essendo neppure pensabile la solidarietà in obbligazioni diverse» (A. GENTILI, *Solidarietà e transazione secondo l'art. 1304 c.c.*, cit., p. 312).

⁹⁵⁹ Cass. 19 aprile 1991, n. 4257, in *Riv. not.*, 1992, II, p. 1580, con nota di G. PERTEGATO, e in *Giur. it.*, 1991, I, 1, 1320; Trib. Roma 20 aprile 1999, e App. Roma 26 febbraio 2003, entrambe in *Foro pad.*, 2003, I, c. 183; Cass. 24 aprile 2007, n. 9901, in motivazione (in *Notariato*, 2008, p. 513, con nota di N.-A. TOSCANO, *La transazione dell'azione sociale di responsabilità e il rapporto tra gli artt. 1304 e 2393 c.c.*; *Foro it.*, 2008, I, c. 2265, con nota di richiami; in *Società*, 2008, p. 184, con nota di F. VALENZA, *Mala gestio per conflitto di interessi e transazione della società con un altro coobbligato*; in *La resp. civ.*, 2008, p. 42 con nota di R. PARTISANI, *La dichiarazione di voler profittare della transazione e la delibera assembleare sull'azione sociale di responsabilità*; in *Giur. comm.*, 2008, II, p. 997, con nota di O. CAGNASSO); Cass. 3 marzo 2011, n. 5108, in *Foro it., Rep.*, 2011, voce *Obbligazioni in genere*, n. 73, in merito alla quale va sottolineato peraltro che – come emerge dalla lettura della motivazione (reperibile nella banca dati *DeJure*) – più propriamente «nella transazione [...] la creditrice, ricevendo dal [debitore transigente] la somma di L. 13 milioni a fronte di un complessivo credito di L. 21.534.515, si era espressamente riservato di agire, per la differenza, nei confronti degli altri obbligati, per i quali era esclusa qualsiasi liberazione» e «le parti contraenti avevano espressamente convenuto che l'importo corrisposto [dal debitore stipulante] non poteva essere considerato a beneficio [...] degli altri obbligati per cui la [creditrice] era libera di porre in essere le opportune azioni nei confronti [degli altri debitori]». V. già, in questo senso, Cass. 19 dicembre 1958, n. 3919, in *Foro it., Rep.*, 1958, voce *Obbligazioni e contratti*, num. 150: «Sebbene sia rimesso ai condebitori in solido, estranei alla transazione fatta dal creditore con uno di essi, anche se questo sia tenuto, per il rapporto interno, all'intera prestazione, di valutare la convenienza della transazione stessa al fine di opporla al creditore, dichiarando di volerne profittare, tuttavia l'esercizio di tale facoltà, eccettuato il caso in cui il debito sia estinto nei confronti di tutti per avere la somma transatta esaurito l'intera obbligazione, può essere impedito dalla volontà contraria del creditore».

⁹⁶⁰ Cass. 8 gennaio 1968, n. 24, in *Giust. civ.*, 1968, I, p. 403. Secondo Cass. 15 maggio 2003, n. 7548, in *Foro it., Rep.*, 2003, voce *Obbligazioni in genere*, num. 106, «Qualora intervenga una transazione tra uno dei condebitori solidali e il creditore, il condebitore rimasto estraneo ad essa può dichiarare, a norma dell'art. 1304, 1° comma, c.c., di volerne profittare; in questo caso, l'accordo transattivo spiega una efficacia diretta anche nei suoi confronti, senza che il creditore possa precludergli questa possibilità, in quanto non è applicabile alla fattispecie il disposto dell'art. 1411, 2° comma, c.c., che consente allo stipulante di revocare o modificare la stipulazione finché il terzo non dichiara di volerne profittare, in quanto il condebitore solidale non è terzo rispetto al rapporto oggetto di transazione».

transigenti di un diritto potestativo loro attribuito dalla legge, diritto di cui i paciscenti «non sarebbero legittimati a disporre»⁹⁶¹.

Così tratteggiato nelle sue linee essenziali il quadro delle opinioni dottrinali e delle prese di posizione giurisprudenziali sulla questione in esame, si può osservare che l'opinione assolutamente maggioritaria a sostegno dell'intangibilità della prerogativa di profittare della transazione non sembra poggiare su argomentazioni solide.

Parte della dottrina (che peraltro aderisce, negli esiti, alla tesi dominante)⁹⁶², ha rilevato che, in particolare, l'esistenza di un diritto di profittare della transazione in capo ai condebitori estranei è apoditticamente assunta dalla Supr. Corte come una premessa incontestata del ragionamento e che partendo da un simile assioma è del tutto inevitabile giungere alla conclusione che i transigenti non potrebbero disporre di tale diritto, non essendo legittimati a incidere sfavorevolmente sulla sfera giuridica altrui; così argomentando, tuttavia, si incorre in una «*petitio principii*», poiché la sussistenza di un diritto di profittare della transazione è proprio ciò che deve essere dimostrato: il tenore dell'art. 1304 cod. civ. non esclude infatti che la possibilità di profittare della transazione costituisca un semplice «*naturale negotii*», come tale escludibile dalla contraria volontà dei contraenti.

Orbene, al di là del problema se l'alternativa nella lettura della norma in questione si articoli effettivamente nel dilemma fra diritto di profittare dell'accordo o semplice *naturale negotii*⁹⁶³, i rilevi mossi a questo schema argomentativo colgono nel segno.

D'altra parte, non sembra che a risultati incontrovertibili si possa giungere neppure tentando di individuare la *ratio legis* sulla base dei lavori preparatori.

Così, il richiamo alla necessità di evitare collusioni tra i transigenti in danno degli altri consorti⁹⁶⁴, che potrebbe apparire indicativo di un'ineludibile interesse alla tutela dei non transigenti e far concludere per l'intangibilità del loro diritto di profittare dell'accordo, oltre a essere già di per sé, nella sua concisione, di non facile interpretazione, non è univocamente riferibile alla facoltà di profittare della transazione conclusa fra estranei, ben potendo riguardare, all'opposto, la previsione della normale efficacia *inter partes* della transazione; in altre parole, non è affatto impossibile che le collusioni paventate dal legislatore storico non fossero quelle consistenti nell'escludere

⁹⁶¹ Cass., sez. un., 30 dicembre 2011, n. 30174, cit.

⁹⁶² Cfr. C. D'ALESSANDRO, *La transazione del condebitore solidale*, cit., p. 57, da cui anche le espressioni citate; dello stesso a., inoltre, *Transazione stipulata dal debitore solidale e diritto del condebitore di profittarne*, cit., p. 2070.

⁹⁶³ Ritenere che la possibilità di profittare dell'accordo costituisca un effetto naturale della transazione implicherebbe la necessità che le parti escludano espressamente tale prerogativa ogni qual volta vogliano impedire la partecipazione degli altri obbligati: la transazione sarebbe, in quest'ottica, di regola aperta agli altri consorti e solo in caso di contraria volontà dei paciscenti avrebbe effetto solo *inter partes*. Teoricamente prospettabile è però anche la soluzione opposta: la transazione avrebbe di regola efficacia rigorosamente particolare e solo quando le parti si accordino diversamente sarebbe invocabile anche dagli altri debitori.

⁹⁶⁴ Tale riferimento si legge in Ministero di grazia e giustizia, *Codice civile. Libro delle obbligazioni. Relazione del Guardasigilli al progetto ministeriale*, Istituto Poligrafico dello Stato, Roma, 1940, num. 54, p. 25; si riporta il passo per quanto d'interesse: «Per la soluzione del vecchio problema dell'efficacia della transazione fatta da uno dei condebitori, ho ripreso il concetto affermato dall'art. 1771 cod. civ., disponendo che la transazione tra il creditore e uno dei debitori solidali non produce effetto nei confronti degli altri se costoro non intendono profittarne (art. 48).

Tale disposizione è giustificata dalla esigenza di evitare collusioni tra condebitore e creditore, e dalla necessità di applicare anche qui il principio secondo cui gli effetti degli atti compiuti da un condebitore si estendono agli altri in quanto questi possono trarne vantaggio».

gli altri consorti dalla transazione potenzialmente per loro favorevole, bensì quelle concretantesi nell'*imporre* a costoro una transazione sfavorevole.

Né appare condivisibile la considerazione, che si ritiene di dedurre dalle parole del legislatore storico, per cui, essendo l'esclusione dell'efficacia automatica *ultra partes* della transazione finalizzata alla tutela dei consorti estranei, si contraddirebbe alla *ratio* dell'art. 1304 cod. civ. qualora si consentisse che la relatività dell'accordo venisse invocata dagli stessi transigenti, perché ciò impedirebbe agli altri coobbligati di avvalersi della «possibilità, riconosciuta come regola dalla legge, di giovare dei vantaggi di atti o fatti verificatisi nella sfera dei consorti»⁹⁶⁵. Sembra invece che il legislatore abbia considerato la transazione come un fatto non valutabile in astratto né come favorevole né come sfavorevole per gli altri consorti, ed è ben possibile che non abbia reputato assolutamente prioritaria l'esigenza che i non transigenti si appropriassero degli effetti di qualsiasi transazione, anche contro la volontà dei paciscenti. Una conclusione è certo plausibile, ma non è scontata nelle parole del legislatore storico.

D'altro canto, quella della propagazione degli effetti favorevoli non sembra possa essere intesa come una vera e propria regola, oltretutto non derogabile dall'autonomia negoziale e, quindi, capace di imporsi anche contro la volontà dei contraenti; essa va piuttosto intesa come espressione – non priva di margini di ambiguità e di una componente descrittiva⁹⁶⁶ – di uno dei criteri a cui si ritiene tendenzialmente informata la disciplina positiva della solidarietà, mentre non sarebbe corretto ascriverle una portata precettiva assoluta, anche in contrasto con l'autonomia privata. Un discorso in parte diverso vale per la rilevanza esclusivamente particolare delle circostanze produttive di effetti sfavorevoli, giacché in questo caso deve ritenersi in via di regola precluso all'autonomia dei contraenti, per il principio di relatività contrattuale, di estendere effetti sfavorevoli anche oltre la sfera giuridica del consorte in relazione al quale si verificano.

Che la c.d. propagazione degli effetti favorevoli possa subire dei temperamenti è del resto dimostrato dall'ipotesi del c.d. *pactum de non petendo* in favore di un condebitore, ritenuto ammissibile dalla maggior parte degli interpreti, atto per definizione dotato di un'efficacia rigorosamente circoscritta al singolo condebitore beneficiario, ancorché la legge preveda espressamente (cfr. art. 1301, 1° co., cod. civ.) solo la possibilità di concedere una remissione con efficacia estintiva generale, eventualmente solo limitata.

Andrebbe, di conseguenza, più approfonditamente indagato se effettivamente dall'art. 1304 cod. civ. possa dedursi l'impossibilità di stipulare una transazione sull'intero con efficacia particolare.

Né può affermarsi che consentendo di escludere la possibilità di profittare della transazione stipulata tra altri si svuoterebbe di contenuto la disposizione in esame.

Al contrario, anche così interpretata la norma non diviene inutile, svolgendo anzitutto il ruolo di negare l'ultrattività della transazione.

Non c'è bisogno di dimostrare che l'imposizione di una transazione svantaggiosa ai consorti che non l'hanno stipulata si risolve in un pregiudizio a loro carico, e che

⁹⁶⁵ C. D'ALESSANDRO, *La transazione del condebitore solidale*, cit., pp. 55, 57 s., il quale sembra ascrivere un'importanza decisiva al criterio della propagazione degli effetti favorevoli agli altri consorti in relazione nel caso della transazione; v. anche ID., *Transazione stipulata dal debitore solidale e diritto del condebitore di profittarne*, cit., p. 2071.

⁹⁶⁶ Parla di «spiegazione in termini empirico-pragmatici» A. DI MAJO, voce *Obbligazioni solidali (e indivisibili)*, cit., p. 315.

pertanto è necessario escludere un'automatica efficacia *ultra partes* del negozio. La regola posta dalla prima parte dell'art. 1304 cod. civ. sarebbe probabilmente già desumibile dal principio di relatività contrattuale, ma la precisazione è stata forse ritenuta opportuna, da un lato, in ragione delle incertezze interpretative sorte nel vigore del codice precedente; d'altro lato, in considerazione della particolare *sedes materiae* in cui è collocata la disposizione, per i dubbi che l'elemento della pluralità di soggetti obbligati poteva far sorgere in relazione all'efficacia per gli altri del contratto stipulato da uno solo di essi.

La seconda parte della norma giunge a temperare la prevista relatività degli effetti dell'accordo transattivo, consentendo agli altri consorti di invocare un contratto stipulato da terzi quando ritengano che da tale patto possa derivar loro un vantaggio.

Allorché risulti che il creditore ha inteso, con la transazione, regolare in via definitiva il suo complessivo diritto, si potrà ammettere che i consorti estranei invochino il contratto per trarne vantaggio, non consentendo che il creditore ne affermi la rilevanza solo *inter partes* quando chiaramente emerga dall'accordo l'intenzione di dare una disciplina definitiva alla complessiva posizione creditoria. In ciò sta il senso di attribuire agli altri coobbligati la possibilità di invocare l'accordo transattivo a cui sono rimasti estranei.

Ma anche questa seconda funzione svolta dalla norma non viene menomata se si ammette che in determinate ipotesi – o per la presenza di una espressa clausola di riserva o in base ad altre circostanze – la transazione non si estenda alla complessiva posizione creditoria, ma debba ritenersi circoscritta al singolo rapporto obbligatorio intercorrente fra il creditore e il particolare debitore transigente.

In realtà, l'esclusione della figura della transazione con efficacia particolare richiederebbe di individuare la ragione per cui si ritiene di vietare la clausola che esclude la facoltà di profittare della transazione; in altre parole, quale pregiudizio tale clausola sia in grado di arrecare agli altri obbligati.

Questa ragione non è ancora stata convincentemente individuata, e né il testo o la *ratio* dell'art. 1304 cod. civ., né più in generale la disciplina dell'obbligazione solidale passiva sembrano porre alcun ostacolo all'ammissibilità di una simile figura.

Per contro, la conclusione di una transazione con efficacia particolare potrebbe rivelarsi assai opportuna in diverse ipotesi, dove la transazione c.d. *pro quota* e quella sull'intero aperta ai non transigenti porterebbero a risultati meno soddisfacenti, quando non del tutto inaccettabili.

Non condivisibile appare inoltre il rilievo per cui in alcune ipotesi l'esclusione della facoltà di profittare della transazione potrebbe svuotare di senso il contratto stesso. Ciò si verificherebbe quando il creditore, una volta concluso l'accordo, agisse verso un altro condebitore chiedendo il pagamento dell'intero; il debitore escusso, non potendo invocare la transazione, dovrebbe pagare al creditore l'intero per poi rivolgersi in via di regresso al creditore transigente al fine ottenere il rimborso della quota di quest'ultimo; il debitore stipulante, quindi, si troverebbe in definitiva a dover pagare una somma corrispondente alla sua originaria quota nel debito, perdendo così i benefici che la transazione gli avrebbe assicurato⁹⁶⁷.

Così argomentando, tuttavia, si dà per pacifico che il creditore riesca senz'altro a ottenere l'integrale soddisfazione della sua pretesa da parte del condebitore non transigente; questo è invece uno scenario possibile, ma non certo, cosicché il risultato

⁹⁶⁷ C. D'ALESSANDRO, *La transazione del condebitore solidale*, cit., pp. 55 s.; v. anche ID., *Transazione stipulata dal debitore solidale e diritto del condebitore di profittarne*, cit., p. 2072.

paventato, che rivelerebbe l'inutilità dell'accordo transattivo, non è diretta conseguenza dell'operare di regole contraddittorie, ma dipende in maniera essenziale dal verificarsi di particolari circostanze di fatto. Né peraltro, anche qualora il creditore ottenga effettivamente l'intero dal non transigente, la transazione può dirsi completamente priva di utilità per il debitore che l'ha conclusa: questi ha pur sempre ottenuto la sicurezza di non dover essere convenuto per l'intera pretesa creditoria, ma solo per la minor somma stabilita nella transazione o, in via di regresso, per quella corrispondente alla sua quota⁹⁶⁸.

A ciò deve aggiungersi che il ragionamento criticato poggia su almeno due assunti indimostrati. Anzitutto si dà per scontato che il condebitore transigente non possa opporre la transazione al consorte attore in regresso. In secondo luogo si esclude implicitamente una possibilità di rivalsa del convenuto in regresso nei confronti del creditore. Entrambi i profili necessitano invece di ulteriore indagine, e saranno quindi più ampiamente esaminati nel prosieguo.

10. La transazione priva di efficacia per i condebitori estranei

Si ritiene, secondo l'opinione tradizionale, che in mancanza della manifestazione della volontà di profittare la transazione sia inefficace per i condebitori estranei⁹⁶⁹.

Senonché l'improduttività di effetti *ultra partes* non è intesa in maniera univoca dagli interpreti, e soprattutto di recente tende a essere concepita in senso meno assoluto che in passato.

Per la concezione più rigorosa, la transazione – non novativa⁹⁷⁰ – sull'intero debito non produce alcun effetto nei confronti di coloro che non abbiano voluto profittarne, e ciò anche in relazione a possibili conseguenze favorevoli; cosicché, qualora vi sia un debito solidale contestato pari a 1.000 e vi sia transazione per 400, un condebitore estraneo che non profitti della transazione non beneficerà della «limitazione transattiva» dell'importo dovuto a 400, restando sempre tenuto per 1.000⁹⁷¹.

⁹⁶⁸ Questo aspetto non sfugge allo stesso C. D'ALESSANDRO, *La transazione del condebitore solidale*, cit., p. 70, nt. 28; anche se, osserva l'a., nonostante la transazione il debitore stipulante si ritrova di fatto a sostenere il peso della sua quota originaria, non può negarsi che egli possa, in alcuni casi, trarre un qualche vantaggio dall'accordo, come in ipotesi di insolvenza di un altro consorte: l'accordo transattivo gli attribuisce la certezza di non dover sopportare in via definitiva anche la porzione dell'insolvente, come sarebbe stato altrimenti probabile stante la prospettiva di infruttuosità di una rivalsa nei suoi confronti.

⁹⁶⁹ V., per tutti, F. SANTORO PASSARELLI, *La transazione*², cit., num. 97, p. 303: «Quando i consorti non dichiarino di voler profittare, la transazione sarà priva di effetti nei loro confronti, restando la sua efficacia circoscritta alle parti del contratto»; l'a. ne deduce inoltre che il creditore «potrà agire verso gli altri debitori» e i condebitori estranei al patto «potranno agire in regresso verso il consorte che ha transatto, sempreché, secondo la ripartizione interna, la quota sia superiore alla prestazione dedotta nella transazione».

⁹⁷⁰ Secondo questa dottrina, alla transazione novativa si applicherebbe la disciplina riguardante la novazione (art. 1300, 1° co., cod. civ.), con conseguente automatica liberazione dei non transigenti nei rapporti esterni.

⁹⁷¹ D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit., p. 273, da cui anche l'esempio. In senso difforme, tuttavia, sempre nell'ottica dell'efficacia ristretta *inter partes* – questa dottrina parla infatti di transazione «priva di ogni effetto» verso i condebitori estranei – va segnalata la tesi di E. VALSECCHI, *Il giuoco e la scommessa. La transazione*², cit., pp. 366 s., secondo il quale in caso di mancato approfittamento l'efficacia della transazione sarà «limitata alla quota» del debitore stipulante, facendosene discendere che dalla «intera obbligazione» dovrà essere dedotta la porzione del transigente. Questa opinione sembra quindi avvicinarsi all'orientamento, di cui si darà conto nel prosieguo, che ammette anche in caso di

Anche i rapporti interni non subiranno alcuna variazione a seguito dell'accordo transattivo⁹⁷². Il condebitore transigente che, in adempimento dell'accordo con il creditore, abbia pagato la somma dovuta in base alla transazione stessa (nell'esempio precedente, 400) non avrà regresso contro i consorti se il suo esborso non supera l'ammontare della sua quota interna calcolata sul debito originario (se si ipotizza, nell'esempio di cui sopra, che vi fossero due condebitori tenuti per quote eguali pari ciascuna a 500, il pagamento di soli 400 da parte del transigente non darebbe adito ad alcun regresso in suo favore)⁹⁷³; per converso, un condebitore estraneo che abbia pagato il saldo risultante dopo il pagamento effettuato dal transigente (nell'esempio, il secondo condebitore che abbia pagato i restanti 600 dopo il pagamento di 400 da parte del consorte) potrà agire in regresso nei confronti di quest'ultimo sulla base della originaria ripartizione per quote (il debitore estraneo che ha pagato i residui 600 potrà chiedere 100 in via di regresso al transigente)⁹⁷⁴.

Tali considerazioni relative ai rapporti interni valgono non solo per le riduzioni quantitative, ma anche per la pattuizione, in via transattiva, di modalità diverse con riguardo all'impegno di un condebitore, come nel caso della concessione di un termine

mancata dichiarazione di voler profittare della transazione un parziale effetto estintivo in favore dei condebitori estranei.

⁹⁷² Questa regola è stata affermata anche in giurisprudenza; cfr. Cass. 18 aprile 2006, n. 8946, in *Contratti*, 2007, p. 10, con nota di E. VAGLIO, *Transazione e obbligazione solidale*, secondo la quale «L'inefficacia della transazione nei confronti dei debitori che non vi hanno partecipato e non hanno dichiarato di volerne profittare riguarda sia i rapporti esterni fra costoro ed il comune creditore che quelli interni fra il debitore che ha stipulato la transazione e gli altri debitori. In particolare, se la transazione ha ridotto o aumentato l'ammontare del debito originario, la misura del regresso va determinata applicando le percentuali delle quote interne all'ammontare originario e non a quello ridotto o aumentato».

⁹⁷³ Anche secondo G. AMORTH, *Transazione di obbligazione solidale e regresso contro il debitore che non vi ha partecipato*, cit., cc. 1605 s. (citazioni alla c. 1606, corsivo nel testo), il regresso spettante al debitore transigente verso i consorti andrebbe calcolato in base alla minor somma tra la prestazione originariamente dovuta e quella stabilita nella transazione: se l'obbligazione originaria risulta essere di valore inferiore rispetto al debito concordato nella transazione, dovrà farsi riferimento alla relatività degli effetti dell'accordo transattivo, ai sensi dell'art. 1304 cod. civ. prima parte, cosicché la rideterminazione del *debitum* non potrà essere invocata in sede di regresso contro un consorte estraneo; diversamente dovrebbe concludersi nel caso in cui la prestazione concordata nella transazione, e poi eseguita dal debitore pacisciente, sia d'importo inferiore all'obbligazione originaria. Infatti in tal caso si dovrà tener presente la «finalità essenziale della azione di regresso», che è quella di permettere al *solvens* di ottenere un parziale ristoro di quanto di fatto ha versato al creditore: «il regresso concerne ciò che il debitore ha effettivamente pagato, non ciò che avrebbe potuto pagare»; concludendo diversamente, il regrediente conseguirebbe «un indebito arricchimento». In senso analogo si esprime C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, cit., p. 741, che ritiene applicabili le regole concernenti la *datio in solutum*: alla stregua di queste egli reputa che, in caso di mancata adesione alla dazione in pagamento da parte degli altri condebitori, il *solvens* possa pretendere il rimborso in via di regresso in base all'ammontare della originaria prestazione se di valore inferiore a quella effettivamente eseguita, o per l'ammontare di quest'ultima se meno onerosa rispetto a quella dedotta *in obligatione* (*op. cit.*, p. 727).

⁹⁷⁴ Sul punto la tesi di RUBINO è criticata da G. AMORTH, *Transazione di obbligazione solidale e regresso contro il debitore che non vi ha partecipato*, cit., p. 1605, nt. 3, in quanto essa comporterebbe la vanificazione del risultato della transazione per il debitore che l'ha stipulata: la transazione infatti non produce effetti per i non transigenti, ma «esplica pieno effetto per chi l'ha stipulata»; il transigente, quindi, non potrebbe essere chiamato a rispondere in via di rivalsa interna per una somma maggiore rispetto a quella prevista nella transazione, che quindi può essere opposta a un consorte estraneo «che, per effetto del pagamento, si surroga nella stessa posizione del creditore»; va sottolineato che l'a. nega l'esistenza di un diritto di regresso autonomo rispetto alla pretesa acquisita in via di surrogazione (cfr. *op. cit.*, c. 1606), con il che – si può aggiungere – risulta agevole ammettere l'opponibilità della transazione contro il diritto fatto valere in via di rivalsa, trattandosi non di un diritto «nuovo» e autonomo, bensì dell'originario diritto del creditore.

o di una dilazione: tale concessione non potrebbe essere opposta dal beneficiario contro la pretesa in regresso di un consorte, che non sarebbe costretto dunque, una volta effettuato il pagamento al creditore (se tale da consentirgli di agire in rivalsa), ad attendere il decorso del termine o a rispettare la moratoria in favore del transigente⁹⁷⁵.

Questa ricostruzione, come si è anticipato, non è tuttavia condivisa da un altro, più recente orientamento. Tende infatti ad affermarsi fra gli interpreti l'idea che la transazione assuma un qualche rilievo per i consorti estranei anche in assenza di dichiarazione di voler profittarne⁹⁷⁶.

Si è così sostenuto da una prima opinione che la transazione assume rilievo anche per i debitori estranei al momento dell'adempimento, in quanto l'esecuzione della prestazione stabilita nella transazione provocherebbe, in applicazione dell'art. 1292 cod. civ., l'estinzione dell'obbligazione solidale per tutti i coobbligati⁹⁷⁷. Ne deriva che il creditore, una volta ricevuto il pagamento da parte del debitore transigente, non potrebbe più agire per la differenza contro i condebitori estranei⁹⁷⁸. Esemplicando, se due debitori sono tenuti in solido per 100 e uno di essi assume in via transattiva con il creditore l'impegno di pagare 70, il creditore che abbia ricevuto il pagamento di 70 dal transigente non potrà più agire per i residui 30 verso l'altro condebitore⁹⁷⁹.

La transazione peraltro, se il debitore estraneo non dichiara di profittarne, non muta l'assetto dei rapporti interni. In caso di pagamento oltre «l'ammontare della quota virile», il debitore stipulante potrà esigere in regresso la quota del convenuto secondo l'originaria obbligazione: così, nel caso di due debitori tenuti in solido per quote eguali al pagamento di 1.000, qualora uno di essi ottenga in via transattiva la rideterminazione del debito a 700 e proceda al pagamento di tale somma, potrà anche ora esigere 500 in via di regresso dal consorte⁹⁸⁰. La soluzione consentirebbe di fissare in via definitiva i benefici della transazione in capo al debitore stipulante: questi infatti «conserva il vantaggio economico» procuratogli dalla transazione, in quanto si trova ad aver sborsato meno della somma che su di lui sarebbe gravata in base alla originaria misura dell'obbligazione in solido, e ciò quale «corrispettivo della rinuncia a procrastinare contestazioni e litigi»; per converso il debitore estraneo rimane tenuto secondo l'entità iniziale della propria quota, non beneficiando della rideterminazione del debito accordata al consorte: tale soluzione, oltre ad accordarsi con il principio della normale

⁹⁷⁵ D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit., p. 274.

⁹⁷⁶ Ma per uno spunto in tal senso v. già G. MINERVINI, *Transazione sull'azione civile stipulata da un coimputato e adesione dell'altro*, cit., cc. 589 ss., secondo cui l'efficacia *ultra partes* della transazione, sotto il profilo tanto dei vantaggi quanto degli svantaggi, postula la dichiarazione di approfittamento, ma in assenza di approfittamento la transazione produrrebbe comunque la liberazione degli altri nella misura della quota del transigente.

⁹⁷⁷ M. COSTANZA, *Obbligazioni solidali e transazione*, cit., pp. 24 ss.; M. FRANZONI, *La transazione*, Padova, 2001, p. 293; S. DELLA BELLA, *La transazione nelle obbligazioni solidali: una questione ancora aperta*, nota a Cass. 5 luglio 2001, n. 9071, in *Resp. civ. prev.*, 2002, p. 1064. In senso critico v. però G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione e solidarietà*, cit., pp. 236 s.

⁹⁷⁸ M. COSTANZA, *Obbligazioni solidali e transazione*, cit., p. 28; M. FRANZONI, *La transazione*, cit., p. 293 (il creditore «si vedrebbe opporre l'estinzione dell'obbligazione per adempimento» da parte del debitore transigente)

⁹⁷⁹ L'esempio è tratto da M. FRANZONI, *La transazione*, cit., p. 293.

⁹⁸⁰ M. COSTANZA, *Obbligazioni solidali e transazione*, cit., pp. 30 s. (da cui anche l'esempio); M. FRANZONI, *La transazione*, cit., p. 294; S. DELLA BELLA, *La transazione nelle obbligazioni solidali: una questione ancora aperta*, cit., p. 1064.

relatività della transazione (cfr. art. 1304 cod. civ.) si imporrebbe perché, concludendo diversamente, il condebitore estraneo conseguirebbe un «arricchimento senza causa»⁹⁸¹.

Se invece il creditore, una volta stipulata la transazione con un debitore, agisce verso un altro obbligato e ottiene il pagamento dell'intera prestazione originaria, il *solvens* potrà chiedere in via di regresso al transigente la quota di quest'ultimo calcolata in base all'entità iniziale dell'obbligazione in solido: il debitore convenuto, infatti, non potrà opporre la transazione al regrediente, avendo soltanto la possibilità di agire a sua volta contro il creditore per ottenere «il risarcimento dei danni»⁹⁸².

L'esigenza di ammettere che l'adempimento della nuova obbligazione sorta con la transazione abbia effetto liberatorio anche per i condebitori estranei nasce dalle difficoltà che sorgerebbero ammettendo, per converso, che il creditore possa sempre agire per il residuo verso i non transigenti.

Si ipotizzino due debitori tenuti in solido per 1000, dei quali uno si accordi transattivamente con il creditore per il pagamento di 700. Se il creditore, nonostante la transazione, potesse ottenere i restanti 300 dall'altro debitore, otterrebbe soltanto vantaggi dall'accordo, senza alcun sacrificio; nei rapporti interni, poi, il debitore che pagasse oltre la propria quota originaria potrebbe agire in regresso per tale sovrappiù contro il consorte, cosicché in definitiva la transazione lascerebbe inalterata la situazione originaria⁹⁸³, venendo non più a operare come strumento per comporre o prevenire una lite bensì come una «modalità di pagamento»⁹⁸⁴.

Punto di partenza delle varie opinioni di questo filone è, quindi, il risultato, giudicato insoddisfacente, che deriverebbe dal riconoscere al creditore il perdurante diritto di esigere il residuo da parte dei non transigenti: nonostante l'intervenuta transazione, il creditore risulterebbe non aver rinunciato ad alcunché e, per il gioco delle rivalse interne, ciascun debitore si troverebbe in definitiva a sopportare un peso pari alla propria quota originaria, restando ovviamente escluso che la parte di debito del non transigente possa subire variazioni *in peius* per effetto dell'accordo a cui egli non partecipa⁹⁸⁵.

A risultati particolarmente critici si perverebbe, secondo una parte della dottrina, in caso di transazione novativa⁹⁸⁶. In questo caso, se si ritiene che la transazione non produca effetti estintivi in favore dei condebitori estranei, il creditore potrebbe

⁹⁸¹ M. COSTANZA, *Obbligazioni solidali e transazione*, cit., pp. 30 s. (citazioni a p. 31).

⁹⁸² M. COSTANZA, *Obbligazioni solidali e transazione*, cit., pp. 32 s. (citazione a p. 33). Alcune riserve manifestano, sul punto, M. FRANZONI, *La transazione*, cit., p. 295, e G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione e solidarietà*, cit., p. 237, secondo la quale la pretesa risarcitoria postulerebbe l'assunzione, quantomeno in via implicita, da parte del creditore transigente di un obbligo di non agire per il residuo, ma sarebbe «difficile pensare che un'obbligazione di tale genere possa considerarsi implicita nella transazione».

⁹⁸³ M. COSTANZA, *Obbligazioni solidali e transazione*, cit., pp. 24 ss.; M. FRANZONI, *La transazione*, cit., p. 293; S. DELLA BELLA, *La transazione nelle obbligazioni solidali: una questione ancora aperta*, cit., p. 1064. Analogamente v. G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione e solidarietà*, cit., pp. 234 s.; EAD., *Transazione novativa e transazione pro quota: intorno ad alcuni recenti interventi*, cit., p. 1382.

⁹⁸⁴ Per questa puntualizzazione v. M. FRANZONI, *La transazione*, cit., p. 293 («la transazione diventerebbe una modalità di pagamento e non invece il contratto con il quale si supera una lite mediante reciproche concessioni»).

⁹⁸⁵ A. D'ADDA, *L'oggetto della transazione: il caso della transazione con il debitore solidale*, cit., pp. 310 s. In questo senso già G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione e solidarietà*, cit., pp. 234 s.; della stessa a. v. inoltre *Transazione novativa e transazione pro quota: intorno ad alcuni recenti interventi*, cit., p. 1382.

⁹⁸⁶ Su questo aspetto v. G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione e solidarietà*, cit., pp. 229 ss.; EAD., *Transazione novativa e transazione pro quota: intorno ad alcuni recenti interventi*, cit., p. 1383.

ingiustificatamente cumulare il pagamento dell'originaria obbligazione in solido con la diversa utilità riconosciutagli in base alla transazione – sia essa costituita, ad es., dall'attribuzione della proprietà di un bene, sia essa rappresentata dall'adempimento di una nuova obbligazione assunta con l'accordo transattivo.

Ciò ridonderebbe inoltre in un pregiudizio per il debitore transigente, il quale, una volta sopportato il sacrificio patrimoniale assunto con la transazione, resterebbe esposto alla pretesa di rivalsa degli altri coobbligati che pagassero l'originario debito al creditore.

Se poi il contenuto della transazione novativa consiste nella desistenza dalla pretesa creditoria a fronte del trasferimento di un diritto di proprietà su un bene, computare tale attribuzione patrimoniale in diminuzione del debito in solido contraddirebbe l'ipotizzata improduttività di effetti della transazione verso i condebitori estranei; e d'altro canto questa soluzione non potrebbe essere ammessa perché si creerebbe un'inammissibile disparità di regime giuridico con l'ipotesi in cui dalla transazione novativa nasca una nuova obbligazione. In quest'ultimo caso, infatti, sarebbe da escludere un effetto estintivo generale come conseguenza dell'adempimento della nuova obbligazione, perché questa è distinta dall'originaria obbligazione in solido e quindi l'adempimento della prima non potrebbe rilevare come adempimento anche della seconda.

Né sarebbero d'ostacolo le obiezioni fondate sulla inscindibilità degli effetti della transazione, vale a dire il rilievo per cui i condebitori estranei non potrebbero godere dei benefici derivanti dall'accordo se non assumendone contestualmente anche gli oneri, perché i vantaggi starebbero in rapporto di corrispettività con i sacrifici. Si replica che il rilievo non si accorderebbe con la disciplina dettata per la novazione (art. 1300 cod. civ.): qui il legislatore, ancorché fra l'estinzione dell'obbligazione e il sorgere della nuova in capo al debitore novante sussista un nesso di inscindibilità, cionondimeno ha ritenuto di disporre l'automatica liberazione degli altri obbligati, senza necessità di una loro manifestazione di volontà in tal senso⁹⁸⁷.

A ciò si aggiunge che l'inefficacia *ultra partes* disposta in via di regola dall'art. 1304 cod. civ. ben può essere intesa come limitata ai soli effetti diretti, onde non sarebbe preclusa la produzione di effetti riflessi nei confronti dei consorti che non abbiano dichiarato voler di profittare della transazione⁹⁸⁸.

Si dovrebbe quindi ritenere che i condebitori estranei ottengano, come effetto riflesso della transazione, una liberazione, a seconda dei casi parziale o integrale, nei confronti del creditore⁹⁸⁹.

Non si è mancato di precisare, peraltro, che una transazione a cui si accompagni il diritto di chiedere il residuo agli altri coobbligati potrebbe avere il significato, da un lato, di attribuire il vantaggio al debitore stipulante di versare non l'intero debito bensì soltanto una minor somma, a fronte della rinuncia a opporre contestazioni alla pretesa creditoria; dall'altro, di consentire al creditore di ottenere senza contestazioni una sia pur non integrale soddisfazione della sua pretesa, con assunzione, però, del rischio dell'insolvenza dei debitori estranei quanto al pagamento della somma residua che con

⁹⁸⁷ G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione e solidarietà*, cit., pp. 227 ss.

⁹⁸⁸ G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione e solidarietà*, cit., pp. 226, 238 ss.; EAD., *Transazione novativa e transazione pro quota: intorno ad alcuni recenti interventi*, cit., p. 1383.

⁹⁸⁹ Per questa conclusione, v. G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione e solidarietà*, cit., p. 240; EAD., *Transazione novativa e transazione pro quota: intorno ad alcuni recenti interventi*, pp. 1383 s. *Contra* C. D'ALESSANDRO, *La transazione del condebitore solidale*, cit., pp. 94 s., secondo cui la riduzione della pretesa creditoria difficilmente potrebbe essere considerata un'effetto riflesso, trattandosi di «un profilo causalmente qualificante della transazione».

la transazione rinuncia a esigere dal debitore stipulante. Ma l'ipotesi di un simile accordo è stata reputata «del tutto residuale»⁹⁹⁰, e per questa ragione si giudica poco verosimile che l'art. 1304 cod. civ. riguardi questo caso.

Alla transazione, si conclude, dovrà allora normalmente ricollegarsi una rilevanza anche in favore dei condebitori che non abbiano dichiarato di volerne profittare, rilevanza concretantesi nella preclusione per il creditore di esigere da loro il pagamento del residuo debito⁹⁹¹.

Ma i condebitori che non dichiarino di profittare della transazione rimarranno tenuti nei rapporti interni secondo la loro quota originaria, restando peraltro legittimati a invocare contro la pretesa in rivalsa del transigente le difese di cui quest'ultimo si è privato con la transazione⁹⁹²; solo in caso di dichiarazione di voler profittare della transazione le quote di regresso dovranno essere ricomputate alla stregua della somma pattuita nella transazione, con il risultato di far partecipare al beneficio derivante dall'accordo anche gli altri consorti, a fronte però della perdita delle difese che avrebbero potuto invocare in relazione all'originario rapporto.

Ragionando in quest'ottica, dunque, il ruolo della dichiarazione di voler profittare della transazione svolge un ruolo assai limitato nei rapporti esterni con il creditore, mentre acquista rilievo nei rapporti interni fra i consorti⁹⁹³.

In assenza di tale dichiarazione, i condebitori estranei resteranno tenuti in via di regresso per la loro quota originaria, cosicché della riduzione del debito per effetto della transazione beneficerà soltanto lo stipulante⁹⁹⁴. Se, ad es., due debitori sono tenuti in solido secondo quote eguali e la pretesa creditoria oggetto di contestazione ammonta a 100, qualora il creditore si accordi in via transattiva con un debitore per il pagamento di 70, il debitore transigente potrà agire verso l'estraneo per esigere da quest'ultimo 50, vale a dire la stessa somma su di lui gravante prima della transazione; soltanto il transigente, quindi, beneficerà della decurtazione da 100 a 70 della pretesa creditoria, sopportando in definitiva, una volta esercitato vittoriosamente il regresso, un esborso pari a 20.

Viceversa, la dichiarazione di voler profittare dell'accordo transattivo da parte di un consorte estraneo comporterà un ridimensionamento della sua quota nei rapporti interni, venendo così a ripartirsi il vantaggio derivante dalla riduzione del debito a seguito della transazione. Nell'esempio precedente, se il debitore estraneo dichiara di voler profittare della transazione, la sua quota interna si ridurrà da 50 a 35, onde il dichiarante verrà a sopportare nei rapporti interni lo stesso peso del debitore transigente.

Volendo sintetizzare le conclusioni a cui perviene questo filone interpretativo, si può dire che nei rapporti esterni la conseguenza della dichiarazione di voler profittare risulta in sostanza solo quella di privare il dichiarante delle difese che avrebbe potuto opporre

⁹⁹⁰ A. D'ADDA, *L'oggetto della transazione: il caso della transazione con il debitore solidale*, cit., p. 312.

⁹⁹¹ A. D'ADDA, *L'oggetto della transazione: il caso della transazione con il debitore solidale*, cit., p. 312.

⁹⁹² G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione e solidarietà*, cit., pp. 240 ss.; EAD., *Transazione novativa e transazione pro quota: intorno ad alcuni recenti interventi*, cit., p. 1384

⁹⁹³ Così infatti A. D'ADDA, *L'oggetto della transazione: il caso della transazione con il debitore solidale*, cit., pp. 313 s., da cui anche l'esempio numerico che segue.

⁹⁹⁴ Così anche G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione novativa e transazione pro quota: intorno ad alcuni recenti interventi*, cit., p. 1384 («I condebitori che non dichiarano di profittare, in definitiva, non godono effettivamente del vantaggio eventualmente conseguito dal debitore transigente, dato che nei rapporti interni sono comunque tenuti in base all'obbligazione originaria»).

in base al rapporto originario⁹⁹⁵, perché la riduzione del suo debito alla somma transatta si produce automaticamente, senza necessità di profittare della transazione. Dal lato esterno, quindi, la dichiarazione produce solo effetti negativi a carico dell'autore.

La dichiarazione di voler profittare arreca invece al consorte estraneo sia vantaggi sia sacrifici nei rapporti interni: alla dichiarazione consegue infatti, da un lato, il ricalcolo della sua quota alla stregua della minor somma dovuta in base alla transazione; dall'altro, la perdita delle difese basate sul rapporto originario nei confronti del consorte transigente che agisca in rivalsa.

Da questo modello si distanzia in parte la tesi avanzata da un'altra, recente impostazione dottrinale⁹⁹⁶.

Non si potrebbe condividere, secondo questa opinione, l'idea di un'automatica riduzione del debito dei consorti estranei che non abbiano profittato della transazione; tale decurtazione conseguirebbe solo alla dichiarazione di avvalersi dell'accordo transattivo.

Una liberazione che prescindesse dall'approfittamento da parte degli altri consorti non sarebbe accettabile, fra l'altro, perché implicherebbe un'inammissibile separazione degli effetti dell'accordo transattivo. I condebitori estranei, infatti, trarrebbero il vantaggio della decurtazione del loro vincolo verso il creditore senza sopportare i correlativi sacrifici previsti dal contratto⁹⁹⁷.

Nondimeno la semplice stipulazione dell'accordo, anche in mancanza di approfittamento, si risolverebbe in un vantaggio anche per i consorti estranei. Costoro potrebbero infatti opporsi alla richiesta di pagamento da parte del creditore o del debitore transigente in sede di regresso servendosi delle difese basate sul rapporto originario; per il caso di infondatezza di queste difese, tuttavia, essi potrebbero invocare come eccezione *in via subordinata* la transazione a cui sono rimasti estranei, onde ottenere una riduzione del loro debito al *quantum* pattuito in tale accordo.

In questa prospettiva, dunque, i condebitori non transigenti, purché facciano valere in via subordinata l'eccezione fondata sulla transazione, hanno la sicurezza di non essere condannati al pagamento di una somma maggiore rispetto a quella prevista nel contratto, senza per questo perdere la possibilità di far valere in via principale altre eccezioni relative all'originario rapporto, eventualmente idonee a paralizzare del tutto la pretesa attorea o a ridurla a un importo ancora inferiore a quello previsto nella transazione.

Così tratteggiato il quadro delle opinioni dottrinali sul tema, sembra che l'improduttività di effetti *ultra partes* della transazione in mancanza di approfittamento debba essere intesa secondo la concezione più rigorosa.

Contro l'idea di una liberazione automatica anche a beneficio dei non dichiaranti è stato correttamente evidenziato che essa contraddirebbe al carattere inscindibile dell'accordo transattivo, fondato sulla reciprocità di vantaggi e sacrifici per entrambe le parti⁹⁹⁸. Ottenendo in ogni caso la liberazione dal proprio vincolo, i consorti estranei godrebbero dei benefici della transazione senza subirne i pregiudizi. D'altro lato, il

⁹⁹⁵ Fintanto che non dichiarano di profittare della transazione, i consorti estranei conservano, sia verso il creditore sia verso il condebitore transigente, le difese relative al rapporto originario: cfr. G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione novativa e transazione pro quota: intorno ad alcuni recenti interventi*, cit., p. 1384.

⁹⁹⁶ Cfr. C. D'ALESSANDRO, *La transazione del condebitore solidale*, cit., spec. pp. 40 ss., 58 ss.

⁹⁹⁷ C. D'ALESSANDRO, *La transazione del condebitore solidale*, cit., p. 95

⁹⁹⁸ Si veda, per questo rilievo, la dottrina citata *supra*, in questo paragrafo.

creditore verrebbe considerevolmente penalizzato: egli infatti non trarrebbe alcun vantaggio a fronte della perdita parziale o totale del proprio diritto verso gli altri obbligati, i quali restano sempre legittimati a invocare tutte le difese loro originariamente spettanti.

Una cancellazione automatica del vincolo dei non transigenti è anche difficilmente conciliabile con il tenore dell'art. 1304 cod. civ.: l'efficacia dell'accordo per i debitori che non vi hanno partecipato è chiaramente subordinata al loro approfittamento, mentre se il legislatore avesse avuto in mente una riduzione *ope legis* del loro obbligo in conseguenza della mera stipulazione di una transazione da parte di un altro consorte avrebbe verosimilmente optato per una diversa formulazione, più vicina a quella accolta, ad esempio, per la remissione o la novazione, in relazione alle quali è sancita senz'altro la liberazione anche dei debitori non direttamente coinvolti dall'atto.

Né l'obiezione legata all'inscindibilità della transazione appare superabile invocando la disciplina relativa alla novazione (art. 1300 cod. civ.). Si è rilevato che sebbene l'estinzione dell'obbligazione e il sorgere della nuova si pongano in relazione di inscindibilità, il legislatore non avrebbe ritenuto che tale elemento impedisse un'automatica liberazione degli obbligati estranei alla novazione. L'inscindibilità non sarebbe quindi un limite invalicabile e potrebbe dunque passare in secondo piano anche in relazione alla transazione.

Senonché l'efficacia estintiva generale della novazione si giustifica verosimilmente in prospettiva storica in base al parallelo, di cui è traccia nella dottrina di POTHIER, fra novazione e pagamento: alla prima così come al secondo andrebbe riconosciuta efficacia oggettiva, ancorché si tratti di novazione conclusa da uno solo dei debitori⁹⁹⁹.

E d'altra parte con la novazione il creditore si accorda per sostituire l'originaria obbligazione con una nuova, senza la necessità di fare una «concessione»: non vi è quindi un *aliquid datum* a suo carico.

Solo apparenti, poi, sono le conseguenze contraddittorie imputate alla concezione più rigorosa dell'inefficacia della transazione per i condebitori che non ne approfittano.

La transazione non diviene infatti necessariamente priva di senso anche se si esclude la liberazione nei rapporti esterni di tutti i coobbligati. Non è infatti sicuro che il creditore riesca a ottenere la piena soddisfazione della propria pretesa agendo, in via esclusiva o solo per il residuo, verso i non transigenti. Questa circostanza è data per scontata quando si paventa l'inutilità dell'accordo transattivo, ma ben potrebbe accadere che il creditore veda rigettata, in tutto o in parte, la propria pretesa, onde non vi sarà regresso contro il debitore che ha stipulato la transazione, o vi sarà solo per una parte inferiore alla sua originaria quota.

Inoltre, la transazione procura pur sempre al debitore che la conclude la certezza di non dover anticipare il pagamento dell'intero debito, potendo limitarsi a sborsare una somma di regola minore, essendo così in tutto o in parte sollevato dal rischio di non recuperare in via di regresso il *quantum* versato in più rispetto alla propria quota.

⁹⁹⁹ V. infatti in questo senso le considerazioni di R.-J. POTHIER, *Trattato delle obbligazioni secondo le regole tanto del foro della coscienza quanto del foro esteriore*, trad. it. F. Foramiti, t. III, Venezia, 1834, num. 563, pp. 111 s.: «L'effetto della transazione è che il primo debito rimane estinto nella stessa maniera che lo sarebbe in forza del pagamento reale. Se uno di più condebitori solidarii contrae da per sé solo una nuova obbligazione verso il creditore per fare novazione del primo debito, rimanendo questo estinto mediante la novazione come in forza del pagamento reale, tutti gli altri condebitori solidarii sono al pari di lui liberati».

Ma anche altri due aspetti, che verranno analizzati meglio più avanti, non possono essere trascurati.

Il primo concerne la possibilità di ammettere un diritto di rivalsa del debitore transigente nei confronti del creditore. Il secondo attiene alla legittimazione dello stesso transigente a invocare contro la pretesa in regresso di un altro condebitore proprio l'accordo stipulato con il creditore.

Agli stessi rilievi critici si espone anche la recente ricostruzione dottrinale che riconosce al condebitore estremo il diritto di far valere la transazione come eccezione subordinata al mancato accoglimento delle difese prospettate in relazione al rapporto originario.

Questa tesi perviene, quanto ai rapporti esterni fra non transigente e creditore, a un risultato sostanzialmente identico alla teoria dell'automatica liberazione dei consorti estranei, giungendo a riconoscere anche a coloro che non vi hanno partecipato i benefici dell'accordo slegati dai correlativi sacrifici.

Deve aggiungersi inoltre che la volontà di avvalersi delle difese relative alla situazione originaria e quella di profittare della transazione sono incompatibili. Si può discutere se il debitore che approfitta della transazione diventi propriamente parte del contratto stesso, ma non sembra di potersi dubitare che una volta manifestata la volontà di estendere il regolamento transattivo anche al proprio rapporto egli si preclude la possibilità di valersi delle difese ormai superate dalla transazione stessa; e per converso appare evidente che nella dichiarazione di avvalersi dell'accordo solo subordinatamente all'infondatezza delle difese basate sulla situazione originaria non si può rintracciare, in realtà, un'effettiva volontà di profittare della transazione, la quale implica una rinuncia alle difese relative al rapporto oggetto della transazione stessa.

Anche questa tesi non merita quindi adesione e non induce ad allontanarsi dalla accezione più rigorosa dell'inefficacia dell'accordo transattivo per i condebitori che non abbiano dichiarato di volerne profittare.

11. La transazione parziale. Configurabilità ed effetti

Secondo l'opinione maggioritaria, la transazione con un condebitore potrebbe avere ad oggetto anche la sola quota di pertinenza del transigente¹⁰⁰⁰.

¹⁰⁰⁰ R. CORRADO, *Transazione e obbligazione solidale*, nota ad App. Roma 16 luglio 1948, in *Riv. dir. comm.*, 1950, II, pp. 47 ss., secondo il quale «La transazione allora sembra dover essere interpretata come importante una rimessione limitatamente alla parte del debito a carico dell'altro contraente dietro corrispettivo della dazione di una certa somma. La conclusione che, riguardo a tale accordo, debba trovare applicazione l'art. 1281 cod. civ. 1865 (art. 1301 cod. civ. vigente) sembra logica»; D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit., spec. pp. 278 ss.; G. AMORTH, *Transazione di obbligazione solidale e regresso contro il condebitore che non vi ha partecipato*, cit., c. 1609, secondo cui «posto che il creditore ha il potere, ma non il dovere, di chiedere a ciascuno dei debitori solidali l'adempimento della intera prestazione considerata nella obbligazione solidale ne deriva la pacifica illazione che il creditore può anche non avvalersi della solidarietà (che è prevista nel suo esclusivo interesse) e chiedere *unicuique suum*. Il potere di chiedere al debitore solo la sua quota consente anche il potere di transigere in tali limiti», nonché ID., *Transazione pro quota di obbligazione solidale*, nota a Trib. Milano, 20 giugno 1952, in *Temi*, 1953, pp. 59 s., e ID., *L'obbligazione solidale*, cit., p. 205; E. VALSECCHI, *Il giuoco e la scommessa. La transazione*², cit., p. 367; M. GIORGIANNI, voce *Obbligazione solidale e parziaria*, cit., p. 683; E. COLAGROSSO, *Il libro delle obbligazioni (parte generale)*, Milano, 1943, sub art. 1304, p. 206; ID., *Teoria delle obbligazioni e dei contratti*, Roma, 1946, p. 98; M. COSTANZA, *Obbligazioni solidali e transazione*, cit., p. 22; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, cit., pp. 740 s.; C.M. MAZZONI, *Le*

Tale ipotesi, sempre a parere della dottrina dominante, si collocherebbe al di fuori dell'ambito applicativo dell'art. 1304 cod. civ.¹⁰⁰¹.

obbligazioni solidali e indivisibili, cit., pp. 758 s.; E. DEL PRATO, voce *Transazione*, cit., p. 833 (per il quale «La struttura dell'obbligazione solidale fa sì che una transazione parziale possa configurarsi solo là dove il vincolo sia scindibile e le questioni controverse riguardino il titolo della posizione giuridica del consorte transigente: sicché sarà costantemente novativa»), nonché ID., *Sulla transazione del debitore in solido*, in *Riv. dir. priv.*, 2009, pp. 58 ss.; A. ARLOTTA, *Considerazioni in tema di transazione pro quota di obbligazione solidale*, nota a Trib. Crotone, 27 novembre 2001, n. 695, in *Dir. e giur.*, 2001, p. 261; G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione e solidarietà*, cit., pp. 263 ss.; EAD., *Transazione novativa e transazione pro quota: intorno ad alcuni recenti interventi*, cit., pp. 1363 ss.; EAD., *Transazione e condebito: sulla possibilità di impedire ai condebitori non transigenti di profittare del contratto*, cit., p. 627; A. D'ADDA, *L'oggetto della transazione: il caso della transazione con il debitore solidale*, cit., pp. 317 ss., anch'egli sottolineando il parallelismo tra richiesta di una prestazione parziale, la cui ammissibilità è implicita nel potere si esigere l'intero, e transazione parziale (*op. cit.*, p. 323); R. PARTISANI, *La dichiarazione di voler profittare della transazione e la delibera assembleare sull'azione sociale di responsabilità*, nota a Cass. 24 aprile 2007, n. 9901, in *La resp. civ.*, 2008, p. 48; A. GENTILI, *Solidarietà e transazione secondo l'art. 1304 c.c.*, cit., p. 311; C. D'ALESSANDRO, *La transazione del condebitore solidale*, cit., pp. 117 ss.

In giurisprudenza, v. App. Roma 16 luglio 1948, in *Riv. dir. comm.*, 1950, II, p. 45, con nota di R. CORRADO, *Transazione e obbligazione solidale*; Trib. Milano, 20 giugno 1952, in *Temi*, 1953, p. 59, con nota di G. AMORTH, *Transazione pro quota di obbligazione solidale*; App. Genova 16 dicembre 1955, in *Foro pad.*, 1956, II, p. 23, num. 89 (s.m.); Cass. 6 novembre 1971, n. 3140, in *Foro it., Rep.*, 1971, voce *Obbligazioni in genere*, num. 101; Cass. 29 agosto 1990, n. 8957, in *Foro it., Rep.*, 1990, voce *cit.*, num. 39; Cass. 5 luglio 1991, n. 7413, in *Foro it., Rep.*, 1991, voce *cit.*, num. 50; Cass. 19 dicembre 1991, n. 13701, in *Corr. giur.*, 1992, p. 425, con nota di P. SCHLESINGER, *Effetti della transazione operata da uno dei condebitori in solido*; Trib. Roma 20 aprile 1999, e App. Roma 26 febbraio 2003, entrambe in *Foro pad.*, 2003, I, c. 183; Cass. 27 marzo 1999, n. 2931, in *Foro it., Rep.*, 1999, voce *Obbligazioni in genere*, num. 66; Cass. 3 luglio 2001, n. 8991, in *Foro it., Rep.*, 2001, voce *cit.*, num. 58; Cass. 5 luglio 2001, n. 9071, in *Resp. civ. prev.*, 2002, p. 1055, con nota di S. DELLA BELLA, *La transazione nelle obbligazioni solidali: una questione ancora aperta*; Cass. 15 maggio 2003, n. 7548, nella motivazione letta nella banca dati *DeJure*; Cass. 18 aprile 2006, n. 8946, in *Contratti*, 2007, p. 10, con nota di E. VAGLIO, *Transazione e obbligazione solidale*; Cass. 21 aprile 2006, n. 9369, in *Foro it., Rep.*, 2006, voce *Obbligazioni in genere*, num. 71; Cass. 27 marzo 2007, n. 7485, in *Giust. civ.*, 2008, I, p. 1780; Cass. 17 gennaio 2008, n. 868, in *Dir. e giust.*, 2007; Trib. S. Maria Capua Vetere, 20 febbraio 2009, in *Banca, borsa, tit. cred.*, II, p. 317, con nota di E. GIORGIANTONIO, *Transazione con amministratori e sindaci e responsabilità del direttore generale di fatto di una banca*; Cass. 22 giugno 2009, n. 14550, in *Foro it., Rep.*, 2009, voce *Obbligazioni in genere*, num. 70; Cass. 8 luglio 2009, n. 16050, in *Società*, 2010, p. 407, con nota di S. CASSANI, *La quantificazione del risarcimento nell'azione di responsabilità contro gli amministratori*; Cass. 30 novembre 2011, n. 25553, in *Foro it., Rep.*, 2011, voce *Obbligazioni in genere*, n. 72; Trib. Roma 21 luglio 2011, in *Giur. it.*, 2012, p. 821, con nota di P. VALORE, *Obbligazioni solidali e transazione*; Cass., sez. un., 30 dicembre 2011, n. 30174, cit.; Cass. 24 gennaio 2012, n. 947 (in *Foro it.*, 2012, I, c. 1477, con nota di richiami; in *Giust. civ.*, 2012, I, p. 629, con nota di richiami; in *Resp. civ. e prev.*, 2012, p. 1189, con nota di A. DE MAURO, *Obbligazioni solidali, transazione. Parentetiche e quaestio voluntatis*).

¹⁰⁰¹ D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit., pp. 272, 278; M. GIORGIANNI, voce *Obbligazione solidale e parziaria*, cit., p. 683; G. AMORTH, *Transazione di obbligazione solidale e regresso contro il condebitore che non vi ha partecipato*, cit., c. 1610; M. COSTANZA, *Obbligazioni solidali e transazione*, cit., p. 22; C.M. MAZZONI, *Le obbligazioni solidali e indivisibili*, cit., p. 759; A. ARLOTTA, *Considerazioni in tema di transazione pro quota di obbligazione solidale*, cit., p. 261; G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione e solidarietà*, cit., pp. 273 s.; EAD., *Transazione e condebito: sulla possibilità di impedire ai condebitori non transigenti di profittare del contratto*, cit., p. 627; A. D'ADDA, *L'oggetto della transazione: il caso della transazione con il debitore solidale*, cit., pp. 317 ss.; R. PARTISANI, *La dichiarazione di voler profittare della transazione e la delibera assembleare sull'azione sociale di responsabilità*, cit., p. 48; E. DEL PRATO, *Sulla transazione del debitore in solido*, cit., spec. le tesi conclusive a p. 64; A. GENTILI, *Solidarietà e transazione secondo l'art. 1304 c.c.*, cit., p. 311.

Secondo un orientamento minoritario, invece, la configurabilità di una transazione sulla quota sarebbe da escludere. In questo senso si argomenta che «la lite investe l'obbligazione sempre nella sua interezza, anche quando la pretesa, per lo meno nell'intendimento di colui che la formula, è parziale»¹⁰⁰². Si osserva¹⁰⁰³ inoltre che non vi sarebbe spazio per una transazione sulla quota, essendo concepibile soltanto un'alternativa fra transazione che esaurisce la pretesa creditoria, con esclusione quindi di qualunque pretesa verso i consorti estranei, e transazione nella quale il creditore, pur rinunciando a ulteriori pretese verso il condebitore stipulante, non dismette il proprio diritto sulla residua somma nei confronti dei consorti estranei; l'art. 1304 cod. civ., con conseguente possibilità per i debitori non transigenti di profittare dell'accordo, si applicherebbe alla prima figura ma non alla seconda, perché in questo caso l'accordo non comporta alcuna rinuncia del creditore a esigere il residuo e dunque non ammetterebbe una dichiarazione di voler profittare della transazione da parte degli altri debitori; non sarebbe corretto porre a fondamento della distinzione l'«oggetto della transazione»¹⁰⁰⁴, differenziando a seconda che l'accordo riguardi l'intero debito o soltanto la quota del transigente, ma si dovrebbe avere riguardo solo alla circostanza che il creditore abbia o no rinunciato al suo diritto sulla residua somma verso gli altri¹⁰⁰⁵;

In giurisprudenza, Cass. 6 novembre 1971, n. 3140, cit.; Cass. 29 agosto 1990, n. 8957, cit.; Cass. 5 luglio 1991, n. 7413, cit.; Cass. 19 dicembre 1991, n. 13701, cit.; Trib. Roma 20 aprile 1999, e App. Roma 26 febbraio 2003, cit.; Cass. 27 marzo 1999, n. 2931, cit.; Cass. 3 luglio 2001, n. 8991, cit.; Cass. 5 luglio 2001, n. 9071, cit.; Cass. 15 maggio 2003, n. 7548, nella motivazione letta nella banca dati *DeJure*; Cass. 18 aprile 2006, n. 8946, cit.; Cass. 21 aprile 2006, n. 9369, cit.; Cass. 27 marzo 2007, n. 7485, cit.; Cass. 17 gennaio 2008, n. 868, cit.; Trib. S. Maria Capua Vetere, 20 febbraio 2009, cit.; Cass. 22 giugno 2009, n. 14550, cit.; Cass. 8 luglio 2009, n. 16050, cit.; Cass. 30 novembre 2011, n. 25553, cit.; Trib. Roma 21 luglio 2011, cit.; Cass., sez. un., 30 dicembre 2011, n. 30174, cit.; in sostanza anche App. Genova 16 dicembre 1955, cit. («Il negozio solutorio o la transazione intervenuti fra un debitore solidale ed il creditore possono essere opposti dagli altri condebitori solidali quando riguardino l'intero debito considerato *in solidum* e non quando abbiano avuto per oggetto la sola quota del debitore solvente o transigente. Rimane, in questa ultima ipotesi, impregiudicato il diritto del creditore verso gli altri condebitori in solido, per l'importo delle quote rimaste insolute»).

Contra, G. GITTI, *La transazione*, cit., nt. 360, p. 217, e ID., *L'oggetto della transazione*, cit., nt. 64, p. 368, secondo cui, specialmente in ossequio al «principio di relatività contrattuale», l'effetto estintivo *pro quota* in favore dei consorti non transigenti richiede che venga manifestata l'intenzione di profittare della transazione, onde l'art. 1304 cod. civ. si applicherebbe anche alla transazione parziale.

¹⁰⁰² F. CARRESI, *La transazione*², cit., num. 94, p. 185, nt. 3.

¹⁰⁰³ P. SCHLESINGER, *Effetti della transazione operata da uno dei condebitori in solido*, nota a Cass. 19 dicembre 1991, n. 13701, in *Corr. giur.*, 1992, pp. 426 s.

¹⁰⁰⁴ P. SCHLESINGER, *Effetti della transazione operata da uno dei condebitori in solido*, cit., p. 427 (corsivo nel testo).

¹⁰⁰⁵ In senso critico si esprime E. DEL PRATO, *Sulla transazione del debitore in solido*, p. 57; secondo questo a. non si potrebbe parlare di transazione quando il creditore, ottenendo da un condebitore un pagamento inferiore alla somma pretesa, rinunci ad agire contro il *solvens* per il residuo debito solidale ma senza abdicare al proprio diritto a ottenere le somme residue dagli altri consorti: in tal caso, si afferma, «la lite rimane sullo sfondo», onde non si tratta di transazione ma di remissione parziale (per l'importo che il creditore rinuncia a chiedere al *solvens* e si riserva di esigere dagli altri), soggetta all'art. 1301 cod. civ., norma che, a differenza dell'art. 1304 cod. civ., riconosce al creditore la possibilità di riservarsi il proprio diritto contro gli altri obbligati.

In realtà, se si ricostruisce la fattispecie intorno a una remissione parziale, il richiamo all'art. 1301 cod. civ., con connessa efficacia estintiva generale, seppur limitata, non appare congruo. Infatti la rinuncia del creditore ad agire per il supero è esclusivamente circoscritta al debitore *solvens*, non dispiegando alcuna efficacia in favore degli altri condebitori, i quali beneficiano soltanto delle conseguenze del pagamento parziale eseguito dal primo debitore. Si tratterebbe quindi di una remissione con efficacia meramente

nel dubbio, peraltro, la rinuncia andrà esclusa, non potendo, in ossequio al noto principio, essere presunta. Il riferimento all'oggetto dell'accordo (quota del debitore pacisciente o intero debito solidale) contrasterebbe con la considerazione per cui il creditore, nello stipulare la transazione, non si interesserebbe all'ammontare della quota del transigente, trattandosi di «misura a lui inopponibile» a fronte del suo diritto di esigere l'integrale pagamento da qualsiasi debitore. La porzione di spettanza di ciascun obbligato costituirebbe «un dato indifferente per il creditore ed a lui spesso neppure noto»¹⁰⁰⁶. In caso di mancata rinuncia del creditore al residuo, si precisa, non è precluso al debitore transigente che abbia pagato oltre la propria quota di rivolgersi in regresso contro i consorti, così come, all'opposto, costoro restano legittimati a convenire il primo in rivalsa qualora effettuino un pagamento al creditore e il transigente avesse pagato un importo minore alla quota su di lui gravante.

Per i sostenitori dell'ammissibilità della transazione *pro quota*, a questa conseguirebbe l'estinzione del vincolo dei debitori estranei per la parte corrispondente alla quota del condebitore transigente¹⁰⁰⁷; una tesi, però, distanziandosi dalla opinione

particolare, la stessa figura che parte della dottrina inquadra nello schema del *pactum de non petendo* (*in personam*), oppure di una remissione della solidarietà ai sensi dell'art. 1311 cod. civ.

Ma di là da queste considerazioni, non vi è alcuna difficoltà a qualificare la fattispecie in esame come transazione. Ben può accadere, infatti, che il creditore faccia valere una pretesa per un certo ammontare e, a fronte delle contestazioni sull'*an* o sul *quantum* da parte del debitore, si accordi in via transattiva per un pagamento, non più oggetto di contestazione, di una somma minore, pervenendosi in tal modo al superamento della lite; per un chiaro esempio in tal senso v. F. SANTORO PASSARELLI, *La transazione*², cit., p. 213: «il creditore consente di ridurre transattivamente a 50 la pretesa contestata di 100, proprio perché, per effetto del medesimo negozio, il debitore è vincolato alla misura concordata del debito; reciprocamente il debitore acconsente alla fissazione del proprio debito di 50, in quanto, a sua volta, per effetto della transazione, il creditore non avrà più titolo ad esigere una somma maggiore. [...] di fronte al <riconoscimento> del debitore di dovere 50, il creditore non è più libero di continuare a discutere per le altre 50; reciprocamente il debitore, di fronte alla riduzione della pretesa in misura di 50, non può più contestare l'intero debito o asserire di dovere meno».

¹⁰⁰⁶ P. SCHLESINGER, *Effetti della transazione operata da uno dei condebitori in solido*, cit., p. 426. *Contra* G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione e solidarietà*, cit., p. 264, argomentando dal rilievo attribuito alla quota dagli artt. 1300 e 1301 cod. civ. in tema di novazione e di remissione.

¹⁰⁰⁷ E. COLAGROSSO, *Il libro delle obbligazioni (parte generale)*, Milano, 1943, sub art. 1304, p. 206, aderendo alla tesi, propugnata da GIORGI sotto il codice previgente, secondo cui in questo caso i condebitori estranei potrebbero invocare la transazione solo limitatamente alla quota del transigente, quota che dovrebbe essere inoltre portata in deduzione dal loro vincolo; v. altresì ID., *Teoria delle obbligazioni e dei contratti*, Roma, 1946, p. 98; R. CORRADO, *Transazione e obbligazione solidale*, cit., pp. 48 s., ritenendo applicabile la norma in tema di remissione (art. 1301 cod. civ.), e sostenendo che l'effetto estintivo si produce per un ammontare corrispondente alla quota effettivamente gravante sul transigente («l'entità del debito è per legge ridotta del suo [*scil.*: della quota del pacisciente] ammontare»: *op. cit.*, p. 49, ove l'a. fa riferimento a questa decurtazione a scapito del creditore come a «una conseguenza della aleatorietà inerente alla transazione sulla quota di debito gravante su uno dei coobbligati solidali»); D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit., p. 279 (in tal caso si tratta di un effetto senz'altro vantaggioso per i condebitori, onde non ricorre l'esigenza di riservare loro la decisione di profittare o no della transazione); E. VALSECCHI, *Il giuoco e la scommessa. La transazione*², cit., p. 367 (sul rilievo per cui i terzi non potrebbero né risentire un danno né ricevere un vantaggio in forza dell'accordo); C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, cit., p. 740, il quale sottolinea che «Qui non si tratta di far valere l'accordo transattivo da parte di chi ne è estraneo bensì di opporre l'estinzione totale o parziale del debito afferente al condebitore transigente» (*ivi*, nt. 143); E. DEL PRATO, voce *Transazione*, cit., p. 833.

Nella prospettiva per cui alla transazione novativa sarebbe applicabile l'art. 1300, 1° co., cod. civ., si afferma che la transazione *pro quota* produrrebbe sostanzialmente i medesimi effetti tanto se non novativa quanto se novativa, essendo in particolare l'effetto estintivo parziale *ultra partes* previsto anche dalla norma (art. 1300, 1° co., cod. civ.) in tema di novazione (cfr. D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit.,

maggioritaria che ritiene sottratta tale transazione all'ambito applicativo dell'art. 1304 cod. civ., subordina l'effetto estintivo *pro quota* in favore dei non transigenti alla loro volontà di profittare dell'accordo, in aderenza al «principio di relatività dei contratti»¹⁰⁰⁸.

L'effetto estintivo *ultra partes* – in caso di transazione propriamente parziale – non potrebbe essere impedito da una dichiarazione di riserva del creditore¹⁰⁰⁹.

Parte della dottrina ritiene che la transazione sulla quota comporti il venir meno del legame solidale tra il debitore pacisciente e gli altri consorti¹⁰¹⁰.

In un ordine di idee analogo, si ipotizza un vero e proprio «distacco» della quota del transigente rispetto al vincolo solidale, in cui l'obbligazione in capo al debitore stipulante verrebbe «resa effettivamente parziaria», e non una mera rinuncia alla solidarietà ai sensi dell'art. 1311¹⁰¹¹. In questa ricostruzione sembra implicito il corollario, che tuttavia non viene espressamente affermato, per cui il debitore pacisciente non sarebbe più onerato del peso di eventuali insolvenze che si verificassero nel gruppo dei condebitori rimasti obbligati in solido. E l'idea dello scioglimento del vincolo della solidarietà è poi frequentemente affermata dalla giurisprudenza¹⁰¹².

Si è però correttamente obiettato che nella disciplina della solidarietà non vi sono riscontri circa un vero e proprio scioglimento del vincolo solidale fra il transigente e gli altri debitori a seguito di una transazione *pro quota* (novativa o no); anche nella stessa ipotesi di novazione *pro quota* non potrebbe parlarsi di estinzione della solidarietà per il debitore novante¹⁰¹³. Un vero e proprio scioglimento del vincolo solidale o dovrebbe

pp. 278 s.); si sottolinea inoltre che in ambedue le ipotesi «la transazione parziale pone sempre fine alla solidarietà fra lo stipulante e gli altri consorti» (*op. cit.*, p. 280).

¹⁰⁰⁸ G. GITTI, *La transazione*, cit., nt. 360, p. 217, nonché ID., *L'oggetto della transazione*, cit., nt. 64, p. 368.

¹⁰⁰⁹ D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit., pp. 279 s. (conclude per la nullità di una clausola contenente una tale riserva); G. AMORTH, *Transazione pro quota di obbligazione solidale*, cit., p. 63, secondo cui l'effetto liberatorio parziale in favore dei non transigenti avrebbe carattere «costante e automatico», che non potrebbe essere escluso a pena di «distruggere l'esistenza stessa del negozio transattivo».

¹⁰¹⁰ D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit., p. 280, secondo cui tale conseguenza scaturirebbe tanto da una transazione novativa quanto da una transazione non novativa, precisandosi che «anche quando la transazione non è novativa, l'obbligazione non solo si divide, ma cessa a tutti gli effetti di essere solidale, sia nei rapporti esterni che in quelli interni»).

¹⁰¹¹ A. D'ADDA, *L'oggetto della transazione: il caso della transazione con il debitore solidale*, cit., pp. 324 ss. (citazioni rispettivamente a p. 325 e 324).

¹⁰¹² Per il riferimento allo «scioglimento del vincolo solidale» tra il condebitore pacisciente e gli altri obbligati, cfr., in giurisprudenza, Cass. 6 novembre 1971, n. 3140, cit.; Cass. 29 agosto 1990, n. 8957, cit.; Cass. 19 dicembre 1991, n. 13701, cit.; Cass. 27 marzo 1999, n. 2931, cit.; Cass. 18 aprile 2006, n. 8946, cit.; Trib. S. Maria Capua Vetere, 20 febbraio 2009, cit.; Cass. 27 marzo 2007, n. 7485, in *Giust. civ.*, 2008, I, p. 1780; Cass. 17 gennaio 2008, n. 868, cit.; Cass. 22 giugno 2009, n. 14550, cit.; Cass. 8 luglio 2009, n. 16050, cit.; Trib. Milano 10 febbraio 2010 (in *Giur. comm.*, 2011, II, p. 1178, con nota di M. BODELLINI, *Ancora sui criteri di accertamento e di valutazione della condotta degli amministratori*; e in *Giur. it.*, 2010, p. 2555, con nota di E. DESANA); Cass. 3 marzo 2011, n. 5108 (nella motivazione letta nella banca dati *DeJure*); Cass. 30 novembre 2011, n. 25553, cit.; Trib. Roma 21 luglio 2011, cit.; Cass., sez. un., 30 dicembre 2011, n. 30174, cit.; Cass. 24 gennaio 2012, n. 947, cit. In senso adesivo, v. A. ARLOTTA, *Considerazioni in tema di transazione pro quota di obbligazione solidale*, cit., pp. 264 s.

¹⁰¹³ G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione e solidarietà*, cit., p. 271; EAD., *Transazione e condebito: sulla possibilità di impedire ai condebitori non transigenti di profittare del contratto*, cit., pp. 627 s. Anche secondo G. GITTI, *La transazione*, cit., nt. 360, p. 217, e ID., *L'oggetto della transazione*, cit., nt. 64, p. 368: «l'affermazione dello scioglimento del vincolo solidale per effetto della transazione *pro quota*, stipulata da uno dei consorti con la controparte, non solo non trova riscontro in alcuna norma di legge, ma non risponde nemmeno ai principi generali in materia di solidarietà o di contratti».

riguardare tutti i coobbligati oppure, se circoscritto a uno o alcuni di essi, richiederebbe il consenso anche degli altri¹⁰¹⁴.

Un altro filone sembra invece ricollegare conseguenze meno intense rispetto a un vero e proprio «distacco» della porzione del debitore interessato quella parte della dottrina¹⁰¹⁵ secondo cui la transazione *pro quota* implicherebbe necessariamente la rinuncia alla solidarietà (seppur intesa in senso non identico a quanto previsto dall'art. 1311 cod. civ.¹⁰¹⁶) da parte del creditore verso il transigente. Si sottolinea fra l'altro – a differenza di quanto parrebbe di doversi ammettere ragionando nell'ottica di un vero e proprio «distacco» della quota del transigente dal vincolo solidale – che la transazione parziale lascerebbe il debitore stipulante tenuto nei rapporti interni in caso di eventuale insolvenza di un altro consorte¹⁰¹⁷.

Ma la soluzione che appare più persuasiva è quella secondo cui la transazione *pro quota* implicherebbe necessariamente una rinuncia alla solidarietà ai sensi dell'art. 1311 cod. civ. nei confronti del debitore transigente. Il creditore infatti rinuncerebbe alla possibilità di chiedere al debitore stipulante la parte del credito che supera la quota di pertinenza¹⁰¹⁸.

Si nega correttamente che la transazione *pro quota* (novativa o no) produca un vero e proprio scioglimento del vincolo solidale fra il transigente e gli altri debitori, mancando qualsiasi conferma a questa conclusione nella disciplina della solidarietà; anche nella stessa ipotesi di novazione *pro quota* non potrebbe parlarsi di estinzione della solidarietà per il debitore novante¹⁰¹⁹. Un vero e proprio scioglimento del vincolo solidale dovrebbe o riguardare tutti i coobbligati oppure, se circoscritto a uno o alcuni di essi, richiederebbe il consenso anche degli altri¹⁰²⁰.

Piuttosto, nella transazione parziale deve considerarsi insita una rinuncia alla solidarietà *ex art.* 1311 cod. civ. verso il condebitore stipulante, alla quale non consegue

¹⁰¹⁴ G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione e condebito: sulla possibilità di impedire ai condebitori non transigenti di profittare del contratto*, cit., p. 628. Ritieni G. GITTI, *La transazione*, cit., nt. 360, p. 217, e ID., *L'oggetto della transazione*, cit., nt. 64, p. 368 che «il consorte transigente è liberato, per effetto del contratto, dai soli obblighi nei confronti del creditore, ma la transazione non lo rende immune dalle pretese degli altri consorti, che in sede di regresso potrebbero contestargli, per ipotesi, la definizione pattuita transattivamente con il creditore, della sua quota».

¹⁰¹⁵ Si richiama anzitutto l'opinione di G. AMORTH, *Transazione pro quota di obbligazione solidale*, cit., p. 61.

¹⁰¹⁶ G. AMORTH, *Transazione pro quota di obbligazione solidale*, cit., p. 61, nt. 6 (che invece in *Transazione di obbligazione solidale e regresso contro il condebitore che non vi ha partecipato*, cit., c. 1610, richiama l'art. 1311 cod. civ. senz'altra puntualizzazione); S. DELLA BELLA, *La transazione nelle obbligazioni solidali: una questione ancora aperta*, nota a Cass. 5 luglio 2001, n. 9071, in *Resp. civ. prev.*, 2002, p. 1070 (per la transazione non novativa); R. PARTISANI, *La dichiarazione di voler profittare della transazione e la delibera assembleare sull'azione sociale di responsabilità*, cit., p. 48, che fa riferimento al contempo a un effetto novativo e alla rinuncia alla solidarietà.

¹⁰¹⁷ G. AMORTH, *Transazione pro quota di obbligazione solidale*, cit., p. 63

¹⁰¹⁸ G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione e solidarietà*, cit., pp. 272 s.; v. anche, della stessa a., *Transazione novativa e transazione pro quota: intorno ad alcuni recenti interventi*, cit., p. 1364, e *Transazione e condebito: sulla possibilità di impedire ai condebitori non transigenti di profittare del contratto*, cit., pp. 627 s.

¹⁰¹⁹ G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione e solidarietà*, cit., p. 271; EAD., *Transazione e condebito: sulla possibilità di impedire ai condebitori non transigenti di profittare del contratto*, cit., pp. 627 s.

¹⁰²⁰ G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione e condebito: sulla possibilità di impedire ai condebitori non transigenti di profittare del contratto*, cit., p. 628.

lo scioglimento del vincolo solidale con gli altri consorti¹⁰²¹. Una rilevante implicazione è che il debitore transigente supporterà nei rapporti interni la frazione della quota di un eventuale condebitore insolvente, ai sensi dell'art. 1313 cod. civ.¹⁰²².

Secondo un'opinione, la transazione *pro quota* avrebbe necessariamente carattere novativo¹⁰²³.

In senso critico si è tuttavia rilevato che tale conclusione deriverebbe dall'assunto della struttura unitaria dell'obbligazione soggettivamente complessa (ad attuazione solidale), mentre se ci si pone nell'ottica della struttura pluralistica del vincolo solidale, ritenendolo quindi caratterizzato da una molteplicità di vincoli connessi, viene meno ogni ostacolo ad ammettere la possibilità di una transazione non novativa circoscritta al rapporto con un singolo debitore¹⁰²⁴.

Altri ritiene che la transazione *pro quota* non novativa sia subordinata a una previa rinuncia alla solidarietà. Solo tale rinuncia consente, nella situazione di vero e proprio condebito, caratterizzata dalla unicità del vincolo obbligatorio, di dividere l'obbligazione e di pervenire alla separazione della quota del transigente dal debito complessivo¹⁰²⁵. Diverso sarebbe il caso della transazione novativa, dove tale separazione sarebbe sostanzialmente *in re ipsa*¹⁰²⁶.

Come è stato efficacemente osservato¹⁰²⁷, tuttavia, questa conclusione contrasta con le premesse teoriche da cui si vorrebbe dedurre.

¹⁰²¹ G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione e solidarietà*, cit., p. 275 s.; v. anche EAD., *Transazione novativa e transazione pro quota: intorno ad alcuni recenti interventi*, cit., p. 1364, e *Transazione e condebito: sulla possibilità di impedire ai condebitori non transigenti di profittare del contratto*, cit., pp. 627 s.

¹⁰²² G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione e solidarietà*, cit., p. 275 s.

¹⁰²³ E. DEL PRATO, voce *Transazione*, cit., p. 833 (per il quale «La struttura dell'obbligazione solidale fa sì che una transazione parziale possa configurarsi solo là dove il vincolo sia scindibile e le questioni controverse riguardino il titolo della posizione giuridica del consorte transigente: sicché sarà costantemente novativa»); lo segue M. FRANZONI, *La transazione*, cit., p. 290, con la puntualizzazione per cui in questa ipotesi «viene meno l'effetto tipico della solidarietà e con esso la corrispondente disciplina, ivi compreso l'art. 1304 c.c.» (*op. cit.*, p. 291); R. PARTISANI, *La dichiarazione di voler profittare della transazione e la delibera assembleare sull'azione sociale di responsabilità*, cit., p. 48 (richiamando al contempo anche la rinuncia alla solidarietà). In relazione all'ipotesi del concredito, F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, cit., pp. 263 ss.

¹⁰²⁴ A. D'ADDA, *L'oggetto della transazione: il caso della transazione con il debitore solidale*, cit., pp. 323 s.

¹⁰²⁵ M. COSTANZA, *Obbligazioni solidali e transazione*, cit., pp. 55 s.; S. DELLA BELLA, *La transazione nelle obbligazioni solidali: una questione ancora aperta*, cit., p. 1070. In questo senso sembra orientato anche E. DEL PRATO, *Sulla transazione del debitore in solido*, cit., pp. 60 s., il quale ritiene inconcepibile una transazione sulla quota concernente un'obbligazione solidale, perché in relazione a essa un riferimento alle quote sarebbe incongruo: «la solidarietà [...] esclude la frazionabilità esterna dell'obbligazione» (*op. cit.*, p. 60); la transazione parziale sarebbe possibile dunque soltanto a seguito di un previo «scioglimento del vincolo solidale» per la persona del debitore transigente (*ibidem*), ciò che consentirebbe il delinarsi delle quote come esito della rifrazione della prestazione dovuta in base all'obbligazione solidale. Diversamente si esprime Cass., sez. un., 30 dicembre 2011, n. 30174, cit., secondo cui nella transazione parziale non è «necessario postulare un preventivo scioglimento della solidarietà, che ben può invece realizzarsi nel contesto medesimo della transazione».

¹⁰²⁶ M. COSTANZA, *Obbligazioni solidali e transazione*, cit., p. 56 («la transazione novativa è essa stessa causa della modificazione del rapporto solidale primitivo»). Similmente v. S. DELLA BELLA, *La transazione nelle obbligazioni solidali: una questione ancora aperta*, cit., p. 1070.

¹⁰²⁷ G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione e solidarietà*, cit., p. 267, la quale peraltro si mostra critica verso la stessa concezione della solidarietà come meccanismo di attuazione suscettibile di operare in relazione a rapporti obbligatori tanto a struttura unitaria quanto plurale, e opta per una concezione pluralistica del vincolo solidale (cfr. *op. cit.*, pp. 149 ss.).

Se infatti si considera la solidarietà come una modalità di attuazione del rapporto obbligatorio alla quale non corrisponde un'unica struttura, e che quindi può accedere tanto a un rapporto unitario con più titolari quanto a una pluralità di rapporti¹⁰²⁸, deve coerentemente escludersi che la rinuncia alla solidarietà sia in grado di incidere su tale struttura.

Nell'ipotesi di unicità del vincolo non sarebbe ipotizzabile una modificazione della parte che non fosse anche una modificazione del totale¹⁰²⁹, ciò che precluderebbe astrattamente una transazione sulla quota se questa non fosse anticipata da una previa divisione del vincolo attuata mediante rinuncia alla solidarietà. Sennonché la rinuncia alla solidarietà non può avere, in questa prospettiva, alcuna ripercussione sulla struttura del rapporto obbligatorio, onde non è a tale figura che si può fare riferimento per rendere possibile una transazione parziale altrimenti preclusa dall'unicità del vincolo.

È necessario infine dare conto dell'opinione secondo cui la transazione parziale presupporrebbe una lite relativa alla «parte» dell'obbligazione di pertinenza di un determinato debitore, come nel caso in cui il consorte richiesto del pagamento dal creditore resista alla pretesa opponendo un'eccezione strettamente personale¹⁰³⁰.

In un ordine di idee non dissimile, secondo un'altra opinione la transazione parziale – oltre a potersi configurare nei casi in cui sia preceduta dallo scioglimento del vincolo solidale verso il debitore transigente – potrebbe essere conclusa quando la lite è circoscritta al «titolo dell'obbligazione» di un singolo o di più consorti, ma non coinvolge tutti i consorti; ciò può accadere, ad esempio, nelle ipotesi di garanzia

¹⁰²⁸ Da questo assunto muove infatti M. COSTANZA, *Obbligazioni solidali e transazione*, cit., pp. 15 ss. In questa prospettiva teorica appare collocarsi anche E. DEL PRATO, *Sulla transazione del debitore in solido*, cit., pp. 60 s.

¹⁰²⁹ Alla base del ragionamento di M. COSTANZA (*Obbligazioni solidali e transazione*, cit., pp. 55 ss.) – come emerge soprattutto dal parallelo instaurato fra «gestione *pro parte* dell'obbligazione», preclusa al contitolare dell'obbligazione, e la costituzione di «servitù parziali», non consentita al comproprietario *uti singulus* – si può cogliere un assunto analogo a quello sviluppato da F.D. BUSNELLI (*L'obbligazione soggettivamente complessa*, cit., spec. pp. 263 ss.) in relazione alla transazione stipulata da un concreditore: al creditore spetterebbe il potere di disporre della propria quota ma non quello di modificare il rapporto («il singolo concreditore può disporre non già di un proprio diritto ad una parte [materiale] della prestazione, ma della propria posizione di contitolare del credito», cosicché egli ha soltanto due prerogative: quella «di sostituire altri a sé nella posizione di contitolare» e quella «di <distaccarsi> da tale posizione»; cfr. *L'obbligazione soggettivamente complessa*, cit., p. 259), in quanto «essendo la quota una parte ideale del tutto, una sua <modificazione> è concepibile soltanto quale riflesso automatico di una previa modificazione del tutto» (*L'obbligazione soggettivamente complessa*, cit., p. 264); e una «modificazione» non consentita al singolo concreditore sarebbe provocata da una transazione non novativa parziale, che dunque dovrebbe ritenersi preclusa (*L'obbligazione soggettivamente complessa*, cit., pp. 264, 265); non così per una transazione parziale novativa, che appare invece «riducibile [...] allo schema del <distacco>, da parte del concreditore, dalla propria posizione di contitolare» (*L'obbligazione soggettivamente complessa*, cit., p. 266).

¹⁰³⁰ M. COSTANZA, *Obbligazioni solidali e transazione*, cit., p. 55, secondo la quale «la transazione parziale implica necessariamente l'esistenza di una controversia relativa esclusivamente ad una frazione del rapporto». Similmente E. VALSECCHI, *Il giuoco e la scommessa. La transazione*², cit., p. 367, secondo il quale non produce effetti verso i condebitori estranei la transazione «fondata sopra ragioni personali»; tuttavia l'a. non sembra ritenere che in ogni caso la transazione parziale debba essere fondata su ragioni personali, dal momento che enumera anche altre ipotesi di transazioni la cui efficacia resta limitata al debitore stipulante (similmente, su quest'ultimo punto, anche F. CARRESI, *La transazione*², cit., num. 94, p. 186); ma *contra* P. D'ONOFRIO, *Della transazione*, in M. FRAGALI, P. D'ONOFRIO, F. SALVI, G. BRANCA, *Delle obbligazioni. Art. 1960-1991*, 2^a ed., in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1974, p. 239, secondo cui «le ragioni personali» non sarebbero che «un motivo della transazione, giuridicamente irrilevante», e altresì C. D'ALESSANDRO, *La transazione del condebitore solidale*, cit., p. 119, nt. 3.

fideiussoria: se la contestazione opposta dal garante alla pretesa creditoria si appunta sulla validità della fideiussione, la controversia resta limitata alla sola posizione del fideiussore, diversamente da quanto accade nel caso in cui la controversia riguardi il debito principale¹⁰³¹. Una transazione siffatta, riguardando una lite sul titolo dell'obbligazione di uno dei consorti, condurrà necessariamente alla costituzione di un «nuovo titolo» in luogo di quello contestato, dispiegando così «una portata appieno innovativa», costituendo dunque un'ipotesi di transazione c.d. novativa¹⁰³².

La limitazione tuttavia non persuade. La transazione parziale è diretta a evitare o a comporre una lite tra creditore e un singolo debitore, ma non si vede il motivo per cui la lite dovrebbe riguardare la «parte» del debitore coinvolto o circostanze che diano vita a eccezioni a lui strettamente personali. Si ipotizzi che il creditore chieda l'adempimento a uno dei condebitori e questi eccepisca l'intervenuta prescrizione del diritto, facendo quindi valere un'eccezione comune; il creditore può proporre la stipulazione di una transazione sull'intero, ma il debitore potrebbe non essere disposto a eseguire una prestazione parametrata sull'intera somma pretesa dal creditore, ma solo a sborsare un importo in qualche rapporto di corrispondenza con quella che sarebbe la sua quota nei rapporti interni, con il risultato di essere tenuto indenne da eventuali pretese di regresso degli altri consorti; ebbene, in tal caso le parti ben potrebbero stipulare una transazione *pro quota*, senza che questa trovi fondamento in circostanze strettamente personali al debitore stipulante o concernenti la sua «parte» nel debito.

In generale, non sembra di doversi assegnare un particolare rilievo al fatto che la transazione sia diretta a superare una lite concernente fatti personali al singolo debitore o comuni anche agli altri obbligati¹⁰³³.

12. Transazione parziale: ambito di applicazione

È opinione comune che la transazione *pro quota* non potrebbe riguardare le obbligazioni solidali c.d. a interesse esclusivo, caratterizzate dall'assenza della ripartizione interna per quote del debito stesso¹⁰³⁴.

¹⁰³¹ E. DEL PRATO, *Sulla transazione del debitore in solido*, in *Riv. dir. priv.*, 2009, p. 63, da cui anche la citazione.

¹⁰³² E. DEL PRATO, *Sulla transazione del debitore in solido*, in *Riv. dir. priv.*, 2009, p. 64.

¹⁰³³ Così anche P. D'ONOFRIO, *Della transazione*², cit., p. 239, secondo cui «le ragioni personali» non sarebbero che «un motivo della transazione, giuridicamente irrilevante».

¹⁰³⁴ M. COSTANZA, *Obbligazioni solidali e transazione*, cit., p. 52; M. FRANZONI, *La transazione*, cit., pp. 300 s.; G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione e solidarietà*, cit., p. 265; C. D'ALESSANDRO, *La transazione del condebitore solidale*, cit., p. 135, nt. 6; v. anche G. AMORTH, *Transazione pro quota di obbligazione solidale*, cit., p.15, in relazione alla solidarietà «di tipo fideiussorio», stante il difetto di quote; quest'ultimo a., peraltro, accenna alla possibilità, anche per la solidarietà di questo tipo, di «una transazione parziale di cui tutti i condebitori beneficiano», senza tuttavia specificare ulteriormente i caratteri di questa fattispecie; S. DELLA BELLA, *La transazione nelle obbligazioni solidali: una questione ancora aperta*, cit., p. 1068; A. D'ADDA, *L'oggetto della transazione: il caso della transazione con il debitore solidale*, cit., p. 327 (come nel caso della solidarietà fideiussoria). *Contra*, evidentemente, E. DEL PRATO, *Sulla transazione del debitore in solido*, cit., pp. 63 s., che ammette la transazione parziale (che avrebbe carattere di transazione novativa) quando la lite riguardi in via esclusiva il titolo dell'obbligazione di uno dei consorti, senza coinvolgere gli altri obbligati, richiamando come esempio proprio una controversia sulla validità della fideiussione.

In giurisprudenza, v. Cass., sez. un., 30 dicembre 2011, n. 30174, cit., che esclude la configurabilità di una transazione *pro quota* quando «si tratti di solidarietà pattuita nell'interesse di uno dei condebitori».

Secondo una prospettiva particolarmente rigorosa, poi, la mancanza di una suddivisione in quote caratterizzerebbe anche la solidarietà in ipotesi di «contitolarità accidentale», quale si verifica, in particolare, in presenza di fatto dannoso imputabile a più persone (art. 2055 cod. civ.)¹⁰³⁵.

In questo caso fra i più danneggiati e il creditore sussistono diversi rapporti obbligatori «con identico oggetto»¹⁰³⁶, e tale identità («conseguenza dell'unicità del danno»¹⁰³⁷), pur giustificando l'efficacia estintiva generale del pagamento ai sensi dell'art. 1292 cod. civ., «non è affatto indice di un legame tra i vari corresponsabili»¹⁰³⁸. I danneggiati, invero, «rispondono sempre e soltanto in conformità del titolo da cui discende la loro responsabilità»¹⁰³⁹. Stante l'assenza di quote, in quest'ambito una transazione parziale, novativa o no, non sarebbe ipotizzabile¹⁰⁴⁰.

Né una rifrazione dell'obbligo discenderebbe dall'art. 2055, cpv., in tema di regresso fra i danneggiati, perché tale norma si limita a disporre una «divisione interna [...] dettata da uno scopo equitativo»¹⁰⁴¹.

Ma l'idea di una rilevanza limitata, e in particolare rigorosamente confinata ai soli rapporti interni ai coobbligati, delle diverse quote di partecipazione alla comune responsabilità per l'intero è invece contestata da un'altra parte della dottrina, che ritiene pertanto insussistenti gli asseriti ostacoli di carattere teorico alla configurabilità di una transazione parziale in caso di obbligazione solidale risarcitoria¹⁰⁴². Semmai alcune «difficoltà strettamente operative»¹⁰⁴³ potrebbero presentarsi in relazione alla determinazione della quota realmente incombenza su ciascun responsabile, ma esse non potrebbero però essere invocate per escludere la possibilità di una transazione *pro quota*. Un qualche ausilio potrebbe venire dalla previsione di cui all'art. 2055, 3° co., cod. civ., che dispone, in caso di dubbio, la presunzione di uguaglianza delle colpe dei responsabili: da questa norma potrebbe dedursi una presunzione di eguaglianza delle quote, in modo corrispondente a quanto prevede l'art. 1298, cpv., cod. civ.¹⁰⁴⁴.

13. Transazione parziale: ampiezza dell'effetto estintivo *ultra partes*

Sulla questione dell'entità dell'effetto estintivo in favore dei condebitori estranei a una transazione *pro quota*, prima dell'intervento sul punto delle sezioni unite della Cassazione si era venuto a formare in giurisprudenza un duplice orientamento.

In base alla prima impostazione, l'effetto liberatorio in caso di transazione parziale si sarebbe prodotto sempre per l'importo della quota gravante sul debitore transigente, a

¹⁰³⁵ M. COSTANZA, *Obbligazioni solidali e transazione*, cit., p. 57.

¹⁰³⁶ M. COSTANZA, *Obbligazioni solidali e transazione*, cit., p. 58.

¹⁰³⁷ *Ibidem*.

¹⁰³⁸ *Ibidem*.

¹⁰³⁹ M. COSTANZA, *Obbligazioni solidali e transazione*, cit., p. 59.

¹⁰⁴⁰ M. COSTANZA, *Obbligazioni solidali e transazione*, cit., pp. 59 s.

¹⁰⁴¹ M. COSTANZA, *Obbligazioni solidali e transazione*, cit., p. 59. Per una prospettazione meno restrittiva, v. M. FRANZONI, *La transazione*, cit., p. 304; S. DELLA BELLA, *La transazione nelle obbligazioni solidali: una questione ancora aperta*, cit., p. 1069.

¹⁰⁴² A. D'ADDA, *L'oggetto della transazione: il caso della transazione con il debitore solidale*, cit., spec. pp. 330 s.

¹⁰⁴³ Impiega l'espressione tra virgolette A. D'ADDA, *L'oggetto della transazione: il caso della transazione con il debitore solidale*, cit., p. 331.

¹⁰⁴⁴ A. D'ADDA, *L'oggetto della transazione: il caso della transazione con il debitore solidale*, cit., p. 332.

nulla rilevando l'entità di quanto versato in esecuzione della transazione¹⁰⁴⁵. Il debitore pacisciente avrebbe potuto effettuare una prestazione di valore maggiore, corrispondente o minore rispetto alla propria quota, senza che di tale misura dovesse mai tenersi conto per calcolare la riduzione del vincolo gravante sugli altri consorti: la liberazione di questi, infatti, avrebbe sempre avuto luogo in ragione della quota che sarebbe dovuta gravata sullo stipulante. La conclusione appare sostenuta dall'idea dell'estraneità all'accordo transattivo dei terzi condebitori, impossibilitati ad avvalersene essendo la transazione sulla quota fuori dello spettro di operatività dell'art. 1304 cod. civ. L'estraneità alla transazione spiega anche perché i consorti non paciscienti non possano invocare a proprio vantaggio un'eventuale differenza tra la quota interna del transigente e la somma da lui effettivamente sborsata, e che da tale differenza traggano un utile soltanto, alternativamente, il creditore, se la quota risulta inferiore all'importo del pagamento ottenuto, o il debitore stipulante, nel caso contrario. La distribuzione di vantaggi a cui accenna il S.C. si può così chiarire. Il creditore otterrebbe un guadagno nel caso in cui la somma percepita superi la quota del transigente, perché a tale posta potrebbe sommare l'importo di quanto dovuto dai consorti estranei all'accordo, che rimangono tenuti per le quote originarie, cioè per l'intero debito deduzione fatta della quota del debitore pacisciente, e non per la differenza tra il debito originario e quanto ottenuto dal creditore in base alla transazione. Se invece il *quantum* versato in esecuzione dell'accordo è inferiore alla quota del transigente, sarà quest'ultimo a realizzare un risparmio di spesa, in quanto il vincolo degli altri consorti si ridurrà comunque per il maggior importo corrispondente alla sua quota, con correlativa esclusione di un regresso di costoro nei suoi confronti per la differenza tra la sua quota e quanto realmente pagato.

Altre decisioni si erano invece orientate nel senso di ritenere che l'effetto liberatorio corrispondesse a quanto versato al creditore¹⁰⁴⁶.

¹⁰⁴⁵ Cass. 19 dicembre 1991, n. 13701, cit., della quale si riportano nel testo le argomentazioni. Alla tesi per cui l'effetto estintivo della transazione parziale è commisurato alla quota del transigente aderisce anche Cass. 30 novembre 2011, n. 25553, cit.; come sottolinea la stessa Supr. Corte, peraltro, si trattava di una transazione parziale in cui era presente «una rinuncia espressa della società creditrice ad una maggior pretesa nei confronti del debitore rimasto estraneo alla transazione, avendo riservato l'azione contro quest'ultimo soltanto nei limiti della quota di sua spettanza» (cfr. la motivazione della decisione, consultabile nella banca dati *DeJure*). Per la riduzione del vincolo in capo ai condebitori estranei in misura corrispondente alla quota dei debitori transigenti, con applicazione della presunzione di uguaglianza delle quote *ex art.* 1298 cod. civ., v. anche Trib. Milano 10 febbraio 2010, cit.

¹⁰⁴⁶ Cass. 19 settembre 1979, n. 4820, in *Giur. it.*, 1980, I, 1, c. 879; il caso di specie riguardava un'ipotesi di risarcimento del danno richiesto contro due soggetti ritenuti dal creditore corresponsabili nella fattispecie dannosa; uno dei convenuti, successivamente risultato esente da colpa secondo la valutazione dei giudici di primo e secondo grado, aveva effettuato un pagamento in favore del creditore in forza di un accordo transattivo; la Supr. Corte riteneva che il danneggiato non potesse pretendere l'intero importo risarcitorio dal condebitore non transigente, ma dovesse dedurre dal suo credito quanto già ottenuto in base alla transazione con l'altro (inizialmente ritenuto) danneggiante; diversamente l'attore avrebbe conseguito un «ingiustificato arricchimento», perché avrebbe ottenuto una prestazione superiore al ristoro del danno effettivamente patito; Cass. 22 giugno 2009, n. 14550, cit., richiamata da Cass. 3 marzo 2011, n. 5108 (nella motivazione letta nella banca dati *DeJure*). In questo filone si può collocare anche Cass. 8 luglio 2009, n. 16050, cit., la quale, pur affermando che i condebitori estranei «rimangono obbligati nei limiti della loro quota», con ciò sembrando partire da un effetto estintivo pari alla quota di pertinenza del transigente, e sostenendo inoltre, in termini invero ambivalenti, che «Il pagamento della somma corrispondente alla quota transatta giova per l'effetto agli altri coobbligati e li libera quindi nella misura pari al relativo importo ai sensi del disposto dell'art. 1292 c.c.» (lasciando quindi il dubbio se l'effetto estintivo corrisponda alla somma pagata o alla quota del *solvens*), in definitiva deduce dal debito

In questo quadro sono intervenute le sezioni unite della Supr. Corte, accogliendo una soluzione articolata.

Alla base del suo ragionamento, la Corte pone due considerazioni. Anzitutto si sottolinea l'esigenza di evitare che il creditore ottenga, sommando la prestazione ricevuta dal transigente e il pagamento del residuo debito dagli altri consorti, un importo superiore all'entità del suo credito iniziale¹⁰⁴⁷. In secondo luogo si pone l'accento sulla necessità di non penalizzare i consorti non paciscenti, anche in sede di regresso. Ne consegue che se il pagamento effettuato dal transigente supera o eguaglia la sua quota interna, sarà tale somma a dover essere portata in deduzione dal vincolo ancora persistente in capo agli altri obbligati. Sebbene il giudice di legittimità non espliciti sul punto le ragioni in base a cui perviene a questo esito, è evidente che la spiegazione deve rintracciarsi nel limite posto al *quantum* ottenibile dal creditore: questi non potrebbe ricevere un importo maggiore rispetto al suo originario credito, ciò che invece accadrebbe se egli vedesse ridotto il proprio residuo credito non alla stregua di quanto effettivamente ricevuto dal primo debitore ma soltanto in ragione della minore misura costituita dalla quota interna dello stesso.

Se, al contrario, il pagamento eseguito dal debitore pacisciente risulta inferiore alla quota del *solvens*, l'entità da scomputare dal debito in capo agli altri condebitori dovrà essere proprio questa quota e non la somma effettivamente percepita, e ciò per evitare un «ingiustificato aggravamento»¹⁰⁴⁸ a danno dei consorti estranei. Anche questo secondo aspetto della soluzione avallata dalla Supr. Corte non viene più diffusamente motivato nella sentenza; a differenza però del caso in cui l'importo pagato sia maggiore o uguale rispetto alla quota, qui non risulta evidente quale sia il ragionamento seguito dal giudice di legittimità, e in particolare in che cosa si concreti il possibile «ingiustificato aggravamento» a carico dei non transigenti che conseguirebbe alla mancata deduzione dal loro vincolo della quota del consorte stipulante. Si potrebbe ritenere che l'«aggravamento» di cui parlano le sezioni unite consista nella perdita del regresso verso il consorte stipulante a seguito dello scioglimento della solidarietà nei suoi confronti prodottosi con la transazione parziale¹⁰⁴⁹; poiché i condebitori estranei non potrebbero continuare a essere tenuti anche per una frazione della quota del transigente senza possibilità di agire in regresso per tale importo nei suoi confronti, sarebbe inevitabile concludere che essi non potranno più essere obbligati anche per tale somma, ma dovranno essere esonerati per l'intera quota gravante sullo stipulante.

Nell'ambito della dottrina formatasi sul problema, generalmente si ritiene che il ridimensionamento del debito a carico dei condebitori estranei si produca in misura pari alla quota del transigente¹⁰⁵⁰.

Si è così ritenuto che la diminuzione in base all'importo pagato fosse inconciliabile con lo scioglimento del vincolo solidale tra il transigente e gli altri consorti; qualora

residuo in capo ai correi estranei al patto la somma effettivamente percepita dal creditore in base alla transazione.

¹⁰⁴⁷ «[...] la transazione parziaria non può [...] condurre ad un incasso superiore rispetto all'ammontare complessivo del credito originario»: Cass., sez. un., 30 dicembre 2011, n. 30174, cit.

¹⁰⁴⁸ Cass., sez. un., 30 dicembre 2011, n. 30174, cit.

¹⁰⁴⁹ Sembra interpretare nello stesso modo il pensiero del S.C. anche M. AIELLO, *L'oggetto sociale delle compagnie di assicurazioni e la transazione di obbligazioni solidali al vaglio delle Sezioni unite*, nota a Cass., sez. un., 30 dicembre 2011, n. 30174, in *Giur. it.*, 2012, p. 1347.

¹⁰⁵⁰ V., da ultimo, C. D'ALESSANDRO, *La transazione del condebitore solidale*, cit., pp. 124 ss., secondo cui il «sacrificio» a carico del creditore transigente *pro quota* sarebbe inderogabilmente la quota del debitore stipulante.

infatti il transigente versasse una somma inferiore alla propria quota e gli altri restassero tenuti per tutto quanto residua una volta detratta tale somma dal complessivo debito, si dovrebbe ammettere che costoro perdono, per lo scioglimento del vincolo solidale fra essi e il transigente, la possibilità di agire in regresso verso quest'ultimo. Tale conseguenza non sarebbe accettabile, cosicché si dovrebbe concludere nel senso che l'effetto estintivo si produce sempre nella misura della quota di pertinenza del debitore pacisciente, col risultato di escludere ogni regresso tra questi e gli altri condebitori¹⁰⁵¹.

Da altri si sottolinea la circostanza per cui, con la transazione sulla quota del condebitore pacisciente, «il creditore rinuncia [...] ad ogni pretesa ulteriore con riguardo a *quella* quota»¹⁰⁵². In ciò consisterebbe anche una differenza fra transazione sulla quota e transazione con clausola di riserva per il residuo credito; si osserva infatti – evidentemente avendo in mente l'ipotesi in cui il pagamento effettuato sia inferiore alla quota reale del *solvens* – che transigendo sulla quota il creditore «*non si assicura il credito residuo*», dovendo in ogni caso dedurre dal vincolo dei debitori estranei la quota del transigente, subendo quindi una perdita pari alla differenza tra l'importo della quota stessa e quanto effettivamente percepito in forza della transazione.

Correttamente si rileva poi che costituisce un falso problema quello di un possibile arricchimento ingiustificato da parte del creditore nel caso in cui il transigente si impegni a pagare una somma che si riveli essere superiore all'ammontare effettivo della sua quota¹⁰⁵³.

Le perplessità delle sezioni unite in proposito derivano dalla eventualità che il creditore incameri il pagamento dovuto in base alla transazione e possa nondimeno agire verso i consorti estranei all'accordo per ottenere l'adempimento da essi dell'intero debito dedotta soltanto la quota del transigente, in ipotesi inferiore al *quantum* effettivamente percepito, ottenendo in definitiva una somma maggiore rispetto alla entità dell'originario credito.

Si ipotizzino due debitori tenuti in solido per quote eguali al pagamento di 100; il creditore pretende il pagamento dal primo di una somma corrispondente al valore della sua quota; il debitore richiesto del pagamento contesta la pretesa e si accorda in via transattiva per il pagamento di 60, ritenendo erroneamente che la quota di sua pertinenza corrispondesse al 70% dell'intero debito; il creditore, ricevuto il pagamento di 60, si rivolge a questo punto al secondo debitore chiedendogli l'adempimento dell'intero debito (100) dedotta la quota di pertinenza del transigente (50), ottenendo così 50; il creditore si troverà dunque ad aver incassato una somma maggiore (60+50=110) rispetto all'entità effettiva del suo originario diritto (100).

In realtà, come si è condivisibilmente affermato, «Quando le parti transigono, rinunciano ad accertare la reale situazione, per cui la composizione che esse realizzano con tale contratto ha come termine di riferimento immediato solo la pretesa»¹⁰⁵⁴.

Non è dunque corretto confrontare la situazione costituita mediante l'accordo transattivo con la situazione controversa per dedurre che il creditore ha ottenuto un arricchimento indebito dal contratto.

¹⁰⁵¹ A. ARLOTTA, *Considerazioni in tema di transazione pro quota di obbligazione solidale*, cit., pp. 264 s.

¹⁰⁵² A. D'ADDA, *L'oggetto della transazione: il caso della transazione con il debitore solidale*, cit., pp. 320 ss., citazioni a p. 320 (corsivi nel testo).

¹⁰⁵³ In questo senso v. G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione e condebito: sulla possibilità di impedire ai condebitori non transigenti di profittare del contratto*, cit., p. 630.

¹⁰⁵⁴ Così, testualmente, G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione e condebito: sulla possibilità di impedire ai condebitori non transigenti di profittare del contratto*, cit., p. 630.

La possibilità che una delle parti tragga un vantaggio dalla transazione è una ordinaria caratteristica di questo tipo negoziale, posto che le parti superano la lite in via contrattuale evitando l'accertamento giudiziale della loro effettiva situazione giuridica¹⁰⁵⁵. E l'eventualità di trarre un beneficio dall'accordo non riguarda solo il creditore, ma concerne anche il debitore stipulante, quando – specularmente all'ipotesi appena descritta – nell'accordo transattivo la quota venga sottostimata: il debitore si impegnerà al pagamento di una somma inferiore alla propria porzione nel debito ma il diritto del creditore verso gli altri obbligati subirà ciononostante una decurtazione pari non a quanto effettivamente ricevuto, bensì al reale valore della quota del debitore pacisciente, erroneamente reputata inferiore in sede di transazione.

Questi rilievo trovano conforto anche nelle considerazioni svolte dalla dottrina di altri Paesi, come si è già riferito in precedenza. In particolare si è evidenziata la necessità che il rischio di subire una perdita che il creditore pone in conto quando decide di stipulare una transazione con efficacia generale limitata sia controbilanciato dalla possibilità di realizzare un guadagno, perché diversamente sarà difficile che il creditore si induca a concludere un accordo che può soltanto andare a suo svantaggio¹⁰⁵⁶.

14. I criteri proposti dalla dottrina per stabilire l'efficacia della transazione

In dottrina si tende a escludere che la transazione parziale richieda l'apposizione di una «espressa riserva»¹⁰⁵⁷ per il residuo credito verso i condebitori estranei¹⁰⁵⁸, come invece sembrerebbero postulare alcune affermazioni giurisprudenziali¹⁰⁵⁹.

Peraltro l'opinione della maggior parte degli interpreti appare convergere sulla necessità che dal contratto emerga l'indicazione – a seconda delle impostazioni, con

¹⁰⁵⁵ «Nessun arricchimento ingiustificato può addursi [...] a vantaggio del creditore, ma solo il normale operare dell'alea insita nella transazione, che comporta rinuncia all'accertamento giudiziale in favore dello strumento stragiudiziale di composizione della controversia. [...] le attribuzioni patrimoniali che si realizzano attraverso le reciproche concessioni trovano la loro giustificazione proprio nel riconoscimento da parte dell'ordinamento dell'interesse ad evitare l'accertamento giurisdizionale mediante la composizione negoziale della lite, la cui soddisfazione implica certamente la possibilità che di fatto si realizzi un vantaggio per una delle due parti contraenti»: G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione e condebito: sulla possibilità di impedire ai condebitori non transigenti di profittare del contratto*, cit., p. 630.

¹⁰⁵⁶ Si rinvia, anche per riferimenti, alla trattazione svolta *supra* in merito alla transazione conclusa con un condebitore in solido nell'ordinamento tedesco.

¹⁰⁵⁷ Per questa espressione, v. G. AMORTH, *L'obbligazione solidale*, cit., p. 205.

¹⁰⁵⁸ G. AMORTH, *L'obbligazione solidale*, cit., pp. 205 s., secondo cui l'intenzione delle parti di concludere una transazione *pro quota* andrebbe desunta secondo le consuete regole di interpretazione della volontà negoziale. In senso contrario sembrerebbe M. FRANZONI, *La transazione*, cit., pp. 302 s., ancorché non emerga univocamente se la necessità di una riserva espressa sia affermata in relazione alla transazione *pro quota* o alla transazione integrale con deroga all'art. 1304 cod. civ. (e dunque, evidentemente, con esclusione della possibilità di profittare dell'accordo per gli altri obbligati).

¹⁰⁵⁹ In giurisprudenza si è sostenuto che «se interviene transazione fra il creditore ed uno dei debitori, essa vale in analogia con quanto avviene per la remissione del debito e la novazione, a liberare tutti gli altri debitori, a meno che non siavi stata [...] *espressa dichiarazione in contrario del creditore*, e sempreché beninteso la somma percepita a titolo transattivo non valga a coprire interamente il danno risarcendo» (il corsivo è aggiunto): cfr. Cass. pen. 10 ottobre 1951, in *Giust. pen.*, 1952, III, c. 282, con nota di G. SABATINI, *Esclusione della parte civile per transazione sul danno*; in *Resp. civ. e prev.*, 1952, p. 361, con nota redazionale.

grado maggiore o minore di univocità – che la transazione si riferisca alla specifica quota del debitore stipulante e non all'intero debito, o quantomeno che non manchi del tutto un qualche legame con la quota¹⁰⁶⁰.

Si afferma così che può ritenersi la sussistenza di una transazione parziale solo quando risulti una limitazione dell'oggetto dell'accordo alla quota del debitore pacisciente¹⁰⁶¹: a tale fine, si specifica, non sarebbe sufficiente una generica dichiarazione di riserva verso gli altri condebitori¹⁰⁶².

Senonché soltanto una parte degli interpreti ritiene che il nesso con la quota del transigente costituirebbe un dato, oltre che necessario, anche sufficiente per considerare la transazione come parziale e non integrale, sempreché dal contesto dell'accordo non emergano indicazioni in senso opposto¹⁰⁶³.

Secondo questa impostazione non sarebbe dunque richiesta anche una ulteriore «previsione espressa»¹⁰⁶⁴ diretta a circoscrivere l'accordo alla sola quota del debitore transigente; cosicché, se per un credito di 1500 uno di tre debitori in solido «transige col creditore a 350», dovrà tendenzialmente concludersi per una transazione *pro quota*, senza necessità che le parti abbiano esplicitamente stabilito che il loro accordo riguarda soltanto la parte del debitore stipulante; in questo caso, infatti, un ridimensionamento del debito da 1500 a 350 per tutti i condebitori, come accadrebbe qualificando la transazione come integrale, apparirebbe un «esito irrazionale».

La configurabilità di una transazione *pro quota* è invece assoggettata a limiti più stringenti da un'altra impostazione.

Necessario sarebbe, oltre al ricorrere dell'estremo, formulato in chiave negativa, della non esclusione di «una oggettiva riferibilità della transazione alla quota», anche che vi sia la espressa dichiarazione delle parti di voler concludere una transazione parziale¹⁰⁶⁵.

Con riguardo a tale secondo requisito si precisa, peraltro, che in caso di dichiarazioni pur rese in maniera espressa ma prive di sufficiente univocità, l'intenzione

¹⁰⁶⁰ V. però E. VALSECCHI, *Il giuoco e la scommessa. La transazione*², cit., p. 367, secondo il quale la transazione avrebbe efficacia «limitata alle parti contraenti» quando i paciscienti «limitano espressamente la transazione alla loro quota di debito e di credito», ma anche quando il creditore «riservi il suo diritto verso gli altri debitori». L'a. ritiene inoltre che non produca effetti verso i condebitori estranei la transazione «fondata sopra ragioni personali» (similmente, su quest'ultimo punto, anche F. CARRESI, *La transazione*², cit., num. 94, p. 186); ma *contra* P. D'ONOFRIO, *Della transazione*², cit., p. 239, secondo cui «le ragioni personali» non sarebbero che «un motivo della transazione, giuridicamente irrilevante», e C. D'ALESSANDRO, *La transazione del condebitore solidale*, cit., p. 119, nt. 3.

¹⁰⁶¹ D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit., pp. 280 s.

¹⁰⁶² V. anche F. DELFINI, *Obbligazione solidale e transazione*, cit., p. 487: «In caso di dubbio, circa la portata oggettiva della transazione conclusa dal creditore con uno dei debitori in solido, la transazione dovrebbe essere considerata come relativa all'intera obbligazione solidale», nonché M. FRANZONI, *La transazione*, cit., p. 305. Per la presunzione, in caso di dubbio sull'effettiva intenzione dei transigenti, che la transazione si estenda all'intero, v. A. RICCIO, *Le diverse specie di obbligazioni: pecuniarie, alternative, solidali, indivisibili*, cit., p. 1281.

¹⁰⁶³ A. D'ADDA, *L'oggetto della transazione: il caso della transazione con il debitore solidale*, cit., pp. 326 s., da cui anche l'esempio numerico (citazioni rispett. a p. 326 e p. 327).

¹⁰⁶⁴ La locuzione è quella impiegata da G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione e solidarietà*, cit., p. 279.

¹⁰⁶⁵ G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione e solidarietà*, cit., p. 280; EAD., *Transazione novativa e transazione pro quota: intorno ad alcuni recenti interventi*, cit., p. 1368. Secondo la stessa a. (cfr. *Transazione novativa e transazione pro quota: intorno ad alcuni recenti interventi*, cit., p. 1366), per considerare la transazione come relativa alla quota non sarebbe sufficiente una semplice dichiarazione di riserva ad agire per il residuo.

dei contraenti potrà essere comunque desunta per il tramite dell'applicazione degli ordinari criteri di ermeneutica contrattuale, e che anche un'eventuale «generica riserva del credito» verso i consorti estranei potrà essere interpretata, in applicazione dell'art. 1367 cod. civ., non già come una inammissibile esclusione della facoltà di profittare della transazione, con la conseguenza di dover reputare la transazione come fatta sull'intero debito, ma appunto come valida limitazione dell'accordo alla quota del transigente¹⁰⁶⁶.

Quanto all'altro requisito, vale a dire la non incongruità dell'ammontare dell'obbligazione fondata sulla transazione rispetto alla quota nella originaria obbligazione solidale, esso sarebbe necessario per il ricorrere di una transazione *pro quota*, ma da solo non sufficiente; ben potrebbe infatti il creditore accettare di ricevere una prestazione assai minore rispetto a quella pretesa pur di superare le contestazioni opposte dal debitore richiesto del pagamento, senza che ciò escluda che ci si possa trovare dinanzi a una transazione sull'intero debito e non sulla sola quota del singolo debitore¹⁰⁶⁷.

Nondimeno la non incongruità della quota sarebbe necessaria per poter qualificare l'accordo come transazione parziale: qualora, infatti, la somma dovuta in base alla transazione stia piuttosto in rapporto di corrispondenza (ancorché solo tendenziale) con l'intero debito solidale anziché con la quota, questo mero dato «oggettivo» porterà a ritenere che ci si trovi di fronte a una transazione integrale, e che un'ipotetica riserva apposta all'accordo vada considerata non già come una valida limitazione del contratto alla quota del transigente, ma come una inammissibile preclusione della possibilità per i consorti estranei di profittare dell'accordo¹⁰⁶⁸.

Alla base di questa soluzione vi è l'idea per cui la transazione dovrebbe presumersi come fatta sull'intero debito. Da un lato, infatti, la lite riguarda «necessariamente l'obbligazione nella sua interezza»¹⁰⁶⁹; dall'altro, la transazione sulla quota postulerebbe una «volontà complessa», in quanto tale insuscettibile di ritenersi presunta: nella transazione parziale sarebbe infatti insita una rinuncia alla solidarietà, che dovrebbe constare in modo inequivoco e non potrebbe formare oggetto di presunzione¹⁰⁷⁰.

15. (segue) Rilievi critici. I criteri distintivi fra transazione sull'intero aperta all'adesione degli altri debitori, transazione sull'intero con esclusione della facoltà per gli altri debitori di profittarne e transazione parziale

Nello stabilire i criteri in base ai quali determinare il tipo di efficacia che una transazione stipulata con un condebitore può dispiegare, non si può trascurare che non

¹⁰⁶⁶ G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione e solidarietà*, cit., pp. 280 s.

¹⁰⁶⁷ G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione e solidarietà*, cit., p. 280; EAD., *Transazione novativa e transazione pro quota: intorno ad alcuni recenti interventi*, cit., pp. 1368 s., la quale osserva, fra l'altro, che «le possibilità di prova e/o di vittoria» (*op. cit.*, p. 1369) possono svolgere un ruolo assai significativo nel determinare il contenuto della transazione, ciò che può ben spiegare che il creditore, in considerazione delle scarse probabilità di successo nella lite, accetti una somma anche significativamente inferiore alla quota ritenuta gravante sul transigente.

¹⁰⁶⁸ G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione e solidarietà*, cit., p. 281.

¹⁰⁶⁹ G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione e solidarietà*, cit., p. 277.

¹⁰⁷⁰ G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione e solidarietà*, cit., p. 278; EAD., *Transazione novativa e transazione pro quota: intorno ad alcuni recenti interventi*, cit., p. 1369.

vengono in rilievo soltanto la figura della transazione *pro quota* e della transazione integrale aperta all'adesione degli altri debitori.

Come si è cercato di dimostrare in precedenza, non sembra che la clausola diretta a escludere la possibilità per i non transigenti di profittare dell'accordo sia da considerare invalida. Al contrario, in alcune ipotesi il suo impiego si può rivelare opportuno¹⁰⁷¹.

Si pensi, ad esempio, al creditore che voglia concludere una transazione con uno degli obbligati senza tuttavia precludersi la possibilità di agire per il residuo verso gli altri. Ritenendo invalida una clausola che impedisca agli altri debitori di approfittare dell'accordo, l'unica via percorribile è quella di concludere una transazione sulla quota; tale scelta però comporta il rischio per il creditore di ottenere in base all'accordo, sottovalutando la quota reale del debitore transigente, un'utilità inferiore rispetto alla decurtazione che subisce il vincolo dei condebitori estranei¹⁰⁷².

Sembra invece ammissibile che il creditore possa stipulare una transazione con uno dei debitori, magari quello da cui ritiene di poter ottenere con più sicurezza e rapidità un pagamento parziale della propria pretesa, riservandosi la facoltà di agire contro gli altri per il debito che residua una volta portata in deduzione la prestazione ottenuta sulla base della transazione.

Quanto al debitore, egli resta esposto all'eventuale regresso degli altri obbligati che effettuassero il pagamento di una somma superiore alle loro quote, ma ottiene pur sempre il vantaggio di non dover anticipare l'intero in favore del creditore¹⁰⁷³.

Inoltre, una riserva «implicita» delle azioni contro altri debitori sembra da ammettere nei casi in cui il creditore ignori l'esistenza di altri obbligati oltre al transigente. In questo caso, il creditore potrà agire per il residuo debito verso tali soggetti senza che questi possano dichiarare di voler profittare della transazione.

Al di fuori di quest'ultimo caso, peraltro, quando la controprestazione prevista dalla transazione si trovi in un qualche rapporto con la quota del debitore transigente, appare una conclusione condivisibile quella per cui sarebbe da ritenersi presunta salvo prova contraria una volontà delle parti di concludere una transazione *pro quota*; appare infatti plausibile ritenere che in siffatta ipotesi l'intenzione dei paciscenti sia quella di riconoscere al debitore stipulante una liberazione definitiva, e quindi anche in sede di regresso, risultato ottenibile con la decurtazione della sua quota effettiva dal vincolo degli altri obbligati¹⁰⁷⁴. Questa soluzione sembra anche più conforme alla normale intenzione del debitore transigente rispetto a quella di una transazione con efficacia particolare accompagnata da un obbligo di rivalsa in capo al creditore: quest'ultima configurazione, pure ammissibile, richiederà però una previsione espressa, perché altrimenti la convenzione andrà intesa come produttiva di efficacia estintiva *pro quota*

¹⁰⁷¹ A questo proposito va richiamato il rilievo di P. SCHLESINGER, *Effetti della transazione operata da uno dei condebitori in solido*, cit., p. 426, secondo cui il creditore transigente non si interesserebbe all'ammontare della quota del debitore paciscente, trattandosi di «misura a lui inopponibile», e che la porzione di spettanza di ciascun obbligato costituirebbe «un dato indifferente per il creditore ed a lui spesso neppure noto»; il rilievo, assai incisivo, è da condividere, ma non in tutte le ipotesi prospettabili: sebbene in molti casi il creditore possa voler disinteressarsi dell'entità della quota del condebitore stipulante, in altri potrebbe invece prendere in considerazione tale elemento e concludere una transazione *pro quota*.

¹⁰⁷² Per un più approfondito esame di questi aspetti v. *supra*, par. , in questo capitolo, e la dottrina *ivi* richiamata.

¹⁰⁷³ Si tratta di un profilo già evidenziato trattando della remissione a favore di un debitore in solido; si rinvia al cap. precedente, anche per riferimenti.

¹⁰⁷⁴ V. per questa conclusione, in prospettiva *de jure condendo*, F. BENTELE, *Gesamtschuld und Erlass*, cit., p. 169.

in favore dei condebitori estranei, tale essendo la verosimile intenzione del debitore che promette o effettua una prestazione nel contesto della transazione¹⁰⁷⁵.

Se invece l'attribuzione patrimoniale posta a carico del debitore dall'accordo transattivo è notevolmente inferiore o notevolmente superiore alla sua quota (e alla transazione sia apposta una clausola di riserva in favore del creditore), il patto andrà considerato non una transazione *pro quota*, bensì una transazione sull'intero con esclusione della facoltà di approfittamento in capo ai debitori estranei¹⁰⁷⁶. Infatti, quando la prestazione a carico del debitore è molto inferiore alla sua quota, la concessione in suo favore da parte del creditore avviene in maniera «quasi gratuita»¹⁰⁷⁷, e ciò fa propendere per la conclusione che le parti abbiano avuto di mira soltanto la liberazione del debitore nei rapporti esterni, non anche nei rapporti interni¹⁰⁷⁸.

Ma anche quando la controprestazione sia notevolmente superiore alla quota appare corretto ritenere che la transazione sull'intero possa essere sottratta alla possibilità di adesione dei non paciscenti, perché, ad esempio, il creditore potrebbe ritenere di avere la possibilità di ottenere il residuo dai condebitori che non hanno partecipato all'accordo.

16. Transazione ed eccezioni opponibili in sede di regresso

Si pone il problema se il debitore che abbia stipulato la transazione sull'intero con il creditore possa opporre tale accordo per contrastare la pretesa in regresso di un altro condebitore che non abbia partecipato al contratto né abbia dichiarato di volerne profittare¹⁰⁷⁹. In generale si può affermare che la possibilità di invocare la transazione nei rapporti interni sussiste anzitutto quando si tratti di una transazione sull'intero “aperta” e la conclusione del contratto è avvenuta con l'esplicito accordo del condebitore estraneo, applicandosi allora i principi in tema di mandato (cfr. art. 1719 cod. civ.).

Di là da questa ipotesi, è necessario considerare anzitutto il caso in cui si tratti di condebitori la cui obbligazione deriva da un contratto concluso congiuntamente (ancorché non necessariamente in maniera contestuale), e quindi sussiste fra loro un particolare rapporto di fonte contrattuale, in base al quale deve stabilirsi quali eccezioni sono opponibili contro la pretesa in regresso del *solvens* nei confronti degli altri.

Di regola la sussistenza del regresso dovrà essere decisa in base a tale rapporto, e quindi la transazione eventualmente stipulata da uno dei debitori non potrà essere opposta agli altri.

Se invece i vincoli dei condebitori non derivano da un contratto concluso congiuntamente, e almeno uno di essi sia debitore in base a un contratto, si applicheranno gli stessi principi esposti in tema di remissione. Così, se uno dei due debitori ha concluso la transazione nell'ignoranza in ordine all'esistenza di un altro

¹⁰⁷⁵ Cfr. la dottrina citata *supra*, par. 4, in questo capitolo.

¹⁰⁷⁶ Esclude (in prospettiva *de jure condendo*) che in presenza di una prestazione molto inferiore o molto superiore rispetto alla quota del transigente si versi in ipotesi di transazione con efficacia generale limitata (assimilabile alla figura della transazione *pro quota*) F. BENTELE, *Gesamtschuld und Erlass*, cit., p. 169.

¹⁰⁷⁷ «[...] quasi unentgeltlich»: cfr. F. BENTELE, *Gesamtschuld und Erlass*, cit., p. 169.

¹⁰⁷⁸ In questo senso v. F. BENTELE, *Gesamtschuld und Erlass*, cit., p. 169.

¹⁰⁷⁹ Le conclusioni che seguono si basano in buona parte sulle stesse considerazioni esposte in relazione all'analogo problema affrontato in tema di remissione; si rinvia pertanto al par. 5, sez. IV, cap. VI per una più ampia disamina, nonché per riferimenti.

obbligato, quest'accordo potrà essere opposto contro l'eventuale pretesa di regresso di tale soggetto. Quest'ultimo sarà poi tutelato – a spese del creditore – solo quando la condotta del creditore che ha portato alla parziale liberazione del transigente possa costituire un “concorso di colpa” (cfr. art. 1227 cod. civ.), secondo quanto si è più approfonditamente riferito in tema di remissione. Quando invece la transazione sia stata conclusa da un debitore che fosse consapevole dell'esistenza di altri coobbligati, l'accordo non sarà opponibile nei rapporti interni.

Se invece si tratti di due debitori entrambi tenuti *ex lege* al risarcimento del danno, non sussistono ostacoli insuperabili a ritenere che il *solvens* possa agire in regresso contro il transigente senza vedersi opporre la transazione.

Ci si chiede però se il debitore stipulante che sia stato convenuto in regresso possa a sua volta rivalersi contro il creditore. A tale quesito sembra di potersi dare risposta positiva nel caso in cui il debitore transigente fosse all'oscuro dell'esistenza di altri obbligati, e quindi confidasse nel fatto che con la transazione regolasse in via definitiva la propria posizione, e inoltre il creditore ignorasse che vi fossero altri responsabili, perché in tal caso si può ritenere che con la transazione egli volesse dare un definitivo assetto ai propri interessi, non potendo contare sull'esistenza di altri debitori; se invece il creditore era consapevole che vi fossero altri obbligati, si dovrà verosimilmente ammettere un suo obbligo di rivalsa verso il transigente – che invece contava di regolare in via definitiva la propria posizione – dal momento che avrebbe potuto renderlo edotto dell'esistenza di altri obbligati.

Problema speculare è quello se il debitore transigente che abbia – in forza di tale accordo – effettuato al creditore una prestazione superiore alla propria quota possa vedersi opporre in sede di regresso eccezioni relative al rapporto originario da parte dei condebitori che non abbiano partecipato all'accordo e non abbiano dichiarato di volerne profittare. La risposta sembra essere in ogni caso positiva, salvo che si tratti di stipulazione di una transazione “aperta” avvenuta su incarico degli altri condebitori o conseguente a un'utile gestione e della quale poi debitori estranei non abbiano voluto profittare.

CAPITOLO OTTAVO

REMISSIONE E TRANSAZIONE IN PRESENZA DI PIÙ FIDEIUSSORI PER IL MEDESIMO DEBITO

SOMMARIO: 1. Remissione a favore di uno tra più fideiussori per lo stesso debito – 2. Rinuncia a una garanzia verso corrispettivo – 3. Estinzione della fideiussione per fatto del creditore (art. 1955 cod. civ.) – 4. L'estinzione della fideiussione in caso di rinuncia da parte del creditore a una garanzia nel sistema tedesco. Il § 776 BGB e la sua genesi storica – 5. Il difficile coordinamento tra la norma sull'estinzione della fideiussione per rinuncia a una garanzia e le regole in materia di remissione in favore di un condebitore in solido. L'ipotesi del § 776 BGB come norma a tutela del fideiussore *solvens* contro la «compromissione» del suo diritto di regresso verso i confideiussori – 6. (segue) L'ipotesi del § 776 BGB come previsione risarcitoria – 7. (segue) L'ipotesi del § 776 BGB come norma a tutela del fideiussore beneficiario della remissione – 8. Il § 776 BGB in relazione all'ipotesi della confideiussione e a quella della pluralità di fideiussioni indipendenti – 9. Estinzione della fideiussione per fatto del creditore e disciplina della remissione a favore di uno dei fideiussori nel diritto italiano – 10. Estinzione della fideiussione per fatto del creditore e transazione con uno dei fideiussori nel diritto italiano

1. Remissione a favore di uno tra più fideiussori per lo stesso debito

L'art. 1283 del codice civile previgente disponeva: «La liberazione accordata dal creditore ad uno de' suoi fideiussori senza il consenso degli altri, profitta ai medesimi per la parte di quello che fu liberato».

La remissione di un fideiussore portava quindi a un'estinzione generale limitata; qualora tuttavia gli altri garanti avessero consentito alla liberazione, il loro vincolo non subiva alcuna decurtazione¹⁰⁸⁰.

A fondamento della regola dell'estinzione parziale dei confideiussori estranei si indicava l'esistenza del limite costituito dal regresso fra i confideiussori: i fideiussori estranei alla remissione si sarebbero trovati penalizzati se fossero rimasti tenuti per l'intero senza possibilità di rivalsa verso il fideiussore liberato, cosicché si sarebbe resa necessaria la soluzione della parziale estinzione del loro vincolo nei confronti del creditore stesso¹⁰⁸¹.

Qualora fosse intervenuto il consenso alla remissione, si riteneva che i confideiussori estranei non avessero più rivalsa contro il consorte liberato¹⁰⁸².

Così nella dottrina di lingua francese come in quella italiana si discuteva se l'effetto estintivo parziale si producesse o no anche in favore di un fideiussore che avesse assunto la garanzia solo successivamente agli altri¹⁰⁸³.

¹⁰⁸⁰ Il consenso avrebbe comportato rinuncia al *beneficium divisionis* secondo R. CERCIELLO, *La remissione del debito nel diritto civile positivo*, cit., p. 135.

¹⁰⁸¹ F. RICCI, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, III ed. (rist.), vol. VI, a cura di F. Caire, Torino, 1912, num. 307, p. 380.

¹⁰⁸² R. CORSI, *La fidejussione considerata nei rapporti del codice civile*³, cit., pp. 238, 485.

¹⁰⁸³ G. BAUDRY-LACANTINERIE, L. BARDE, *Delle obbligazioni*, vol. III, cit., num. 1797, pp. 126 s., osservavano che la soluzione dell'efficacia generale limitata, ricavabile dagli artt. 1283 e 1285, 1° co.,

In base all'art. 1239, cpv., primo periodo, del codice civile vigente, «La remissione accordata a uno dei fideiussori non libera gli altri che per la parte del fideiussore liberato».

La remissione in favore di un confideiussore dispiega, a favore dei congaranti, un'efficacia generale limitata; la decurtazione del vincolo dei fideiussori estranei si giustifica, secondo quanto si ritiene in dottrina, in quanto, in mancanza, essi resterebbero tenuti per l'intero verso il creditore senza poter agire in regresso verso il consorte liberato¹⁰⁸⁴.

La disposizione prosegue affermando che «[...] se gli altri fideiussori hanno consentito la liberazione, essi rimangono obbligati per l'intero» (art. 1239, cpv., secondo periodo, cod. civ.).

Questa previsione viene ordinariamente intesa nel senso che i confideiussori non remissari che consentono alla liberazione e rimangono integralmente obbligati non hanno regresso contro il consorte liberato¹⁰⁸⁵.

cod. civ. fr., in relazione all'ipotesi dei confideiussori, non riguarderebbe l'ipotesi della remissione a favore di un fideiussore che avesse assunto il proprio obbligo solo successivamente rispetto agli altri «e senza che il suo impegno fosse una condizione di quello degli altri» (*op. cit.*, p. 126), poiché «questi non avevano potuto contare, quand'eran intervenuti, sul ricorso che avrebbero avuto contro il fideiussore liberato, e la liberazione di esso non cagiona quindi loro alcun danno»; né tale conclusione costituirebbe una penalizzazione per gli altri garanti, un'alterazione *in peius* della loro responsabilità: infatti, «Il fatto che un nuovo fideiussore sia venuto, in seguito, a garantire il medesimo debito, non ha per effetto di modificare l'impegno degli altri fideiussori» (citaz. a p. 127).

In senso diverso è l'opinione di F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. XVIII, 5^e éd., Bruxelles-Paris, 1893, num. 373, p. 400, secondo cui «Il est vrai que, dans ce cas, les autres cautions n'ont pas pu compter sur un recours contre cette caution. Néanmoins nous préférons maintenir le principe que chaque caution n'est tenue que de sa part dans la dette. Le créancier, en faisant remise à l'une d'elles, ne peut pas aggraver la charge des autres, à quelque époque qu'elles se soient engagées (art. 2037)». Respinge la distinzione, perché la lettera della norma non l'autorizzerebbe, anche G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, vol. VII, 7^a ed., Firenze, 1910, num. 328, p. 441.

La restrizione della regola alle sole garanzie anteriori o contestuali si ritrova già in R.-J. POTHIER, *Trattato delle obbligazioni*, t. III, cit., num. 581, p. 138: «La liberazione personale accordata a un fideiussore non libera egualmente i suoi confidejussori [...]. Tuttavia se i confidejussori hanno potuto far calcolo sul regresso che avrebbero avuto, pagando, contro il fidejussore liberato dal creditore, per aver contratta la fidejussione unitamente all'altro fidejussore o dopo di lui, in tale caso l'equità esige che la liberazione a questo accordata liberi egualmente loro stessi in quanto alla quota per cui egli non avrebbero avuto, pagando, il regresso contro quello stesso fidejussore, qualora non fosse stato liberato».

¹⁰⁸⁴ Per il legame tra estinzione generale limitata e diritto di regresso fra i confideiussori v. F. PELLEGRINI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da M. D'Amelio ed E. Finzi, *Libro delle Obbligazioni*, vol. I, Firenze, 1948, sub art. 1240, p. 142; P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento. Art. 1230-1259*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1975, p. 248; L. SOLIDORO MARUOTTI, *La remissione del debito*, in A. BURDESE ed E. MOSCATI (a cura di), *I modi di estinzione*, in *Trattato delle obbligazioni*, diretto da L. Garofalo e M. Talamanca, Padova, 2008, p. 601. In una diversa prospettiva sembra porsi M. FRAGALI, *Delle obbligazioni*, cit., pp. 455 s.

¹⁰⁸⁵ Ritiene E. COLAGROSSO, *Il libro delle obbligazioni (parte generale)*, Milano, 1943, sub art. 1239, p. 112, che la norma per cui la remissione concessa a un confideiussore non libera gli altri quando sussiste il loro consenso troverebbe fondamento nel fatto che «il consenso equivale a rinuncia del beneficio di divisione, spettante ai confideiussori tra loro». P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, cit., p. 249, osserva: «L'assenso prestato [...] implica la rinuncia ad avvalersi del diritto di regresso previsto nell'art. 1954»; L. SOLIDORO MARUOTTI, *La remissione del debito*, cit., p. 601, afferma che «il creditore non può incidere sul diritto di regresso spettante ai fideiussori esclusi dal beneficio e contrari alla liberazione del loro confideiussore. Solo se prestano il loro consenso alla remissione verso uno di essi, gli altri confideiussori rinunciano al diritto di regresso verso il remissario».

La lettera della norma, tuttavia, sembra ammettere non solo questa lettura, ma anche quella in base alla quale i confideiussori estranei rimangono tenuti per l'intero senza tuttavia perdere il diritto di regresso verso il remissario; quest'ultimo potrà rifarsi sul debitore principale oppure anche, se la remissione accordatagli fosse da intendere come definitiva liberazione anche da eventuali pretese in regresso dei confideiussori, contro il creditore stesso.

In realtà appare opportuno distinguere fra confideiussione e pluralità di fideiussioni indipendenti. Nel primo caso i garanti sono legati tra loro da un rapporto particolare, da cui sorge un regresso autonomo rispetto al diritto spettante al comune creditore. In questo caso, ancorché vi sia il consenso dei confideiussori che rimangono obbligati alla liberazione di un consorte, ciò non sembra implicare necessariamente rinuncia al regresso nei suoi confronti in base al rapporto tra i garanti stessi. Si pone però il dubbio di quale sia, allora, la funzione svolta dal consenso dato alla liberazione. Come si vedrà nel prosieguo, in caso di confideiussione sembra ammissibile la possibilità per il creditore di accordare una remissione con efficacia particolare a uno dei garanti, facendo salvo di conseguenza il suo diritto all'intero verso gli altri; né una simile remissione richiede il consenso dei fideiussori non liberati, come appare corretto ritenere accada anche nel caso di obbligazione solidale in genere. Il consenso alla liberazione non è dunque, in caso di confideiussione, requisito indispensabile per evitare la parziale estinzione del vincolo dei fideiussori non liberati. Questa conclusione non toglie però qualunque valore al consenso alla liberazione: esso può infatti avere il significato di una rinuncia all'operatività dell'estinzione *ex art. 1955 cod. civ.*, norma da ritenere applicabile anche in caso di remissione in favore di un confideiussore.

Quando invece si versi in ipotesi di pluralità di fideiussioni indipendenti, in cui manca un rapporto particolare tra i garanti suscettibile di fondare un regresso autonomo rispetto al diritto spettante al creditore, il consenso alla liberazione ha invece la funzione di precludere l'effetto estintivo in favore dei fideiussori non liberati, e questi resteranno tenuti per l'intero senza possibilità di rivalersi sul remissario o sul creditore.

Se il fideiussore indipendente che ottiene la remissione dal creditore non è a conoscenza della presenza di altri garanti, potrà opporre la remissione concessagli anche contro una pretesa da parte di altri fideiussori, consista essa nel diritto originario acquisito in via di surrogazione o nel diritto di regresso¹⁰⁸⁶. Peraltro questa remissione produce normalmente un effetto parzialmente liberatorio in favore degli altri fideiussori, giusta il disposto dell'art. 1239 cod. civ., norma che in questo caso non può ritenersi derogata dal creditore perché, in ipotesi, questi non palesa al remissario, tramite una riserva di agire nei confronti di costoro, l'esistenza di altri garanti per lo stesso debito.

Ebbene, il consenso alla liberazione di un fideiussore indipendente prestato dagli altri ha il significato di escludere l'applicabilità di tale norma, con il risultato che la remissione produrrà efficacia solo a favore del debitore direttamente interessato, senza comportare alcuna decurtazione del vincolo degli altri, che resteranno tenuti per l'intero.

Sostanzialmente analoga appare la posizione di M. FRAGALI, *Delle obbligazioni*, cit., pp. 455 s., a parere del quale «quando la remissione a favore di uno solo dei fideiussori è accordata con il consenso degli altri, si deve ritenere che i confideiussori abbiano assunto a proprio carico la fideiussione per l'intera obbligazione garantita».

¹⁰⁸⁶ Si rinvia, per questa conclusione e i relativi riferimenti, a quanto si è affermato al par. 5, sez. IV, cap. VI, sull'opponibilità nei rapporti interni tra condebitori in solido dell'ottenuta remissione con efficacia particolare.

Il remissario, invece, non potrebbe opporre in sede di regresso l'ottenuta liberazione qualora fosse al corrente dell'esistenza di altri garanti¹⁰⁸⁷. In questo caso il consenso alla liberazione da parte dei fideiussori non liberati comporterà la rinuncia all'azione di regresso verso il remissario.

In tutti i casi, inoltre, il consenso alla liberazione varrà anche come rinuncia a valersi della causa estintiva di cui all'art. 1955 cod. civ.

Ci si chiede se, in caso di remissione di un fideiussore non consentita dagli altri, l'insolvenza di un congarante debba essere sopportata dal creditore, che non potrà chiedere ai fideiussori non liberati la frazione della quota dell'insolvente che sarebbe spettata al remissario, o invece debba far carico, in sede di regresso, al fideiussore liberato, che dunque potrà essere tenuto ad assumersi nei rapporti interni una frazione proporzionale alla sua quota nell'insolvenza di un altro fideiussore¹⁰⁸⁸. La seconda soluzione sembra da preferire, in quanto risulta la più coerente con il principio di stretta interpretazione delle rinunce¹⁰⁸⁹.

Quando invece la remissione sia stata consentita dagli altri garanti, appare condivisibile l'opinione di chi ritiene di dover differenziare a seconda che gli altri garanti abbiano inteso o no riservarsi la propria pretesa verso il remissario in caso di insolvenza di un congarante¹⁰⁹⁰.

Si è sostenuto che in caso di remissione concessa al confideiussore tenuto in via esclusiva nei rapporti interni, si avrà integrale liberazione anche degli altri congaranti che non abbiano consentito alla remissione. Se invece costoro hanno prestato il loro consenso, vi sarà un regresso *pro parte* fra i garanti non remissari, restando invece il fideiussore liberato del tutto estraneo all'obbligo di regresso, ancorché inizialmente fosse l'unico reponsabile nei rapporti interni¹⁰⁹¹.

In realtà, un'integrale liberazione potrà aversi soltanto se il creditore fosse a conoscenza dell'assetto dei rapporti interni; diversamente dovrà propendersi per un effetto estintivo pari alla sola quota virile, secondo quanto si è più diffusamente illustrato parlando del problema dell'errata stima della quota del remissario in ipotesi di remissione con efficacia generale limitata.

Appare poi corretto ritenere che se, viceversa, della remissione approfitta un confideiussore che non deve sopportare alcunché in base ai rapporti interni, non si avrà alcuna decurtazione del vincolo degli altri garanti¹⁰⁹².

2. Rinuncia a una garanzia verso corrispettivo

¹⁰⁸⁷ Si rinvia ancora, anche per riferimenti al par. 5, sez. IV, cap. VI.

¹⁰⁸⁸ Nel primo senso, sotto il vigore del codice abrogato, G. LOMONACO, *Delle obbligazioni e dei contratti in genere*, vol. II, 2^a ed. (rist.), con appendici del prof. F. Degni, Napoli-Torino, 1925, num. 146, pp. 307 s. Nel secondo senso v. P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, cit., pp. 248 s.; L. SOLIDORO MARUOTTI, *La remissione del debito*, cit., p. 601: «Se risulta poi insolvente un confideiussore non consenziente o che si sia riservato il diritto di regresso, la perdita va ripartita tra gli altri e lo stesso confideiussore liberato: dedotta la parte del confideiussore remissario, il creditore può agire contro i confideiussori solvibili, che possono rivalersi anche sul confideiussore liberato, per la parte proporzionale alla sua quota».

¹⁰⁸⁹ Si veda anche quanto osservato sul medesimo problema in relazione alla solidarietà debitoria in genere nel cap. VI.

¹⁰⁹⁰ P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, cit., pp. 249 s.

¹⁰⁹¹ P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, cit., p. 250.

¹⁰⁹² *Ibidem*.

L'art. 1288 cod. civ. fr. dispone che «*Ce que le créancier a reçu d'une caution pour la décharge de son cautionnement doit être imputé sur la dette, et tourner à la décharge du débiteur principal et des autres cautions*»¹⁰⁹³.

Anche ai sensi dell'art. 1284 del cod. civ. 1865, «In ogni caso ciò che il creditore ha ricevuto da un fideiussore per liberarlo dalla cauzione, deve imputarsi al debito e portarsi a scarico del debitore principale e degli altri fideiussori»¹⁰⁹⁴.

La norma ha suscitato molte critiche nella dottrina francese e in quella italiana.

Muovendo dall'impostazione data alla questione da POTHIER¹⁰⁹⁵, si è osservato che la somma ricevuta dal creditore a fronte della liberazione del fideiussore rappresenta la contropartita di un rischio che il creditore rimettente si assume; egli infatti si addossa il peso dell'eventuale insolvenza del debitore principale e degli altri confideiussori, correlativamente esonerandone il fideiussore che ottiene la liberazione. Il contratto con cui il creditore libera il fideiussore verso il pagamento di una somma rappresenta pertanto un «contratto aleatorio»¹⁰⁹⁶. La prestazione effettuata dal fideiussore non sarebbe un «pagamento parziale del debito garantito»; al contrario essa andrebbe considerata il «prezzo del rischio dell'insolvenza» che il creditore si assume¹⁰⁹⁷. Imputando, come prevede la norma richiamata, al debito principale quanto ricevuto dal fideiussore liberato, si priva il creditore dei vantaggi che gli derivano da tale contratto, lasciando a suo carico esclusivamente un rischio¹⁰⁹⁸. Sicché assai incisivamente si è osservato che «[i]n tali condizioni nessun creditore consentirà ad accordare la liberazione del fideiussore, perché la probabilità di perdita ch'egli viene a correre, non è compensata da una probabilità di guadagno»¹⁰⁹⁹.

¹⁰⁹³ Per riferimenti ai lavori preparatori del *code civil* in relazione alla disposizione richiamata v. G. BAUDRY-LACANTINERIE, L. BARDE, *Delle obbligazioni*, vol. III, cit., num. 1798, pp. 127 ss.

¹⁰⁹⁴ In dottrina v. R. CORSI, *La fidejussione considerata nei rapporti del codice civile*³, cit., p. 238; V. CAMPOGRANDE, *Trattato della fideiussione nel diritto odierno*, cit., num. 767, pp. 567 s.

¹⁰⁹⁵ R.-J. POTHIER, *Trattato delle obbligazioni*, t. III, cit., num. 582, pp. 139 ss., che si richiama all'opinione di MOLINEO.

¹⁰⁹⁶ Per questa impostazione v. G. BAUDRY-LACANTINERIE, L. BARDE, *Delle obbligazioni*, vol. III, cit., num. 1797, p. 129, da cui anche l'espressione citata, già impiegata da R.-J. POTHIER, *Trattato delle obbligazioni*, t. III, num. 582, p. 141. In un analogo ordine di idee v. G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, VII⁷, cit., num. 329, p. 442 ss.; F. RICCI, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, vol. VI³, cit., num. 307, pp. 380 s.

¹⁰⁹⁷ Le espressioni tra virgolette sono di G. BAUDRY-LACANTINERIE, L. BARDE, *Delle obbligazioni*, vol. III, cit., num. 1798, p. 129.

¹⁰⁹⁸ G. BAUDRY-LACANTINERIE, L. BARDE, *Delle obbligazioni*, vol. III, cit., num. 1799, p. 129; similmente F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, vol. XVIII⁵, cit., num. 374, p. 400; nella dottrina italiana condivide tali rilievi critici V. CAMPOGRANDE, *Trattato della fideiussione nel diritto odierno*, cit., num. 767, pp. 567 s. G. BAUDRY-LACANTINERIE, L. BARDE, *Delle obbligazioni*, vol. III, cit., num. 1798, p. 128, in nota, ritengono inconsistente l'argomento per cui l'imputazione al debito principale si impone per evitare il pericolo di frodi in danno degli altri condebitori; la mancata imputazione infatti ha come unica conseguenza l'esclusione di ogni rivalsa che al fideiussore *solvens* spetterebbe verso i congaranti in ragione del suo esborso, cosicché egli «finisce per sopportar da solo il fatto pagamento»; questo renderebbe inconsistente il timore di accordi fraudolenti; in senso conforme, nella dottrina italiana, si esprime V. CAMPOGRANDE, *Trattato della fideiussione nel diritto odierno*, cit., num. 767, p. 569.

Critico rispetto alla scelta del legislatore è anche G. LOMONACO, *Delle obbligazioni e dei contratti in genere*, vol. II², cit., num. 147, pp. 308 ss., che peraltro conclude nel senso della inderogabilità, a fronte dell'inequivoco tenore letterale della norma, rafforzata nel codice italiano dall'aggiunta dell'espressione «in ogni caso», della regola dell'imputazione al debito principale.

¹⁰⁹⁹ Le parole sono di G. BAUDRY-LACANTINERIE, L. BARDE, *Delle obbligazioni*, vol. III, cit., num. 1798, p. 129. V. anche F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, vol. XVIII⁵, cit., num. 374, p. 400: «A ces conditions-là, le créancier n'accordera jamais la décharge à une caution».

Si è osservato che la possibilità che un rischio di insolvenza non sussista nel caso concreto, con conseguente difetto di «alea» e così della «causa» dell'accordo¹¹⁰⁰, e incameramento senza giusta causa da parte del creditore della somma versatagli dal fideiussore, non giustificerebbe la regola in esame: se si volesse tener conto di una simile eventualità, dovrebbe coerentemente applicarsi la distinzione proposta da POTHIER, in base alla quale l'imputazione al debito principale è necessaria allorché manchi un rischio di insolvenza; senonché i margini per una tale prova risultano alquanto ristretti¹¹⁰¹; lo stesso POTHIER riteneva «presunto» il rischio di insolvenza nel fatto stesso che il fideiussore sopportasse un esborso pur di ottenere la liberazione¹¹⁰².

Non è infrequente poi il rilievo della facile possibilità di elusione della norma: è sufficiente, per aggirare la disposizione, che il creditore, ricevuta la somma dal fideiussore, lo liberi senza dare atto del pagamento ricevuto¹¹⁰³.

A sostegno della regola in esame si è invece sostenuto che l'accordo tra il creditore e un fideiussore con cui il primo riceva una pagamento parziale a fronte della liberazione del garante possa comunque rivestire interesse per il creditore stesso, malgrado quanto ricevuto debba essere portato in deduzione dal debito principale: il creditore infatti potrebbe essere disposto a liberare il garante pur di ottenere uno spontaneo pagamento parziale, che gli evita le lungaggini e il rischio di soccombenza che si presenterebbero se dovesse agire in giudizio¹¹⁰⁴.

La norma in esame esige, come è stato rilevato¹¹⁰⁵, di essere coordinata con l'art. 1284 cod. civ. abr., in tema di estinzione della fideiussione per fatto del creditore, giacché entrambe le disposizioni vengono in considerazione nel caso di liberazione di un fideiussore da parte del creditore. Si è così sostenuto che se il corrispettivo per la liberazione sia inferiore alla quota di spettanza del fideiussore, sarà tale quota e non il corrispettivo a dover essere defalcato dal debito degli altri fideiussori; mentre se tale corrispettivo è maggiore (eventualità che non è da escludersi, posto che il fideiussore ben potrebbe essere disposto a versare una somma superiore alla propria quota pur di

¹¹⁰⁰ Impiega tali espressioni, in questo contesto, v. V. CAMPOGRANDE, *Trattato della fideiussione nel diritto odierno*, cit., num. 767, pp. 567 s.

¹¹⁰¹ V. CAMPOGRANDE, *Trattato della fideiussione nel diritto odierno*, cit., num. 768, pp. 569.

¹¹⁰² R.-J. POTHIER, *Trattato delle obbligazioni*, t. III, num. 582, pp. 142 s.

¹¹⁰³ V. CAMPOGRANDE, *Trattato della fideiussione nel diritto odierno*, cit., num. 768, p. 569, che conclude peraltro nel senso che «è da ritenersi non valida la convenzione con cui il creditore e il fideiussore pattuiscono che il compenso accordato non debba essere imputato al debito» (*op. cit.*, p. 570); G. BAUDRY-LACANTINERIE, L. BARDE, *Delle obbligazioni*, vol. III, cit., num. 1798, p. 130, rilevando peraltro che l'espedito non mette del tutto al riparo il creditore dall'eventualità di dover imputare quanto ricevuto al debito principale, poiché resta aperta la possibilità che si veda deferire il giuramento.

¹¹⁰⁴ Per riferimenti su questo argomento v. F. BENTELE, *Gesamtschuld und Erlass*, cit., p. 106.

¹¹⁰⁵ Cfr. L. BORSARI, *Commentario del codice civile italiano*, vol. III, pt. II, cit., *sub* artt. 1282-1284, § 3246, p. 743. Alla questione sembra fare riferimento, se pur sinteticamente, anche F. RICCI, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, VI³, cit., num. 307, p. 381, il quale condivide le critiche alla regola dell'imputazione al debito principale di quanto ottenuto dal creditore per la liberazione del fideiussore, ma le ritiene fondate solo in relazione ai «rapporti tra debitore e creditore», non per i rapporti «tra il creditore e gli altri fideiussori»: i fideiussori non liberati «non potendo essere pregiudicati dal fatto di costui [*scil.*: del creditore], hanno diritto di essere scaricati della quota, per la quale avrebbero avuto regresso contro l'altro fideiussore, se il creditore non lo avesse liberato».

non dover sborsare l'importo dell'intero debito¹¹⁰⁶), non dovrà essere dedotta la quota bensì proprio il corrispettivo versato¹¹⁰⁷.

L'ipotesi prevista dell'art. 1284 cod. civ. abr. è stata ritenuta estranea alla nozione di transazione, perché mediante la liberazione del fideiussore a fronte di un corrispettivo «nessun rapporto incerto viene definito»¹¹⁰⁸.

Ai sensi dell'art. 1240, del codice civile vigente, «Il creditore che ha rinunciato, verso corrispettivo, alla garanzia prestata da un terzo deve imputare al debito principale quanto ha ricevuto, a beneficio del debitore e di coloro che hanno prestato garanzia per l'adempimento dell'obbligazione».

Parte della dottrina rinviene il fondamento della disposizione nell'esigenza di prevenire «un indebito arricchimento del creditore»¹¹⁰⁹, perché in mancanza di tale regola il creditore riceverebbe non solo il *quantum* dovuto in base all'obbligazione, ma anche la somma versata dal garante per la propria liberazione¹¹¹⁰.

Si ammette¹¹¹¹ che in alcuni casi la prestazione ottenuta dal creditore costituisca «il corrispettivo del rischio» che il creditore stesso si assume con riguardo all'eventualità che il debitore e gli altri garanti risultino insolventi; sennonché la previsione legislativa avrebbe proprio lo scopo di «evitare un'indagine sulla volontà delle parti», implicante in questo caso anche «un'indagine sulle condizioni patrimoniali del debitore», quale operazione malsicura che si ritiene opportuno non intraprendere, optando per una «valutazione legale degli effetti delle pattuizioni intercorse fra creditore e fideiussore». Il dettato normativo, essendo il suo scopo quello della «tutela del debitore e dei confideiussori», non sarebbe superabile, a pena di invalidità della convenzione difforme¹¹¹².

¹¹⁰⁶ Per questa puntualizzazione v. L. BORSARI, *Commentario del codice civile italiano*, vol. III, pt. II, cit., *sub artt.* 1282-1284, § 3246, p. 743, nt. 2.

¹¹⁰⁷ L. BORSARI, *Commentario del codice civile italiano*, vol. III, pt. II, cit., *sub artt.* 1282-1284, § 3246, p. 743.

¹¹⁰⁸ A. BUTERA, *La definizione dei rapporti incerti*, I, *La transazione*, Torino, 1933, num. 23, p. 56, il quale precisa che «Il fatto [...] che il creditore è costretto ad imputare ciò che non è parte del suo avere, ma prezzo di un rischio, volontariamente assunto, rimuove l'*aliquid datum aliquid retentum*, che è altro requisito essenziale della transazione» (*ivi*, num. 23, p. 57).

¹¹⁰⁹ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, cit., p. 474, da cui l'espressione citata; similmente F. PELLEGRINI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, cit., p. 143; G. LONGO, *Diritto delle obbligazioni*, Torino, 1950, p. 247 («se il creditore ha conseguito un'utilità dalla remissione non potrebbe, senza realizzare [un] arricchimento ingiusto, richiedere poi, dall'obbligato principale o dai fideiussori, l'adempimento completo dell'obbligazione»); M. FRAGALI, *Delle obbligazioni*, cit., p. 456; P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, cit., p. 252; P. STANZIONE, voce *Remissione del debito*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. XVI, Torino, 1997, p. 593; L. SOLIDORO MARUOTTI, *La remissione del debito*, cit., p. 603.

In questo senso appare orientata anche G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione e solidarietà*, cit., p. 199, secondo cui la norma in esame precluderebbe al creditore di trarre un vantaggio ulteriore rispetto a quanto spettantegli in base all'obbligazione principale.

¹¹¹⁰ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, cit., p. 474;

¹¹¹¹ Per i rilievi che seguono, v. M. FRAGALI, *Delle obbligazioni*, cit., p. 456, da cui anche le citazioni.

¹¹¹² M. FRAGALI, *Delle obbligazioni*, cit., p. 456 («non è valida la convenzione che escluda l'imputazione del pagato al debito garantito»). Per il riferimento alla prassi di apporre una condizione risolutiva alla rinuncia, onde dar luogo alla reviviscenza della fideiussione nel caso in cui uno degli altri garanti chieda che l'importo versato dal fideiussore liberato venga imputata al debito, v. E. COLAGROSSO, *Il libro delle obbligazioni (parte generale)*, cit., *sub art.* 1240, p. 112; M. FRAGALI, *Delle obbligazioni*, cit., p. 456.

3. Estinzione della fideiussore per fatto del creditore (art. 1955 cod. civ.)

Alla data della sua entrata in vigore il *code civil* prevedeva, all'art. 2037, che «*La caution est déchargée, lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du créancier, ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution*». Con l'art. 49 della *Loi n° 84-148*, del 1° marzo 1984¹¹¹³, con decorrenza dal 1° marzo 1985, venne introdotto l'inciso, in chiusura dell'articolo, per cui «*Toute clause contraire est réputée non écrite*». La disposizione così modificata venne poi, con la *Ordonnance n° 2006-346*, del 23 marzo 2006¹¹¹⁴, trasfusa nell'art. 2314 cod. civ. fr.

Anche ai sensi dell'art. 1928 cod. civ. 1865, «Il fideiussore anche in solido è liberato, allorché per fatto del creditore non può aver effetto a favore del fideiussore medesimo la surrogazione nelle ragioni, nelle ipoteche e nei privilegi del creditore».

Oltre a essere disputato in dottrina se tale norma si applicasse o no anche al condebitore in solido¹¹¹⁵, si discuteva se l'impossibilità di surrogarsi riguardasse esclusivamente le garanzie anteriori e contestuali alla fideiussione o anche quelle ottenute solo successivamente dal creditore¹¹¹⁶.

¹¹¹³ *Loi n° 84-148 du 1 mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises.*

¹¹¹⁴ *Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés.*

¹¹¹⁵ In senso negativo E. PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, vol. V, pt. II⁵, cit., num. 307, p. 517 (che esclude altresì l'applicabilità della norma al «terzo detentore degli immobili ipotecati», ma la ritiene operante in favore del terzo datore di ipoteca); V. CAMPOGRANDE, *Trattato della fideiussione nel diritto odierno*, cit., num. 852, p. 639, in quanto disposizione di carattere eccezionale dettata esclusivamente per la fideiussione (è esclusa anche l'estensione al terzo datore di ipoteca e al terzo possessore di bene ipotecato: *op. cit.*, num. 853, pp. 639 s.); N. DE CRESCENZIO, C. FERRINI, voce *Obbligazione*, cit., p. 481, sia in base a ragioni storiche, sia alla stregua del tenore testuale del 1928 cod. civ. abr., laddove si prevede la liberazione del fideiussore *anche* in solido (oltretutto di quello con beneficio di escussione), da cui sembrerebbe che la liberazione si verifichi «*nonostante la solidarietà*» (*op. cit.*, p. 481, corsivo nel testo; lo ritiene invece «un argomento favorevole al condebitore in solido» L. BELLAVITE, *Note illustrative e critiche al codice civile del Regno*, cit., p. 216), onde andrebbe esclusa l'estensione della disposizione ai condebitori in solido; a ciò si aggiunge la diversità tra il caso del fideiussore (ancorché obbligato in solido col debitore principale) e quello dei condebitori: nel primo il creditore sarebbe sempre a conoscenza dei rapporti interni fra debitore e garante, mentre potrebbe essere all'oscuro di essi nel secondo caso; F. RICCI, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, vol. VI³, cit., num. 174, p. 219, sul duplice rilievo che la norma parla di fideiussore solidale ma non menziona il condebitore in solido, e che «nella fideiussione solidale si verifica il concorso di più obbligazioni connesse, mentre nel debito solidale vi ha concorso di più persone in una stessa obbligazione, quindi le disposizioni concernenti il fideiussore non possono estendersi al condebitore in solido».

La soluzione estensiva era invece stata propugnata da R.-J. POTHIER, *Trattato delle obbligazioni*, t. III, cit., num. 520, p. 65: «Quando più persone contraggono una obbligazione solidaria, ciascuna di esse non si obbliga alla totalità se non che per la fiducia che, pagando la totalità, potrà avere il regresso contro le altre. Se adunque tale fiducia viene a mancare per fatto proprio del creditore che si è reso incapace di cedere le sue ragioni contro uno dei debitori ch'egli ha liberato, non può più agire solidariamente contro gli altri se non che sotto la deduzione delle quote per cui avrebbero potuto rivolgersi contro il debitore liberato». In questa direzione, seppure con alcuni distinguo, anche L. BELLAVITE, *Note illustrative e critiche al codice civile del Regno*, cit., p. 217: il dovere a carico del creditore sussisterebbe solo in relazione ai vincoli sui quali il condebitore ha fatto affidamento al momento dell'assunzione dell'obbligo, sicché la norma si applicherebbe solo nel caso di obbligazioni assunte «volontariamente», ed esclusivamente con riferimento «alle cauzioni» preesistenti e note al condebitore o venute in essere contestualmente al suo impegno.

¹¹¹⁶ In senso restrittivo E. PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, vol. V, pt. II⁵, cit., num. 307, p. 517; F. RICCI, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, vol. IX³, cit., num. 381, pp. 590 ss.; L. BELLAVITE, *Note illustrative e critiche al codice civile del Regno*, cit., p. 217 (con riguardo all'ipotesi del

I sostenitori dell'interpretazione meno favorevole per il garante muovevano dal presupposto che la norma trovasse giustificazione nell'affidamento riposto dal fideiussore, al momento della concessione della garanzia, sull'esistenza di altre cautele attraverso le quali poter ottenere il rimborso di quanto eventualmente sborsato al creditore; e se tale era il fondamento della norma, ne derivava che le garanzie che il creditore aveva l'onere di preservare a vantaggio del fideiussore non potevano essere se non quelle anteriori o contestuali alla fideiussione stessa, perché sulle altre il fideiussore non avrebbe potuto fare alcun affidamento¹¹¹⁷.

La soluzione estensiva veniva invece motivata, fra l'altro, con il parallelo rispetto alla surrogazione nelle ragioni del creditore soddisfatto, comprensiva di tutte le garanzie che assistevano il debito principale, sorte prima o dopo quella del *solvens*¹¹¹⁸.

Parte della dottrina accentuava il profilo del necessario danno per il fideiussore come presupposto per l'applicazione della norma e la conseguente liberazione del garante¹¹¹⁹.

condebitore in solido); e già R.-J. POTHIER, *Trattato delle obbligazioni*, t. III, cit., num. 520, p. 65; in giurisprudenza, Cass. 25 maggio 1939, in *Sett. Cass.*, 1939, num. 1752, cc. 901 s.

Diversamente orientati sono E. REDENTI, voce *Fideiussione*, cit., p. 145; V. CAMPOGRANDE, *Trattato della fideiussione nel diritto odierno*, cit., num. 847, p. 635; R. CORSI, *La fideiussione considerata nei rapporti del codice civile*³, cit., pp. 185 ss., 594; L. BORSARI, *Commentario del codice civile italiano*, vol. IV, pt. II, Torino, 1881, *sub art.* 1928, § 4099, pp. 366 s.; C. BO, voce *Fideiussione (diritto civile)*, cit., pp. 1128 s.

¹¹¹⁷ R.-J. POTHIER, *Trattato delle obbligazioni*, t. III, cit., num. 520, pp. 64 s.; F. RICCI, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, vol. IX³, cit., num. 381, pp. 590 ss.; con riguardo all'ipotesi del condebitore in solido, L. BELLAVITE, *Note illustrative e critiche al codice civile del Regno*, cit., p. 217.

¹¹¹⁸ V. CAMPOGRANDE, *Trattato della fideiussione nel diritto odierno*, cit., num. 847, p. 636. Secondo questo autore, inoltre, sarebbe irrilevante l'indagine sulla possibilità o no per il fideiussore di fare affidamento sulle garanzie prestate successivamente, poiché il dovere per il creditore di conservare le garanzie avrebbe fonte legale e non contrattuale e costituirebbe «sanzione del subingresso contemplato dall'art. 1916» (*op. cit.*, num. 847, p. 637). Sull'estensione della surrogazione ai diritti acquisiti successivamente v. *op. cit.*, num. 687, pp. 474 s. V. anche C. BO, voce *Fideiussione (diritto civile)*, cit., pp. 1128 s.

¹¹¹⁹ Si veda quanto osservato da E. REDENTI, voce *Fideiussione*, cit., p. 145, secondo cui «la liberazione del fideiussore [...] sarà direttamente proporzionale al danno che avrebbe effettivamente subito il fideiussore per il mancato subingresso. Per conseguenza, per es., costui non sarà affatto liberato (perché dal mancato subingresso non risente nessun danno) se le garanzie reali o privilegi erano inutili (per incapienza del patrimonio del debitore o altrimenti [...]) o superflui attesa la solvibilità del debitore»; V. CAMPOGRANDE, *Trattato della fideiussione nel diritto odierno*, cit., num. 845, pp. 634 s., num. 848, pp. 637 s., secondo cui il fideiussore «non può invocare la liberazione quando il fatto positivo o negativo che impedisce in astratto la surrogazione, non gli rechi effettivamente alcun danno. Se, per es., le ragioni, le ipoteche, i privilegi del creditore sono resi privi di valore da altre prevalenti guarentigie spettanti ad altri creditori, il garante non è liberato ancorché per il fatto del creditore che ha perduto la guarentigia non possa aver luogo la surrogazione» (*op. cit.*, p. 634), e inoltre «il fideiussore non è liberato ancorché il creditore abbia in qualunque modo perdute le sue ragioni e le guarentigie che aveva verso il debitore se questi non sia in stato d'insolvenza, e il fideiussore possa utilmente agire a termini dell'art. 1919 Cod. civ. it., e utilmente domandare la preventiva escussione del debitore a termini dell'art. 1906 Cod. civ. it.» (*op. cit.*, p. 635); F. RICCI, *Corso teorico-pratico di diritto civile*³, vol. IX, cit., num. 384, p. 597, il quale ritiene che «in tanto il fideiussore è dalla legge liberato, in quanto la surrogazione nelle ragioni del creditore non può avere effetto per colpa di costui: quindi la liberazione del fideiussore non rappresenta altro, nel concetto della legge, che l'indennità dovutagli dal creditore per il danno derivatogli dalla mancata surrogazione. Orbene, l'indennità deve essere in proporzione del danno recato; quindi la liberazione del fideiussore deve essere in relazione al danno che ad esso deriva dalla perdita delle guarentigie per colpa del creditore». V. inoltre L. BORSARI, *Commentario del codice civile italiano*, vol. IV, pt. II, cit., *sub art.* 1928, § 4098, p. 364; e, con riguardo all'ipotesi del condebitore in solido, L. BELLAVITE, *Note illustrative e critiche al codice civile del Regno*, cit., p. 218.

L'estinzione della fideiussione per fatto del creditore è attualmente prevista dall'art. 1955 cod. civ., in base al quale «La fideiussione si estingue quando, per fatto del creditore, non può avere effetto la surrogazione del fideiussore nei diritti, nel pegno, nelle ipoteche e nei privilegi del creditore».

La norma – che la dottrina ritiene inapplicabile al caso delle obbligazioni in solido come tali¹¹²⁰ – trova applicazione anche in relazione all'impossibilità di surrogarsi nelle garanzie fideiussorie prestate da altri soggetti¹¹²¹.

La dottrina maggioritaria ritiene che la liberazione del fideiussore si verifichi solo quando l'impossibilità di surrogazione riguardi garanzie già sussistenti al momento della concessione della fideiussione oppure prestate contestualmente a quest'ultima¹¹²².

A fondamento, invero non esplicitato in dottrina, di questa limitazione si può scorgere l'idea che il meccanismo estintivo di cui all'art. 1955 cod. civ. risponderebbe all'affidamento che il fideiussore ripone, al momento dell'assunzione del vincolo, sulla presenza di altre cautele come possibili strumenti per riottenere un ristoro, quantomeno parziale, in caso di pagamento al creditore garantito¹¹²³.

Si evidenzia anche che la norma imporrebbe al creditore un dovere di salvaguardare gli interessi del fideiussore¹¹²⁴.

In realtà la giustificazione basata sulla necessità di tutelare l'affidamento trascura la circostanza che la norma non dà alcun espresso rilievo alla consapevolezza in capo al fideiussore dell'esistenza di altre garanzie al momento del rilascio della fideiussione, e quindi riguarda anche le garanzie della cui esistenza il fideiussore non fosse consapevole al momento dell'assunzione del suo impegno.

Né la valutazione del fideiussore sulle prospettive della sua rivalsa contro altri soggetti in caso di pagamento è svolta soltanto e una volta per tutte al momento della concessione della fideiussione; non deve infatti sottovalutarsi il fatto che la surrogazione del garante *ex* art. 1949 cod. civ. comprende, secondo l'opinione preferibile e più diffusa, tutte le garanzie che assistono il credito al momento del

In giurisprudenza, v., ad es., Cass. 29 luglio 1940, in *Riv. dir. comm.*, 1941, II, p. 146, con nota redazionale, secondo cui «Il garante, che invoca l'art. 1928 per esimersi dall'obbligo assunto, deve provare che il comportamento del creditore gli causò danno».

¹¹²⁰ Cfr. D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit., pp. 240 ss.; M. GIORGIANNI, voce *Obbligazione solidale e parziaria*, in *Noviss. dig. it.*, vol XI, Torino, 1965, p. 684; A. RAVAZZONI, *La fideiussione*, cit., p. 48; B. CARPINO, *Del pagamento con surrogazione*, cit., pp. 84 s.; M. CASELLA, *Le garanzie personali in Italia nei secoli XIX e XX*, in *Les sûretés personnelles*, 3^{me} partie, Bruxelles, in *Recueils de la société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, 1969, pp. 279 ss.; A. GIUSTI, *La fideiussione e il mandato di credito*, cit., p. 267; G.F. CAMPOBASSO, *Coobbligazione cambiaria e solidarietà disuguale*, cit., pp. 259 s., 361.

¹¹²¹ Per questa precisazione, v. G. STELLA, *Le garanzie del credito*, cit., p. 621; ritiene la norma applicabile anche in relazione alle «garanzie personali» A. GIUSTI, *La fideiussione e il mandato di credito*, cit., p. 262. Ritiene l'art. 1955 cod. civ. applicabile al confideiussore L. ARU, *Della fideiussione*, cit., p. 424.

¹¹²² L. ARU, *Della fideiussione*, cit., p. 423 (argomentando dal difetto di nesso causale fra il fatto del creditore e l'impossibilità di surrogazione per il fideiussore); M. FRAGALI, *Delle obbligazioni*, cit., pp. 469, 470 s.; R. MICCIO, *Dei singoli contratti*², cit., p. 555; G. STELLA, *Le garanzie del credito*, cit., p. 621. *Contra* A. GIUSTI, *La fideiussione e il mandato di credito*, cit., p. 266, secondo cui la norma trova applicazione anche in relazione alle garanzie successivamente acquistate dal creditore.

¹¹²³ M. FRAGALI, *Delle obbligazioni*, cit., p. 467; R. MICCIO, *Dei singoli contratti*², cit., p. 555; G. BOZZI, *La fideiussione, le figure affini e l'anticresi*, cit., pp. 329 s.; G. STELLA, *Le garanzie del credito*, cit., p. 618

¹¹²⁴ G. STELLA, *Le garanzie del credito*, cit., p. 621.

pagamento, e non soltanto quelle presenti al momento del rilascio della fideiussione¹¹²⁵, cosicché ben potrebbe il fideiussore, ad esempio, valutare l'opportunità di stipulare una transazione col creditore anche in ragione delle possibilità di rivalsa contro altri garanti in quel momento sussistenti, onde anche per le garanzie acquisite successivamente al rilascio della fideiussione del transigente si pone il problema se il creditore possa liberamente disporre di esse in modo tale da rendere impossibile la surrogazione del fideiussore.

Certo quest'ultimo rilievo non esclude necessariamente la conclusione per cui l'affidamento del fideiussore circa la possibilità di surrogarsi nelle garanzie acquisite dal creditore in un momento successivo alla propria possa avere una tutela ridotta, e che, di conseguenza, il creditore possa precludere la surrogazione del fideiussore rispetto a tali, più recenti garanzie senza provocare la liberazione del fideiussore stesso, restandogli solo precluso, a pena di estinzione della garanzia fideiussoria, di impedire la surrogazione nelle garanzie anteriori o contestuali.

Resta tuttavia il fatto che l'art. 1955 cod. civ. non dà alcun espresso rilievo al tempo in cui le garanzie sono sorte e che la distinzione introdotta in via interpretativa sconta il limite di basarsi su un dato, quello dell'affidamento del fideiussore circa la presenza di altre garanzie, la cui esistenza non viene valutata caso per caso, ma è in sostanza presunta *iuris et de iure*.

Come già sotto il vigore del codice abrogato, si è ritenuto che la norma in esame postuli implicitamente la presenza di un danno effettivo a carico del fideiussore come

¹¹²⁵ Su questo rilievo si basa infatti A. GIUSTI, *La fideiussione e il mandato di credito*, cit., p. 266 per sostenere la propria conclusione che la norma in esame riguarderebbe anche le garanzie sorte successivamente alla fideiussione; anche A. VILLANI, "Fatto del creditore,, ed estinzione della fideiussione, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, p. 314, nt. 18, richiama l'art. 1949 cod. civ. per negare rilievo alla distinzione fra garanzie anteriori o contestuali e garanzie successive; analogamente, nel vigore del vecchio codice civile, C. BO, voce *Fideiussione (diritto civile)*, cit., pp. 1128 s.

Che il fideiussore si surroghi nei diritti spettanti al creditore al momento del pagamento e non della prestazione di garanzia è affermato da M. FRAGALI, *Delle obbligazioni*, cit., p. 385, precisando che in senso contrario non varrebbe riferirsi all'affidamento del fideiussore nelle garanzie anteriori o contestuali alla propria, giacché la surrogazione «non trova fondamento nella volontà delle parti, ma in quella della legge»; inoltre, restringendo la portata della surrogazione si differenzerebbe ingiustamente il trattamento del fideiussore rispetto al terzo adempiente in favore del quale operi la surrogazione secondo le norme generali di cui agli artt. 1201 ss. cod. civ.; ancora, la tesi restrittiva avrebbe come inaccettabile corollario quello per cui i garanti contro i quali non si surroga il fideiussore sarebbero liberati a seguito del pagamento, conseguendo un indebito arricchimento; ID. voce *Fideiussione b) Diritto Privato*, cit., p. 376; L. ARU, *Della fideiussione*, cit., p. 412; M. D'ORAZI FLAVONI, *Fideiussione. Mandato di credito. Anticresi*, cit., pp. 41 s.; F. MACARIO, *Garanzie personali*, cit., pp. 250 s.; G. STELLA, *Le garanzie del credito*, cit., p. 416. *Contra* B. CARPINO, *Del pagamento con surrogazione*, cit., p. 88, che, valorizzando l'impiego nell'art. 1949 cod. civ. dell'imperfetto «aveva», ritiene che la surrogazione abbia luogo nei diritti del creditore «così come erano al momento della costituzione del vincolo obbligatorio»; in questo senso, sotto il vigore del codice del 1865, anche G.M. MERLO, *La surrogazione per pagamento*, Padova, 1933, pp. 166, 253.

Più in generale sul collegamento fra l'art. 1955 e la surrogazione *ex art.* 1949 cod. civ., v. L. ARU, *Della fideiussione*, cit., p. 423; A. RAVAZZONI, *La fideiussione*, cit., p. 48; ID., voce *Fideiussione (diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, cit., p. 288; ID., voce *Fideiussione*, in *Dig.* 4^a ed., cit., p. 265; A. GIUSTI, *La fideiussione e il mandato di credito*, cit., p. 261. In relazione al codice previgente, v. C. BO, voce *Fideiussione (diritto civile)*, cit., p. 1127, secondo cui l'art. 1928 cod. civ. abr. avrebbe rappresentato «la sanzione che rafforza il precetto» di cui all'art. 1916, in tema di surrogazione del fideiussore»; e v. anche R. TORNABUONI, *L'art. 1928 Codice Civile e la liberazione del fideiussore*, nota a Cass. 31 maggio 1940, in *Riv. dir. comm.*, 1941, II, p. 140, che parla, in relazione alla norma di cui all'art. 1928 cod. civ. abr., di «evidente complemento» della statuizione in tema di surrogazione (art. 1916 cod. civ. abr.).

conseguenza dell'impossibilità di surrogarsi nei diritti del creditore, cosicché la fideiussione non si estinguerebbe qualora il garante, nonostante il venir meno di un'altra garanzia, abbia in concreto la possibilità di soddisfare utilmente la propria pretesa di rivalsa contro ulteriori garanti o contro il debitore stesso¹¹²⁶.

Questa conclusione è stata peraltro contestata da un'altra impostazione, rimasta però minoritaria. Si è obiettato, da un lato, che dell'estremo del danno effettivo l'art. 1955 cod. civ. non fa parola; dall'altro, che il concreto verificarsi di un pregiudizio per il fideiussore in sede di rivalsa sarebbe un dato del tutto incerto al momento in cui il fideiussore eccipisce l'estinzione della propria garanzia contro la richiesta di pagamento da parte del creditore, al più dovendosi allora concludere che il fideiussore debba anzitutto adempiere al creditore e solo successivamente, una volta rivelatosi sussistente un effettivo pregiudizio, possa agire in ripetizione contro il creditore, ciò che sarebbe incompatibile con la possibilità di far valere l'estinzione della fideiussione in via di eccezione contro la pretesa del creditore: infatti l'accertamento sulla sussistenza di un danno per il garante non sarebbe possibile prima di un inutile esperimento, da parte sua, di un tentativo di regresso¹¹²⁷.

4. L'estinzione della fideiussione in caso di rinuncia da parte del creditore a una garanzia nel sistema tedesco. Il § 776 BGB e la sua genesi storica

Ai sensi del § 776 BGB, qualora il creditore rinunci a un privilegio legato al credito, a un'ipoteca, a un'ipoteca navale, a un pegno a garanzia del credito stesso o al diritto contro un confideiussore, il fideiussore è liberato nella misura in cui avrebbe potuto ottenere il rimborso mediante il diritto a cui il creditore ha rinunciato; come precisa l'ultimo periodo della disposizione richiamata, tale regola si applica anche per i diritti sorti dopo l'assunzione della fideiussione¹¹²⁸.

L'art. 948 del *Dresdener Entwurf*¹¹²⁹, da cui prende le mosse la discussione in senso alla prima commissione, si distanziava sotto diversi aspetti dalla norma appena richiamata del BGB.

¹¹²⁶ Chiaramente in tal senso A. RAVAZZONI, *La fideiussione*, cit., pp. 47 s.; ID., voce *Fideiussione*, in *Dig.*, 4^a ed., *disc. priv.*, sez. civ., VIII, Torino, 1992, p. 265; G. STELLA, *Le garanzie del credito*, cit., pp. 624 s.; A. GIUSTI, *La fideiussione e il mandato di credito*, cit., p. 262. Per il riferimento alla liberazione del fideiussore come legata al «pregiudizio effettivamente recato al fideiussore», onde essa si verificherebbe secondo la misura in cui «non può aver effetto la surrogazione», v. M. FRAGALI, *Delle obbligazioni*, cit., p. 417, e R. MICCIO, *Dei singoli contratti*², cit., p. 556, sebbene non emerga dal pensiero dei due aa. se il pregiudizio dato dall'impossibilità di surrogarsi in tutto o in parte nei diritti del debitore comporti di per sé l'estinzione della fideiussione o ciò avvenga solo quando la surrogazione avrebbe avuto anche un'effettiva utilità per il fideiussore. Una soluzione più estensiva sembrerebbe ammessa da D. RUBINO, *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1956, p. 475 secondo cui, in relazione alla corrispondente norma dettata in tema di ipoteca (art. 2869 cod. civ.), «Basta che la surroga divenga impossibile anche in una sola delle altre garanzie, non essendo mai prevedibile con sicurezza se quelle residue saranno poi sufficienti».

¹¹²⁷ A. VILLANI, «Fatto del creditore», ed estinzione della fideiussione, cit., p. 315, nt. 19.

¹¹²⁸ § 776 Aufgabe einer Sicherheit: «Gibt der Gläubiger ein mit der Forderung verbundenes Vorzugsrecht, eine für sie bestehende Hypothek oder Schiffshypothek, ein für sie bestehendes Pfandrecht oder das Recht gegen einen Mitbürger auf, so wird der Bürge insoweit frei, als er aus dem aufgegebenen Recht nach § 774 hätte Ersatz erlangen können. Dies gilt auch dann, wenn das aufgegebenes Recht erst nach der Übernahme der Bürgschaft entstanden ist».

¹¹²⁹ Art. 948: «Hat der Gläubiger durch seine Verschuldung den Uebergang der im Art. 940 bezeichnete Rechte auf den Bürgen unmöglich gemacht, insbesondere Pfandrechte oder eine sonstige

Anzitutto, si prevedeva la liberazione del fideiussore quando il creditore avesse reso impossibile colpevolmente («durch seine Verschulden») il trasferimento dei diritti che assistevano il credito (in particolare diritti di pegno o altre garanzie); in secondo luogo, l'estinzione era prevista anche qualora il creditore avesse provocato («hat er [...] verschuldet») la infruttuosità («Erfolglosigkeit») dell'esercizio di tali diritti o dell'escussione del debitore principale. Va aggiunto che l'estinzione della fideiussione in caso di impossibilità colpevolmente arrecata del trasferimento dei diritti che assistevano il credito riguardava soltanto i diritti già sussistenti al momento della prestazione della fideiussione.

La prima commissione¹¹³⁰ riteneva di non riconoscere un simile dovere di diligenza in capo al creditore, e quindi di giungere a porre soltanto la preclusione alla rinuncia di una garanzia, dunque soltanto un comportamento doloso del creditore stesso¹¹³¹. Veniva inoltre consapevolmente eliminata la limitazione ai diritti già esistenti al momento della prestazione della fideiussione. Per quanto attiene a quest'ultimo aspetto, nella seconda commissione vennero presentate diverse proposte volte a modificare tale previsione, a causa dalle perplessità derivanti dal fatto che il creditore, rinunciando alle garanzie successivamente ottenute, avrebbe provocato la riduzione anche di una fideiussione concessagli in precedenza; tuttavia si decise di restare fermi alla regola iniziale¹¹³².

5. Il difficile coordinamento tra il § 776 BGB e le regole in materia di remissione in favore di un condebitore in solido. L'ipotesi del § 776 BGB come norma a tutela del fideiussore solvens contro la «compromissione» del suo diritto di regresso verso i confideiussori

In base alla norma di cui al § 776 BGB, se si ipotizza che il debito sia garantito da due fideiussori per quote eguali, qualora il creditore rinunci a una delle due garanzie non potrà avere luogo in favore dell'altro fideiussore il subingresso nella titolarità di tale garanzia ai sensi dei §§ 774 Abs. 2 e 426 Abs. 2; ne deriva che, in conseguenza della rinuncia a una fideiussione, il vincolo del fideiussore rimasto obbligato risulterà

Sicherheit, welche bereits zur Zeit der Bürgschaftsleistung für die Hauptschuld bestellt waren, ohne Einwilligung des Bürgen aufgegeben, oder hat er die Erfolglosigkeit der Geltendmachung der auf den Bürgen übergehenden Rechte verschuldet, so wird der Letztere von seiner Verbindlichkeit insoweit befreit, als die Forderung gegen den Hauptschuldner durch die gedachten Rechte gedeckt war. Hat der Gläubiger die Erfolglosigkeit der Ausklagung des Hauptschuldners verschuldet, so wird der Bürge von seiner Verbindlichkeit insoweit befreit, als der Gläubiger ohne diese Verschuldung von dem Hauptschuldner hätte Befriedigung erlangen können» (v. B. FRANKE [herausgegeben von], *Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse*, Dresden, 1866 [rist. Aalen, 1973], p. 193).

¹¹³⁰ Cfr. i verbali della seduta del 26 settembre 1883 (in H.H. JAKOBS e W. SCHUBERT [herausgegeben von], *Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Recht der Schuldverhältnisse*, III, Berlin-New York, 1983, pp. 511 ss.)

¹¹³¹ Rileva dunque soltanto una rinuncia posta in essere «vorsätzlich», come precisa S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1143.

¹¹³² Cfr. Prot. II, pp. 2534 ss. (in B. MUGDAN [herausgegeben und bearbeitet von], *Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, II Bd., *Recht der Schuldverhältnisse*, Berlin, 1899 (rist. Aalen, 1979), pp. 1028 ss.). in particolare si osservava, fra l'altro, la scarsa praticabilità della scelta di far dipendere conseguenze della rinuncia dalla conoscenza o no in capo al fideiussore circa l'esistenza della garanzia oggetto della rinuncia, trattandosi di circostanza casuale e difficilmente accertabile.

ridotto della metà. Alla stregua del § 776 BGB la rinuncia a una garanzia fideiussoria ha pertanto efficacia generale limitata rispetto agli altri eventuali confideiussori¹¹³³.

È stato posto l'accento sul contrasto tra questa disposizione e quanto invece previsto dal § 423 per il debito solidale in genere. In quest'ultima ipotesi, infatti, se non risulta la volontà delle parti di estinguere l'intero rapporto obbligatorio, la remissione concessa a uno dei debitori ha efficacia particolare, lasciando inalterato il rapporto interno di regresso fra i consorti. Ora, il § 769 stabilisce che i confideiussori sono tenuti come debitori in solido, cosicché anche in relazione a questo caso, in conformità a quanto dettato dal § 423, la remissione di uno dei garanti dovrebbe lasciare inalterato il rapporto interno di regresso. Se così è, non appare immediatamente chiara la funzione del divieto di rinuncia sancito dal § 776, vale a dire quale sia il rischio da cui essa dovrebbe proteggere i confideiussori residui¹¹³⁴.

Il divieto di rinuncia risalirebbe al diritto comune, in cui la rivalsa tra fideiussori era resa possibile proprio attraverso la *cessio legis*, onde una rinuncia alla garanzia da parte del creditore poteva porre nel nulla la possibilità del fideiussore residuo di rifarsi sul garante liberato¹¹³⁵. Il legislatore del BGB appare invece aver fatto propria la visione per cui il rapporto interno di regresso di cui al § 426 Abs. 1 sussiste anche fra più fideiussori, siano essi confideiussori o fideiussori indipendenti¹¹³⁶. La *ratio* del divieto di rinuncia appare quindi difficilmente spiegabile¹¹³⁷.

Si potrebbe ipotizzare che tale norma voglia tutelare il fideiussore non tanto contro la perdita del regresso, bensì contro la sua possibile compromissione¹¹³⁸.

Se si muove dall'idea che una remissione con efficacia particolare costituisce una remissione vera e propria e non un mero *pactum de non petendo*, essa, pur lasciando inalterato il rapporto interno di regresso fra i condebitori (eventualmente, i congaranti), provoca l'estinzione dell'obbligo del beneficiario rispetto al creditore, cosicché gli altri consorti non possono avvalersi nei confronti di quest'ultimo della *cessio legis* altrimenti loro spettante. La possibilità di agire in regresso verso il debitore liberato, quindi, non viene loro, a causa della rinuncia da parte del creditore, del tutto sottratta, ma ciononostante compromessa, specie quando sussistevano delle garanzie a tutela del vincolo del consorte liberato, garanzie delle quali gli altri obbligati non possono più avvalersi in sede di rivalsa. Se la disposizione fosse da intendersi in questo senso, essa costituirebbe un particolare «privilegio» in favore dei confideiussori rispetto ai condebitori in solido in generale: a questi ultimi la giurisprudenza e la dottrina dominanti non riconoscono una tutela analoga¹¹³⁹, cosicché il creditore può liberamente

¹¹³³ V. S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1144, da cui anche l'esempio.

¹¹³⁴ Per questo rilievo, v. S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., pp. 1144 s.

¹¹³⁵ S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1145.

¹¹³⁶ *Ibidem*.

¹¹³⁷ Cfr., per alcune ipotesi in relazione ai lavori preparatori, S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., pp. 1145 ss., la quale peraltro appare scettica rispetto alla possibilità che tale contrasto costituisca un mero difetto di coordinamento da imputare a una svista del legislatore.

¹¹³⁸ Analizza quest'ipotesi S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., pp. 1147 ss.

¹¹³⁹ Si afferma infatti che il creditore è tendenzialmente libero di rinunciare a eventuali garanzie prestate per il debito solidale e si esclude l'applicabilità del § 776 BGB. Solo in alcuni casi eccezionali una mancata considerazione della posizione dei coobbligati può essere considerata contraria al canone della buona fede. In giurisprudenza, v. RG 19 ottobre 1937, in *Juristische Wochenschrift*, 1938, p. 516, da cui emerge che, pur dandosi atto che secondo le circostanze la buona fede può imporre dei limiti al creditore rispetto alla sua possibilità di rimettere in tutto o in parte il debito di uno dei coobbligati, il creditore non ha di regola l'obbligo, al fine di salvaguardare gli interessi degli altri obbligati, di astenersi dal concludere una transazione con uno dei debitori principali (nella specie, il debitore transigente era

l'unico responsabile nei rapporti interni) anche se in conseguenza di tale transazione le garanzie prestate per il credito non sono state valorizzate così come avrebbero potuto (la corte osserva che se i condebitori estranei alla transazione avessero tempestivamente pagato una volta saputo della imminente, prossima conclusione dell'accordo transattivo, avrebbero potuto impiegare per la loro rivalsa in modo più incisivo le garanzie prestate per il credito).

Contro l'applicazione del § 776 all'ipotesi dello *Schuldbeitritt* (assunzione cumulativa di debito), salvo che dal contratto risulti che il creditore non possa chiedere l'adempimento all'assuntore se rimette il debito all'obligato principale o rinuncia a una garanzia, si esprime BGH 27 settembre 1962, in *Wertpapier-Mitteilungen*, 1962, p. 1293. Afferma BGH 30 gennaio 1967, in *Wertpapier-Mitteilungen*, 1967, p. 397: «Wenn ein Gläubiger die Beitreibung seiner Forderung gegen einen von mehreren Gesamtschuldern nachlässig betreibt und deshalb bei diesem nicht zum Zuge kommt, können die anderen Gesamtschuldner allein auf Grund dieses Umstandes kein Leistungsverweigerungsrecht geltend machen, selbst wenn der Gläubiger bei energischerem Vorgehen von dem zuerst in Anspruch genommenen Schuldner befriedigt worden wäre und wenn dieser Schuldner im Verhältnis der Gesamtschuldner die Verbindlichkeit allein zu tragen hat, die anderen Gesamtschuldner also möglicherweise infolge des Verhaltens des Gläubigers ihres Ausgleichsanspruchs (§ 426 BGB) verlustig gehen»; gli obbligati convenuti dal creditore non possono eccepire che questi avrebbe potuto soddisfarsi agendo tempestivamente nei confronti dal debitore unico responsabile nei rapporti interni, potendo peraltro giungersi a una conclusione diversa, in base al canone della buona fede (§ 242 BGB), qualora la condotta del creditore sia «abusiva» («rechtsmißbräuchlich»); in particolare, «[...] kann [...] ein Gesamtschuldner die Verletzung seiner Interessen dem Gläubiger nur entgegenhalten, wenn das Vorgehen des Gläubiger gegen ihn angesichts besonderer Umstände sich als Mißbrauch des Rechtes darstellen würde, die Leistung nach Belieben von jedem Schuldner zu fordern», e «Es ist mit dem Wesen des Gesamtschuldverhältnisses nicht unvereinbar, daß besondere Umstände die Freiheit des Gläubigers, die Leistung beliebig von jedem der Schuldner zu fordern, einschränken oder sogar aufheben. Solche Umstände kann der Gläubiger selbst herbeiführen, indem er z.B. einem von mehreren Gesamtschuldern die Leistung stundet oder erläßt (§§ 425, 423 BGB), sie können sich aber auch ohne rechtsgeschäftliche Selbstbindung des Gläubigers aus den besonderen Umständen und der Entwicklung des Schuldverhältnisses ergeben».

Esclude il subingresso nel diritto del condebitore beneficiato dalla remissione BGH 25 aprile 1989, pubblicata fra l'altro in *Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungs-Report*, 1989, p. 918.

Secondo OLG Hamm 24 giugno 1983, in *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1983, p. 922, la disposizione di cui al § 776 è orientata specificamente al rapporto fideiussorio, ha carattere eccezionale ed è insuscettibile di applicazione analogica al caso del debito in solido («§ 776 BGB ist eine auf das Bürgschaftsverhältnis zugeschnittene Ausnahmenvorschrift und will der besonderen Lage des Bürgen, der nur für eine fremde Verbindlichkeit eintreten soll, Rechnung tragen. Der Ausnahmecharakter schließt es aus, § 776 BGB zugunsten eines Gesamtschuldners analog anzuwenden»); pur potendo verificarsi un pregiudizio per gli altri condebitori qualora il creditore rinunci a un pegno prestato a garanzia del credito, perché così facendo impedisce il subingresso nella titolarità della garanzia da parte del condebitore *solvens*, cionondimeno non può affermarsi che per effetto di tale rinuncia l'obbligo dei condebitori subisca in ogni caso una riduzione; infatti, anche se «di regola il creditore deve salvaguardare gli interessi meritevoli di tutela dei condebitori nei limiti di quanto può da lui esigersi secondo buona fede», tuttavia la possibilità per i condebitori di invocare contro il creditore la rinuncia da questo effettuata a una garanzia dipenderà da una valutazione da compiersi «caso per caso», ponderando gli interessi contrapposti del creditore e dei condebitori.

Per l'inapplicabilità del § 776 al caso del debito solidale anche OLG Hamm 18 gennaio 1993, in *Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungs-Report*, 1993, p. 1071, e, in massima, in *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht*, 1993, p. 355, con nota di H. ALISCH, quando il creditore ha rinunciato a una garanzia in modo che da ciò possa derivare un pregiudizio per i condebitori e tale rinuncia si accompagni a circostanze tali da far apparire la pretesa del creditore contro i condebitori pregiudicati dalla rinuncia stessa come contraria a buona fede.

In dottrina, v. D. REINICKE e K. TIEDTKE, *Gesamtschuld und Schuldsicherung*, cit., pp. 83, 122, e EID., *Kreditsicherung*, cit., RdNr. 73, pp. 21 s., secondo i quali di regola il creditore è libero di rimettere il debito di uno dei condebitori in solido e di rinunciare alle garanzie che lo assistono, così vanificando la *cessio legis* in favore degli altri consorti, non trovando applicazione il § 776 BGB; tale libertà del creditore troverebbe limiti solo in casi eccezionali, come, in particolare, quando il creditore si sia pattizamente impegnato a non aggravare o porre nel nulla il regresso fra i condebitori, o quando, alla

tanto rinunciare a una garanzia posta a tutela del vincolo di uno dei consorti quanto rimettere con efficacia particolare il debito di uno dei coobbligati, impedendo il subingresso degli altri debitori ai sensi del § 426 Abs. 2¹¹⁴⁰.

La tutela così apprestata, tuttavia, opererebbe in definitiva solo nei casi in cui il vincolo del confideiussione beneficiato dalla remissione fosse a sua volta assistito da altre garanzie o qualora il creditore avesse ottenuto una sentenza contro tale confideiussore, poiché in tali ipotesi un eventuale altro fideiussore potrebbe rispettivamente trarre vantaggio dal subingresso nelle garanzie o far valere la sentenza già emessa a favore del creditore. Diversamente, per l'ampiezza della rivalsa e la spettanza degli interessi sarebbe determinante esclusivamente la pretesa di regresso, la quale è indipendente rispetto al diritto già spettante al creditore, cosicché sotto questi

stregua della buona fede, egli sa che a causa della remissione o della rinuncia a una garanzia il diritto alla rivalsa degli altri debitori non può essere attuato e non ha alcun effettivo («sachlich») interesse alla remissione o alla rinuncia; P. BYDLINSKI, *sub* § 426, in *Münchener Kommentar zum BGB*, Bd. 2⁶, cit., RdNr. 45, p. 2910, secondo cui se il creditore ha rinunciato al pegno prestato, dal proprio patrimonio, da uno dei coobbligati, non trova applicazione il § 776; la liberazione di un altro condebitore potrà avvenire solo se il creditore ha leso in maniera contraria alla correttezza un interesse meritevole di tutela di tale debitore, come nel caso in cui abbia agito intenzionalmente a danno di tale debitore o abbia rinunciato al pegno quando si era già profilata la possibilità di una sua aggressione da parte dell'altro condebitore; U. NOACK, in *J. von Staudingers Kommentar zum BGB*, cit., *sub* § 421, RdNr. 115, p. 451, § 423, RdNr. 13, p. 471, e D. LOOSCHELDERS, in *J. von Staudingers Kommentar zum BGB*, cit., *sub* § 421, RdNr. 128, p. 488, § 423, RdNr. 14, p. 510, secondo cui il creditore è di regola libero di rinunciare alle garanzie e il § 776 non è applicabile al debito solidale; il creditore peraltro deve rispettare gli interessi meritevoli di tutela dei coobbligati «im Rahmen des Zumutbaren»; si potrebbe pervenire a una riduzione del debito in ragione dell'importo della garanzia a cui il creditore ha rinunciato solo in casi estremi («nur in krassen Ausnahmefällen»); N. HORN, *sub* § 776, in *J. von Staudingers Kommentar zum BGB*, cit., RdNr. 23, p. 499 (la norma di cui al § 776 non è applicabile all'ipotesi dell'assunzione cumulativa di debito, *Schuldmitübernahme*); M. GEBAUER, *sub* § 423, in *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Kohlhammer Kommentar*, begründet von Hs.Th. Soergel, neu herausgegeben von W. Siebert, 13. Aufl., Stuttgart, 2010, RdNr. 7, pp. 513 s., secondo cui il § 776 non trova applicazione in caso di rinuncia del creditore alle garanzie prestate da uno dei condebitori; la rinuncia potrebbe essere rimproverata al creditore solo quando, tenuto conto in particolare degli interessi meritevoli di tutela del condebitore residuo, potesse esigersi dal creditore che questi non rinunciasse alla garanzia; W. SELB, *Mehrheiten von Gläubigern und Schuldner*, cit., p. 73, esclude che la rinuncia a un pegno prestato da un condebitore porti alla liberazione degli altri debitori secondo quanto prevede per la fideiussione il § 776.

V. però A. WACKE, *Der Erlaß oder Vergleich mit einem Gesamtschuldner*, cit., pp. 64 ss., il quale ritiene operante anche in favore dei condebitori in solido il «divieto di impedire il regresso» («*Regressbehinderungsverbot*»), di cui sarebbe espressione il § 776, sia in relazione alla rinuncia da parte del creditore di una garanzia prestata da uno dei consorti sia alla remissione di uno dei condebitori; lo segue H. EHMANN, *Die Gesamtschuld*, cit., spec. 364; v. anche ID., in *Erman BGB. Handkommentar*, I¹², cit., *sub* § 421, RdNr. 74, p. 1768, § 423, RdNr. 2-5, p. 1773, e § 426, RdNr. 33, dove esclude che con la remissione con efficacia particolare possa venir meno il debito dell'obbligato con conseguente impossibilità di una *cessio legis* e permanenza in vita del diritto di regresso nei suoi confronti: una simile remissione costituirebbe in realtà un *pactum de non petendo*, che lascia in vita l'obbligo del debitore paciscente; J. SCHÜRNBRAND, *Der Schuldbeitritt zwischen Gesamtschuld und Akzessorietät*, Berlin, 2003, pp. 148 ss., il quale nega il carattere eccezionale della norma di cui al § 776 BGB e propende per la sua applicazione all'assunzione cumulativa di debito con funzione di garanzia («*Sicherungsbeitritt*»); anche S. MADAUS, *Der Schuldbeitritt als Personalsicherheit. Zulässigkeit von Analogien zum Recht der Schuldübernahme und der Bürgschaft*, Berlin, 2001, pp. 309 ss., sostiene l'applicabilità della norma all'ipotesi dell'assunzione cumulativa di debito in cui il peso del debito rimane, nei rapporti interni, a carico del primo debitore; per l'operatività della disposizione anche in caso di assunzione cumulativa con funzione di garanzia («*der Schuldsicherung dienenden Schuldbeitritt*»), v. M. HABERSACK, *sub* § 776, in *Münchener Kommentar zum BGB*, Bd. 5⁵, cit., RdNr. 2, pp. 1093 s.; in senso non restrittivo si esprime anche J. GERNHUBER, *Die Erfüllung und ihre Surrogate*, cit., p. 387.

¹¹⁴⁰ S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., pp. 1149.

due profili l'eventuale rinuncia alla garanzia fideiussoria da parte del creditore non si risolverebbe in un pregiudizio per gli altri garanti. A parte dunque i casi nei quali l'obbligo fideiussorio di un congarante è a sua volta assistito da altre garanzie o è stata emessa nei suoi confronti una sentenza in favore del creditore, una rinuncia del creditore alla garanzia non provocherebbe un pregiudizio agli altri fideiussori, che si troverebbero proporzionalmente liberati pur non avendo la rinuncia posto in pericolo la loro possibilità di rivalsa. Considerato che tanto la prestazione di ulteriori garanzie per la fideiussione quanto l'esistenza di una sentenza contro il fideiussore poi beneficiato dalla remissione non appaiono eventualità frequenti (e soprattutto non dovevano esserlo all'epoca dei lavori preparatori), un'applicazione generale del divieto di rinuncia risulterebbe eccessiva rispetto allo «scopo di protezione» («Schutzzweck») della norma, finendo per costituire una «severa sanzione» («harte Sanktion») per il creditore¹¹⁴¹.

Per evitare tale incongruo risultato, si potrebbe essere indotti a interpretare restrittivamente la disposizione, facendo conseguire alla rinuncia l'effetto estintivo in favore dei fideiussori residui solo quando il creditore abbia rinunciato a una garanzia «di secondo grado», cioè posta a sua volta a tutela dell'obbligo di uno dei fideiussori, o abbia liberato un fideiussore il cui vincolo era assistito da garanzie reali o era stato fatto oggetto di una sentenza. Ma appare difficile che una simile lettura della norma corrisponda all'idea del legislatore, se si considera che la disposizione parla chiaramente di rinuncia «al» diritto e non «a un» diritto contro il confideiussore¹¹⁴².

6. (segue) L'ipotesi del § 776 BGB come previsione risarcitoria

Un'altra ipotesi da verificare è quella per cui il § 776 prevedrebbe una forma di risarcimento del danno¹¹⁴³ in favore del fideiussore penalizzato dalla rinuncia del creditore¹¹⁴⁴. Ragionando in questa prospettiva, l'operatività della norma, e quindi la liberazione del garante come conseguenza della rinuncia da parte del creditore a un'altra garanzia fideiussoria, andrebbe fatta dipendere dalla sussistenza di un effettivo pregiudizio a carico del fideiussore. La remissione di un fideiussore non incide sulla sussistenza del diritto di regresso di un altro garante nei confronti del primo; tuttavia deve considerarsi che la remissione del debito fideiussorio a uno dei congaranti, comportando l'estinzione di eventuali garanzie reali di secondo grado prestate per il debito fideiussorio, può compromettere l'effettiva realizzazione della pretesa di regresso. Così, un danno per il fideiussore rimasto vincolato verso il creditore potrebbe sussistere quando il consorte convenuto in regresso risulta insolvente e il regrediente non può conseguire quanto gli spetta a titolo di rimborso: a tale scopo non può servirsi

¹¹⁴¹ Per questo ragionamento, v. S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1150, da cui anche le citazioni.

¹¹⁴² V. S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., pp. 1150 s.; J.F. HOFFMANN, *Sicherungsgemeinschaften im System einer differenzierenden Gesamtschuldlehre*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 211, 2011, pp. 734 s.

¹¹⁴³ Impiega l'espressione «*Schadensersatzvorschrift*» in relazione a quest'ipotesi di interpretazione del § 776 BGB S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., pp. 1151 ss.

¹¹⁴⁴ Su quanto segue, anche in prospettiva storico-comparatistica, v. S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., pp. 1151 ss.; l'analisi mostra come siano state accolte diverse soluzioni, sia quella che richiede un danno di cui il fideiussore è tenuto a dare prova, sia quella che postula un danno ma ne presume la sussistenza *iuris tantum*, salva quindi la prova contraria da parte del creditore, sia infine quella che ricollega la liberazione del fideiussore alla semplice rinuncia a un'altra garanzia di cui il fideiussore stesso si sarebbe potuto servire in sede di rivalsa

della garanzia reale che assisteva il vincolo dell'altro fideiussore, perché essa è venuta meno con l'estinzione del debito fideiussorio nei rapporti esterni, cosicché la remissione posta in essere dal creditore, pur non avendo inciso sull'esistenza del diritto di regresso, si è tradotta in un danno, consistente nell'impossibilità pratica di realizzare la pretesa di regresso.

Intesa la previsione di cui al § 776 in una prospettiva risarcitoria, la rinuncia da parte del creditore a una garanzia fideiussoria non viene in considerazione di per sé, ma solo in quanto provochi un danno a carico di un altro confideiussore. Il garante che non ha direttamente beneficiato della remissione, quindi, potrà invocare la propria liberazione solo in quanto la rinuncia del creditore gli abbia causato un effettivo pregiudizio. Un danno non sussiste, ad esempio, quando oggetto della rinuncia sia una garanzia priva di valore¹¹⁴⁵, perché il fideiussore non avrebbe tratto alcun vantaggio da tale cautela in via di rivalsa. Per converso, appare coerente con il modello in esame escludere un pregiudizio per il fideiussore quando questi può rivalersi con successo sul patrimonio del debitore principale o su altre garanzie prestate per il medesimo debito¹¹⁴⁶.

Sul problema della rilevanza di un danno concreto per il fideiussore non emerge in dottrina una prospettiva univoca, e la questione non risulta affrontata in maniera del tutto compiuta¹¹⁴⁷.

Sporadicamente si afferma in modo espresso che la liberazione prevista dal § 776 BGB prescinderebbe del tutto dalla sussistenza di un'altra possibilità per attuare il regresso mediante il patrimonio del debitore o altre garanzie¹¹⁴⁸. Non manca, per altro

¹¹⁴⁵ V. S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., pp. 1151, la quale, osservando che una comparazione dei vari ordinamenti restituisce soluzioni differenziate sulla rilevanza della semplice rinuncia o sulla necessità che da essa derivi anche un danno per il fideiussore, afferma però che in nessun ordinamento la rinuncia a una garanzia priva di valore libera il fideiussore.

¹¹⁴⁶ Per queste precisazioni, in ottica comparatistica, v. S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1152.

¹¹⁴⁷ V. la valutazione di S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., pp. 1151, 1155, secondo cui «Die Rechtsnatur von § 776 ist im deutschen Recht tatsächlich nicht vollständig geklärt», e il problema della natura risarcitoria o no della tutela apprestata dalla norma in questione è in dottrina «kaum angesprochen». J. MORMANN, *sub § 776*, in *BGB – RGRK*, Bd. II, 4. Teil, 12. Aufl., Berlin-New York, 1978, RdNr. 2, p. 213, ritiene scarsamente significativo dal punto di vista pratico il problema se la norma preveda un'ipotesi di *Verwirkung* o un'obbligazione risarcitoria a carico del creditore, se si concorda sul fatto che dalla rinuncia alla garanzia deriva esclusivamente l'estinzione della fideiussione senza ulteriori pretese risarcitorie a carico del creditore, e che il § 254 (relativo al concorso di colpa del fideiussore) può trovare applicazione («mindestens entsprechend anwendbar ist»). Un'indifferenza negli esiti è affermata anche da A. WACKE, *Der Erlaß oder Vergleich mit einem Gesamtschuldner*, cit., p. 62, nt. 98.

¹¹⁴⁸ V. ad esempio H. KOENIGE, A. PINNER, F. BONDI, *sub § 349*, in *Staub's Kommentar zum HGB*, 11. Aufl., II Bd., I Halbband (§§ 343-375), Berlin-Leipzig, 1921, Anm. 36, p. 125, e H. KOENIGE, *sub § 349*, in *Staub's Kommentar zum HGB*, 12/13. Aufl., III Bd., (§§ 343-375), Berlin-Leipzig, 1926, Anm. 36, p. 169 («Ob die noch übriggebliebenen Sicherheiten zur Befriedigung des Bürgen ausreichen, wenn er zahlt, ist nicht erheblich. Denn der Bürgschaftsvertrag ist nur mit Rücksicht auf die vorhandenen und späteren Sicherheiten sowohl in Falle des § 776 BGB. wie in dem übereinstimmenden Fall des § 1165 BGB. abgeschlossen; daher verletzt der Gläubiger diese Grundlage der Verbürgung durch Aufgeben von Sicherheiten, und lassen die §§ 776, 1165 BGB. aus diesem Grund den Bürgen frei werden, nicht aber lassen sie den Gläubiger für eine Verletzung einer Sorgfaltspflicht oder für Schadensersatz haften. Hieraus folgt, daß der Bürge nur das Aufgeben der Sicherheit, nicht aber noch weiter zu beweisen hat, inwieweit der Gläubiger aus dem Aufgegebenen Befriedigung hätte erlangen können»); meno netta la posizione nelle edizioni successive dell'opera, dove peraltro si ribadisce l'irrilevanza di altre garanzie sufficienti alla realizzazione della pretesa in rivalsa del fideiussore: cfr. W. GADOW, *sub § 349*, in *Staub's Kommentar zum HGB*, 14. Aufl., III Bd. (§§ 343-375), Berlin-Leipzig, 1933, Anm. 36, p. 114; P. RATZ, *sub § 349*, in *Großkommentar HGB*, begr. von H. Staub, weitergef. von Mit. d. Reichsgerichts, 3. Aufl., III, 1 (§§ 343-351), Berlin-New York, 1978, Anm. 52, p. 311.

verso, l'idea di una previsione risarcitoria¹¹⁴⁹. La tesi alternativa parla invece di un'ipotesi di *Verwirkung*¹¹⁵⁰ del diritto del creditore verso il garante¹¹⁵¹. Sembra

V. anche D. SCHANBACHER, *Der verlorene Regreßhypothek: Regreßvereitelung bei der Gesamthypothek*, in *Wertpapier-Mitteilungen*, 1998, p. 1806 (per la disposizione di cui al § 776, rileverebbe solo la perdita della garanzia, mentre la norma non considererebbe «eine anderweitige Realisierbarkeit des Regresses»); ulteriori riferimenti in S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1155, nt. 336.

¹¹⁴⁹ V. ad esempio OLG Stuttgart 26 gennaio 1915, in *Das Recht*; 1915, num. 1195: «[...] Der Bürge muß beweisen, daß er aus dem aufgegebenen Recht einen Ersatz hätte erlangen können, der er jetzt zufolge des Aufgebens der Hypothek nicht erlangen kann. Der Bürge wird durch das Aufgeben einer Hypothek seitens des Gläubigers nicht frei, wenn er trotzdem volle Befriedigung für das, was er an dem Gläubiger als Bürge zu zahlen hat, zu erlangen vermag oder wenn (und insoweit) er eine solche Befriedigung auch dann nicht erlangt hätte, wenn die Hypothek nicht aufgegeben worden wäre»; FLAD, *Zur Anwendung des § 776 BGB*, in *Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht*, XII Jahrgang, 1918, cc. 544 s.; R. KNÜTEL, *Zur Frage der sog. Diligenzpflichten des Gläubigers gegenüber dem Bürgen*, in *Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag*, I, Köln, 1978, p. 590 («[...] § 776 regelt einen Schadensersatzanspruch, zu dem aus praktischen Gründen sogleich eine Naturalrestitution vorgesehen ist: Der dem Bürgen durch die Aufgabe der Sicherheit beim Regreß entstehende Schaden wird sogleich durch die entsprechende Verringerung der Bürghaftung ausgeglichen. Daß es bestenfalls zu einer völligen Befreiung des Bürgen kommt, erklärt sich daraus, daß das Interesse des Bürgen nicht über seine Befreiung hinausgeht»); F. BRÄNDL, *sub § 776*, in *Staudingers Kommentar zum BGB*, II Bd., 4. Teil (§§ 705-822), 10./11. Aufl., Berlin, 1975 (Erscheinungsdatum der Lieferung 1959), RdNr. 4, p. 2554; J.F. HOFFMANN, *Sicherungsgemeinschaften im System einer differenzierenden Gesamtschuldlehre*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 211, 2011, pp. 732 s.; secondo H.P. PECHER, *sub § 776*, in Th. SOERGEL-W. SIEBERT, *Bürgerliches Gesetzbuch, Kohlhammer-Kommentar*, Bd. 5/1¹², cit., RdNr. 1, 13, 20, pp. 769, 779, 785 s., si tratterebbe di una previsione di carattere risarcitorio, e conseguentemente il fideiussore dovrebbe «far valere concretamente» («konkret geltend [...] machen»: RdNr. 13, p. 779) il pregiudizio patito; tale danno, tuttavia, si determinerebbe, «in base ai principi del diritto dei contratti» («nach vertragsrechtliche Grundsätzen»), avendo esclusivamente riguardo al rapporto giuridico con il creditore, cosicché resterebbe «irrelevante» («unerheblich») la sua possibilità di conseguire il rimborso mediante il regresso verso il debitore principale o mediante il ricorso, in base a un particolare rapporto interno, contro altri garanti, così come irrilevante sarebbe l'eventuale responsabilità esclusiva del fideiussore nei rapporti interni; il creditore non potrebbe infatti trarre vantaggio da altri rapporti contrattuali del fideiussore con terzi per ottenere una riduzione delle conseguenze della sua violazione del contratto con il fideiussore (precisando peraltro che «Das Bestehen einer anderweitigen, das Vermögensinteresse des Bürgen abdeckenden Rechtsbeziehung oder auch nur die Aussicht darauf kann aber nach dem Vertragswille von Gläubiger und Bürgen dem Gegenstand und das Vertragsrisiko des Sicherungsverhältnisses dahin mitprägen, dass der Gläubiger auf ein Ausgleichsinteresse des Bürgen von vornherein keine Rücksicht zu nehmen braucht»); per altri riferimenti, cfr. S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1155, nt. 337.

¹¹⁵⁰ In generale sulla figura della *Verwirkung* v., per tutti, M. WOLF, J. NEUNER, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, 10. Aufl., München, 2012, pp. 235 ss.: «si ha *Verwirkung* quando il titolare del diritto attende nel farlo valere per un tempo tale per cui la controparte poteva attendersi, e si è attesa, che il diritto non sussistesse o non sarebbe stato più esercitato» (*op. cit.*, p. 235, grassetto omissis); la *Verwirkung*, secondo un primo orientamento, preclude l'esercizio del diritto (così, fra gli altri, M. WOLF, J. NEUNER, *op. cit.*, p. 237); secondo un'altra tesi, estingue il diritto stesso (v., ad es., A. TEICHMANN, *sub § 242*, in *Soergel Kommentar zum BGB*, Bd. II, *Schuldrecht I* [§§ 241-432], 12. Aufl., Stuttgart-Berlin-Köln, 1990, RdNr. 343, p. 156: «Das verwirkte Recht existiert nur scheinbar, in Wirklichkeit ist es erloschen»).

¹¹⁵¹ In questo senso v. H. STOLL, nota a BGH 27 giugno 1961, in *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 1962, p. 66, sul § 776: «Der Gläubiger, der durch Aufgabe eines Vorzugsrechts, einer dinglichen Sicherheit oder des Rechts gegen den Mitbürgen die Regreßchance eines Bürgen vereitelt, verwirkt seinen Anspruch gegen den Bürgen, soweit der Bürge aus dem aufgegebenen Recht nach § 774 BGB hätte Ersatz erlangen können»; J. ESSER, *Schuldrecht*, II, 4. Aufl., Karlsruhe, 1971, p. 226: «Die freiwillige (absichtliche) Preisgabe einer anderen Sicherheit führt nach § 776 zur Verwirkung der Rechte aus der Bürgschaft» (corsivo nel testo); J. ESSER, H.-L. WEYERS, *Schuldrecht*, II, 1, 8. Aufl., Heidelberg, 1998, p. 353: «Als gesetzliche Verwirkungstatbestand bestimmt § 776 die freiwillige (absichtliche) Preisgabe einer anderen Sicherheit» (corsivo nel testo); A. WACKE, *Der Erlaß oder Vergleich mit einem*

peraltro accomunare l'opinione della maggior parte degli autori il presupposto di fondo per cui il fideiussore non è tenuto a provare di aver subito un danno¹¹⁵². La liberazione è così in sostanza legata alla semplice rinuncia da parte del creditore a una garanzia di cui il fideiussore si sarebbe potuto servire in sede di rivalsa, purché si tratti di una garanzia non priva di valore¹¹⁵³.

Più puntuale è l'analisi dedicata a questi profili dalla dottrina formatasi in relazione al § 1125¹¹⁵⁴, dettato in tema di ipoteca, norma del tutto analoga, sotto l'aspetto che qui si considera, al § 776 BGB. In base a essa, se il creditore rinuncia a un'ipoteca, effettua la cancellazione della stessa ai sensi del § 1183 BGB o concede a un altro diritto la preferenza, il debitore è liberato nella misura in cui avrebbe potuto ottenere rimborso («Ersatz») dall'ipoteca stessa ai sensi del § 1164¹¹⁵⁵, il quale dispone, per quanto qui rileva, che l'ipoteca si trasferisce in capo al debitore che ha soddisfatto il creditore secondo l'entità in cui il debitore stesso può esigere rimborso dal proprietario del bene ipotecato o da un suo dante causa.

Gli interpreti, valorizzando il tenore letterale della disposizione, sono orientati a ritenere che conti soltanto, come presupposto per la liberazione del debitore, la

Gesamtschuldner, cit., p. 62; N. HORN, *sub* § 776, in *Staudingers Kommentar zum BGB*, cit., RdNr. 17, p. 497, che esclude un obbligo risarcitorio del creditore ulteriore rispetto alla liberazione in favore del fideiussore, sul rilievo che il creditore non ha, con riguardo alle garanzie, veri e propri obblighi debitori («Schuldnerpflichten»), la cui violazione possa dar luogo a un risarcimento, ma soltanto «Obliegenheiten»: la norma in esame prevede un ipotesi di «Verwirkung» in base a un «comportamento contraddittorio» («§ 776 normiert einen Tatbestand der Verwirkung aufgrund widersprüchlichen Verhaltens»). In senso critico rileva J.F. HOFFMANN, *Sicherungsgemeinschaften im System einer differenzierenden Gesamtschuldlehre*, cit., p. 733, nt. 99, che non sarebbe chiara la ragione per cui un fideiussore che abbia assunto in via autonoma rispetto agli altri la propria responsabilità possa fare affidamento sul fatto che dovrà rispondere solo parzialmente solamente perché il creditore ha dismesso un'altra garanzia; se effettivamente – prosegue l'a. – il § 776 BGB prevedesse una forma di *Verwirkung* basata su un comportamento contraddittorio (secondo la tesi di N. HORN, *op. locc. citt.*), la disposizione dovrebbe avere riguardo esclusivamente alla possibilità che avrebbe avuto il creditore di soddisfarsi tramite la garanzia dismessa e non alla possibilità per il fideiussore residuo di trarre un rimborso da tale garanzia.

¹¹⁵² L'osservazione è di S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1155; v. però *contra*, recentemente, H.P. PECHER, *sub* § 776, in Th. SOERGEL-W. SIEBERT, *Bürgerliches Gesetzbuch, Kohlhammer-Kommentar*, Bd. 5/1¹², cit., RdNr. 13, 24, pp. 779, p. 789, secondo cui l'onere di allegare e provare («Behauptungs- und Beweislast»: RdNr. 24, p. 789) il danno grava sul fideiussore; peraltro, come si è già precisato, nella prospettiva dell'a. resta irrilevante nella valutazione del danno stesso la possibilità di un regresso fruttuoso verso il debitore principale o verso altri garanti.

¹¹⁵³ V. ad esempio, per questa puntualizzazione, H.-J. LWOWSKI, *Das Recht der Kreditsicherung*, begründet von H. Scholz, 8. Aufl., 2000, RdNr. 402, p. 355 (non è sufficiente la mera rinuncia alla garanzia; è necessario che il fideiussore «aus ihr etwas wirtschaftlich erlangt hätte»); M. HABERSACK, *sub* § 776, in *Münchener Kommentar zum BGB*⁵, cit., RdNr. 11, p. 1098; R.M. BECKMANN, *sub* § 776, in *Nomos Kommentar BGB*, herausgegeben von B. Dauner-Lieb, T. Heidel, G. Ring, Bd. 2/2, 2. Aufl., Baden-Baden, 2012, RdNr. 4, p., 4237; E. HERRMANN, *sub* § 776, in *Erman BGB. Handkommentar*, herausgegeben von H.P. Westermann, B. Grunewald, G. Maier-Reimer, II, 13. Aufl., 2011, Köln, RdNr. 5, p. 3438; E. BRÖDERMANN, *sub* § 776, in H. PRÜTTING, G. WEGEN, G. WEINREICH (herausgegeben von), *BGB Kommentar*, 7. Aufl., Köln, 2012, RdNr. 11, p. 1549; H.P. PECHER, *sub* § 776, in Th. SOERGEL-W. SIEBERT, *Bürgerliches Gesetzbuch, Kohlhammer-Kommentar*, Bd. 5/1¹², cit., RdNr. 13, 20, p. 779 (il quale porta anche l'esempio del condebitore insolvente),

¹¹⁵⁴ § 1165 Freiwerden des Schuldners: «Verzichtet der Gläubiger auf die Hypothek oder hebt er sie nach § 1183 auf oder räumt er einem anderen Recht den Vorrang ein, so wird der persönliche Schuldner insoweit frei, als er ohne diese Verfügung nach § 1164 aus der Hypothek hätte Ersatz erlangen können».

¹¹⁵⁵ § 1164 Übergang der Hypothek auf den Schuldner, Abs. 1: «Befriedigt der persönliche Schuldner den Gläubiger, so geht die Hypothek insoweit auf ihn über, als er von dem Eigentümer oder einem Rechtsvorgänger des Eigentümers Ersatz verlangen kann. [...]».

possibilità di soddisfarsi mediante il bene ipotecato; si esclude pertanto la valutazione della prospettiva di aggressione di altri beni del patrimonio del proprietario del bene¹¹⁵⁶, evidenziando la necessità che la norma produca le sue conseguenze già al momento della rinuncia, mentre la fruttuosità di un futuro regresso del debitore verso il proprietario del bene non è determinabile al tempo della rinuncia¹¹⁵⁷; solo talvolta, ritenendo che il meccanismo tuteli eccessivamente e senza un'effettiva necessità il debitore a spese del creditore, si prospetta una «riduzione teleologica» («*teleologische Reduktion*») della norma¹¹⁵⁸.

In ogni caso persuade la tesi secondo cui l'intenzione del legislatore del BGB sottesa al § 776 non fosse quella di apprestare una tutela di carattere risarcitorio. I lavori preparatori non affrontano la questione relativa al danno per il fideiussore, pur a fronte dei diversi esempi di disciplina in materia forniti da altri ordinamenti, ed è dunque ragionevole ritenere che il legislatore abbia consapevolmente escluso una regola di carattere risarcitorio, optando per la rilevanza della rinuncia in quanto tale¹¹⁵⁹. Un corollario del modello accolto è che l'ampiezza dell'effetto estintivo in favore del fideiussore è già noto al momento della rinuncia e non è il risultato di una «prognosi» sull'esito del regresso del fideiussore¹¹⁶⁰.

Ma la stessa esigenza di introdurre l'ulteriore presupposto del danno, restringendo così la tutela a favore del fideiussore, è peraltro dubbia¹¹⁶¹. Da una parte, tale soluzione penalizza il fideiussore: se l'insussistenza di un pregiudizio viene considerata al tempo della rinuncia a una garanzia da parte del creditore, nel caso in cui in tale momento il patrimonio del debitore principale risulti capiente o vi siano altre garanzie di cui il fideiussore può avvalersi in via di rivalsa, si costringe il fideiussore ad adempiere immediatamente al creditore, eventualmente prima della scadenza del debito stesso o prima di essere richiesto del pagamento, e a esercitare subito la sua pretesa di regresso¹¹⁶², perché una successiva insolvenza del debitore o la perdita delle altre

¹¹⁵⁶ V. D. EICKMANN, *sub* § 1165, in *Münchener Kommentar zum BGB*, Bd. 6, Sachenrecht, §§ 854-1296, 5. Aufl., München 2009 (il quale ritiene che la norma «kann als spezielle Ausformung des Verwirkungsgedankens verstanden werden»: RdNr. 1, p. 2282) sottolinea che il tenore letterale della norma fa riferimento esclusivamente alla soddisfazione «aus der Hypothek», cosicché non è rilevante la possibilità per il debitore di soddisfarsi su altri beni del proprietario del bene ipotecato (RdNr. 12, pp. 2283 s.); H. KONZEN, *sub* § 1165, in Th. SOERGEL-W. SIEBERT, *Bürgerliches Gesetzbuch, Kohlhammer-Kommentar*, Bd. 16, Sachenrecht 3. §§ 1018-1296, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 2001, RdNr. 2, p. 275 («[...] kann der Gläubiger wegen des eindeutigen Wortlauts der Vorschrift nicht einwenden, der Schuldner könne auf das sonstige Vermögen des Eigentümers zurückgreifen»); H. WOLFSTEINER, *sub* § 1165, in *J. von Staudingers Kommentar zum BGB*, Buch 3, Sachenrecht, §§ 1113-1203 (Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld), Neubearb. 2009, Berlin, 2009, RdNr. 9, p. 516, il quale sottolinea che, contro la soluzione opposta, «die Wirkungen des § 1165 müssen sofort im Zeitpunkt der Verfügung eintreten; ob der Schuldner dereinst, im Zeitpunkt der Fälligkeit der Forderung, mit seinem Regress trotz des Verlusts der Sicherheit erfolgreich sein wird, lässt sich in diesem Zeitpunkt überhaupt nicht feststellen. Es erscheint aber nicht ausgeschlossen, dass der Gläubiger vom Eigentümer je nach der causa, auf der im Verhältnis zum ihm sein Verzicht auf die Hypothek beruht (bei Fehlen einer causa aus Bereicherungsrecht), Ersatz für seinen Forderungsausfall verlangen kann»; corsivi nel testo).

¹¹⁵⁷ H. WOLFSTEINER, *sub* § 1165, in *J. von Staudingers Kommentar zum BGB*, cit., RdNr. 9, p. 516.

¹¹⁵⁸ D. EICKMANN, *sub* § 1165, in *Münchener Kommentar zum BGB*, Bd. 6⁵, cit., RdNr. 12, p. 2284.

¹¹⁵⁹ Per queste conclusioni, S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., pp. 1154 s.

¹¹⁶⁰ L'osservazione è di S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1155 (che parla di «unsichere Prognose über die Realisierbarkeit des Rückgriffsanspruchs»).

¹¹⁶¹ Il rilievo è di S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1156.

¹¹⁶² S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1156.

garanzie non potrebbero più essere fatte valere dal fideiussore per invocare la propria liberazione verso il creditore.

L'inconveniente è superabile se il danno viene stimato al momento della richiesta di adempimento al fideiussore. Senonché se ci si pone in questa prospettiva, i vantaggi apportati al creditore da questa soluzione appaiono esigui: infatti, qualora al momento della richiesta di adempimento il debitore principale sia solvente, e quindi le prospettive del regresso del fideiussore sono positive, poco cambia al creditore se per effetto della rinuncia a un'altra garanzia la fideiussione si estingue o no, e quindi se si dà rilevanza alla sola rinuncia oppure alla rinuncia accompagnata da un danno per il fideiussore, perché anche in caso di estinzione della fideiussione il creditore potrà esigere l'adempimento dal debitore principale, il cui patrimonio è, in ipotesi, capiente¹¹⁶³.

7. (segue) *L'ipotesi del § 776 BGB come norma a tutela del fideiussore beneficiario della remissione*

Ma la prospettiva del legislatore potrebbe essere stata diversa e completamente ribaltata rispetto alle ipotesi sin qui formulate. È possibile infatti che destinatario della tutela non fosse il fideiussore rimasto obbligato verso il creditore, bensì il fideiussore beneficiario dalla remissione. L'intenzione, in altre parole, non sarebbe stata quella di tutelare il garante residuo dalla possibile incidenza negativa della rinuncia sulla sua pretesa di rivalsa, ma, specularmente, di proteggere il fideiussore che ha ottenuto la remissione dalle pretese in regresso da parte dei congaranti ancora vincolati verso il creditore¹¹⁶⁴. Il § 776 avrebbe così disposto l'efficacia generale della rinuncia a una garanzia (in particolare a una garanzia fideiussoria) per escludere il diritto di regresso degli altri consorti verso il fideiussore liberato tramite la corrispondente riduzione del loro obbligo nei rapporti esterni.

Una simile spiegazione appare però improbabile.

Anzitutto, il fideiussore estraneo alla remissione avrebbe la possibilità, rinunciando al beneficio della parziale estinzione del suo vincolo assicurato dal § 776 BGB, di impedire il funzionamento del meccanismo a tutela del fideiussore liberato, giacché quest'ultimo, in assenza di riduzione dell'obbligo in capo al fideiussore residuo, tornerebbe a essere esposto a un'azione di regresso¹¹⁶⁵.

Inoltre la lettura in esame implicherebbe che il divieto di rinuncia di cui al § 776 BGB svolga due funzioni diverse a seconda che si applichi alla confideiussione vera e propria o alla semplice pluralità di fideiussioni indipendenti¹¹⁶⁶.

Nel primo caso avrebbe il compito, tradizionalmente riconosciuto, di tutelare i confideiussori rimasti obbligati dalla possibile menomazione della loro pretesa di rivalsa. La remissione nei rapporti esterni non può infatti incidere sul rapporto particolare di fonte negoziale fra i congaranti che caratterizza l'ipotesi della confideiussione in senso stretto, cosicché il fondamento dell'efficacia generale limitata

¹¹⁶³ S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1156.

¹¹⁶⁴ Analizza questa possibilità S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., pp. 1157 ss., con persuasive argomentazioni e conclusioni condivisibili.

¹¹⁶⁵ S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1160.

¹¹⁶⁶ Anche questo aspetto è vagliato da S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., pp. 1157 ss., a cui si rinvia anche per le considerazioni che seguono nel testo.

non può in questo caso essere ricercato nell'intenzione da parte del creditore di assicurare una definitiva liberazione, anche nei rapporti interni, del garante beneficiato.

La protezione del fideiussore direttamente liberato dal creditore può quindi giocare un ruolo solo nel caso della pluralità di fideiussioni indipendenti. Una giustificazione del divieto di rinuncia rispetto a questa ipotesi potrebbe ancorarsi al particolare regime giuridico che nel corso dei lavori preparatori si era venuto a formare in relazione a questa fattispecie. Si può ipotizzare che in seno alla prima commissione si fronteggiassero due modelli di solidarietà. Il primo si caratterizzava per la coesenzialità di un regresso, ciò che rendeva necessario tener conto del rapporto interno anche in relazione alle vicende concernenti il rapporto esterno con il creditore; ne è espressione, ad es., la decisione in favore dell'efficacia generale limitata della remissione presa durante i lavori della commissione (poi ritrattata in sede di discussione finale in favore dell'efficacia particolare). L'altro modello, per cui propendeva in particolare il presidente della commissione VON KÜBEL, si caratterizzava per l'idea dell'estraneità del regresso al concetto della solidarietà (il regresso si sarebbe basato esclusivamente sull'eventuale concreto rapporto interno sussistente fra gli obbligati) e la tendenziale efficacia relativa (particolare) delle vicende concernenti il rapporto di ciascun condebitore con creditore.

Dal prevalere ora dell'una o dell'altra concezione sarebbe sorto lo schema di una solidarietà caratterizzata invariabilmente da un rapporto interno di regresso ma insensibile alle vicende relative al rapporto esterno.

Di questo paradigma è espressione proprio il caso della pluralità di fideiussori indipendenti. Questi sono soggetti al regime delle obbligazioni in solido, ivi comprese, da un lato, la necessaria previsione di un rapporto interno di regresso, e dall'altro, l'efficacia particolare della remissione. Secondo l'idea di VON KÜBEL (che morì prima che avesse luogo la discussione sulle norme concernenti la fideiussione), invece, la remissione di un fideiussore indipendente aveva sì efficacia particolare, ma il garante liberato non era esposto ad alcun regresso, non sussistendo in ipotesi alcun rapporto interno fra i garanti. Ma quello di un rapporto di regresso del tutto insensibile alla remissione di uno dei garanti non era neppure il quadro avuto di mira dai sostenitori del modello opposto a quello caldeggiato da VON KÜBEL, se si considera che la preferenza di costoro era infatti andata verso l'efficacia generale limitata della remissione.

Potrebbe quindi pensarsi che durante i lavori relativi alla fideiussione si sia imposta all'interno della commissione la scelta dell'efficacia generale limitata della remissione di un fideiussore indipendente e si sia tradotta nella disposizione di cui al § 776 BGB.

Non vi sono però indicazioni che depongano a favore di questa ricostruzione.

Mancano infatti elementi che portino a pensare che la norma in questione, oltre a svolgere, con riguardo alla confideiussione in senso stretto, la tradizionale funzione di tutelare i congaranti rimasti obbligati, abbia in un «caso particolare»¹¹⁶⁷ l'ulteriore e diverso compito di proteggere il fideiussore indipendente beneficiato dalla remissione contro il regresso degli altri garanti.

8. Il § 776 BGB in relazione all'ipotesi della confideiussione e a quella della pluralità di fideiussioni indipendenti

¹¹⁶⁷ Parla di «Sonderfall» S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1160.

Un'altra possibile ricostruzione del significato che la norma in questione aveva per il legislatore del BGB si prospetta una volta che venga messo in discussione uno dei presupposti su cui si basano i tentativi di spiegazione finora illustrati¹¹⁶⁸.

Ciò che può porsi in dubbio è se l'idea di regresso alla base della previsione di cui al § 426 Abs. 1. e caratterizzante tutte le ipotesi di condebito solidale sia realmente quella di un rapporto del tutto indipendente rispetto alla remissione concessa a uno dei debitori.

Le discussioni relative all'attuale § 426 non forniscono elementi decisivi. Non è chiaro se il regresso ivi previsto dovesse intendersi come del tutto autonomo rispetto alla sussistenza della responsabilità del convenuto in regresso nei rapporti esterni¹¹⁶⁹.

Dai materiali relativi agli effetti della remissione con uno dei condebitori emerge invece che VON KÜBEL e la prima commissione muovevano dall'idea di un regresso che sopravvive all'eventuale remissione del debito nei rapporti esterni, e da questa premessa si partiva poi per discutere se fosse necessario o no introdurre l'efficacia generale limitata per tutelare il debitore beneficiario dal regresso stesso, che quindi si riteneva potenzialmente sussistente anche qualora fosse venuta meno la responsabilità dell'obbligato nei rapporti esterni.

Diversi passaggi indicano però che quello avuto in mente tanto da VON KÜBEL quanto dalla maggioranza della prima commissione era un regresso legato al concreto rapporto interno sussistente fra i coobbligati e non un regresso collegato al solo presupposto dell'esistenza di un vincolo solidale, vale a dire l'istituto che poi sarebbe stato accolto nella disposizione del § 426 Abs. 1.

Sembra emergere in particolare il dato per cui quella dei debitori solidali legati da un rapporto di regresso si presenti come una fattispecie speciale, in relazione alla quale occorre verificare se la regola generale richieda degli adattamenti. Ciò non si

¹¹⁶⁸ Su quanto segue, v. le ampie considerazioni di S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., pp. 1160 ss.

¹¹⁶⁹ In questo senso v. S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., pp. 1160 s. La sua dubbia riferibilità alla prima commissione riduce molto il significato del passaggio dei *Motive* concernente la *Schuldgemeinschaft* tra i coobbligati (*Motive*, II, pp. 169 s.; in B. MUGDAN, cit., p. 93: «Die theoretische Betrachtung mag in der That zu dem Ergebnisse führen, daß die Entscheidung der Ausgleichungsfrage lediglich davon abhängt, ob das konkrete zwischen den Gesamtgläubigern oder zwischen den Gesamtschuldern bestehende Rechtsverhältniß den Anspruch auf Ausgleichung begründe, dergestalt, daß der Ausgleichung Verlangende das Dasein eines solchen Verhältnisses zu beweisen hätte. Praktische Erwägungen erheischen aber, wie auch der Vorgang der erwähnten großen Gesetzgebungen zeigt, eine andere Bestimmung, nämlich, daß, soweit nicht aus Gesetz (z.B. §§ 338, 713, 1696) oder Rechtsgeschäft ein Anderes sich ergibt, im Verhältnisse zu einander die Gesamtgläubiger als zu gleichen Antheilen berechtigt, die Gesamtschuldner als zu gleichen Antheilen verpflichtet gelten. Diese Bestimmung (Abs. 1) hat übrigens eine über das nach empfangener oder bewirkter Leistung in Frage kommende Ausgleichungs- und Regreßrecht hinausgehende Bedeutung. Sie enthält ein Prinzip über das innere Verhältnis überhaupt. Es erhellt hieraus besonders, daß die mehreren Schuldner in Ermangelung gegentheiliger Bestimmung von vornherein mit der Begründung des Gesamtschuldverhältnisses als in einem inneren Schuldverhältnisse stehend anzusehen sind, das sie verpflichtet, so zu handeln, daß es überhaupt zu einem Regresse nicht kommt. Sie sind kraft dieses inneren Schuldverhältnisses einander zu der erforderlichen Mitwirkung und Beitragung bei der Leistung verpflichtet, sofern nicht nach dem, inneren Verhältnisse die Leistung nur von einem oder einigen Genossen zu bewirken ist. Letzterenfalls haben aber die nicht Leistungspflichtigen gegen die Leistungspflichtigen auch einen Anspruch darauf, daß sie selbst vor dem Anspruche des Gläubigers bewahrt bleiben»). Anche il riferimento operato dalla seconda commissione, in sede di discussione del § 337 del primo progetto, concernente, in particolare, il regresso fra i condebitori, alle argomentazioni appena esposte dei *Motive* appare tuttavia, per la sua genericità, scarsamente probante (cfr. Prot., pp. 885 s.; in B. MUGDAN, cit., p. 608); per queste valutazioni, v. S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., pp. 286, 1160 s.

spiegherebbe se la commissione fosse partita dalla concezione del vincolo solidale come invariabilmente caratterizzato dal regresso.

L'ipotesi è dunque che VON KÜBEL e la prima commissione considerassero in questo contesto solo il regresso di fonte negoziale e quello previsto da specifiche disposizioni di legge.

Ciò indurrebbe a concludere che lo schema di regresso successivamente ricollegato dalla commissione alla solidarietà debitoria in quanto tale non si caratterizzasse per la permanenza nonostante il successivo venir meno della responsabilità nei rapporti esterni; una tale configurazione sarebbe propria solo dell'ipotesi particolare del regresso fondato su una previsione negoziale o una specifica disposizione di legge. Il semplice regresso legato al solo presupposto della solidarietà verrebbe meno con l'esclusione dal vincolo dell'obligato operata dalla remissione¹¹⁷⁰.

Si tratta peraltro soltanto di una congettura plausibile e non di una conclusione obiettivamente accertabile¹¹⁷¹.

Partendo da quest'idea, peraltro, si potrebbe delineare senza contraddizioni la portata applicativa del § 776 BGB. Il meccanismo previsto da tale norma opererebbe nei casi in cui, non essendovi un particolare rapporto di fonte legale o negoziale fondativo di un diritto di rivalsa, la semplice pretesa di regresso legata alla mera solidarietà viene meno con l'uscita dal vincolo solidale di un obligato. Se il creditore rimette il debito fideiussorio di uno dei garanti, quest'ultimo è liberato dalla responsabilità verso il creditore e al contempo non è più soggetto all'obbligo di regresso che, in ipotesi, sta e cade con la responsabilità nei rapporti esterni. La previsione di cui al § 776 interviene, a questo punto, a tutela del fideiussore rimasto vincolato; questi infatti ha perso il regresso che gli sarebbe spettato verso il garante liberato dal creditore e quindi è destinato a sopportare l'intero peso del debito in caso di escussione. La riduzione del suo debito verso il creditore prevista dal § 776 evita quest'inconveniente¹¹⁷².

Così intesa, la norma sembrerebbe poter trovare applicazione soprattutto, se non esclusivamente, nelle ipotesi di pluralità di fideiussioni indipendenti¹¹⁷³. In tali casi manca per definizione quel rapporto di regresso interno di fonte negoziale che caratterizza la confideiussione in senso stretto. Una pretesa di regresso basata su un vincolo negoziale tra i congaranti non potrebbe essere posta nel nulla da un accordo fra il creditore e uno dei garanti, come ad esempio la remissione, in quanto sussiste anche qualora la responsabilità nei rapporti esterni di uno dei garanti venga successivamente meno. Nella confideiussione in senso stretto dunque la rinuncia a una delle fideiussioni lascerebbe inalterata la possibilità dei fideiussori residui di agire in regresso verso il garante liberato, cosicché il meccanismo di cui al § 776 non avrebbe motivo di operare. Diversamente potrebbe concludersi solo per quelle ipotesi in cui il vincolo del fideiussore liberato è assisto da garanzie di secondo grado e quindi la rinuncia del creditore può mettere a rischio la fruttuosità del regresso degli altri consorti.

La norma in esame opera pertanto prevalentemente, o addirittura soltanto, in favore dei fideiussori indipendenti. Su ciascun garante grava un obbligo di regresso verso gli

¹¹⁷⁰ Formula questa congettura S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., pp. 1163 s.

¹¹⁷¹ Per questa valutazione, v. S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1164.

¹¹⁷² In questo senso v. S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1164. Ma non può escludersi del tutto anche un'ulteriore spiegazione sulla genesi del § 776 BGB, e cioè che la seconda commissione, pur avendo fatto propria l'idea di un rapporto di regresso in grado di sopravvivere alla liberazione dell'obligato nei rapporti esterni, abbia poi trascurato di adattare a questo schema il § 776 BGB (cfr. S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1166).

¹¹⁷³ Per queste notazioni, v. S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., pp. 1166 s.

altri, destinato però a venire meno in caso di uscita dal vincolo solidale per effetto della remissione. L'attribuzione di un'efficacia generale limitata alla rinuncia alla garanzia prestata da uno dei garanti impedisce che i restanti obbligati, trovatisi privati della loro possibilità di rivalsa, siano destinati a sopportare in via definitiva l'intero peso del debito.

Il difficile coordinamento del divieto di rinuncia alla garanzia fideiussoria con i principi consolidatisi in relazione alla remissione in favore di un debitore solidale ha probabilmente costituito una delle cause della scarsa attenzione che dall'entrata in vigore del BGB è stata prestata alla norma di cui al § 776 in relazione all'ipotesi della confideiussione¹¹⁷⁴.

In dottrina si sottolinea la particolarità della posizione dei confideiussori rispetto ai condebitori in solido in generale¹¹⁷⁵. Per questi ultimi vale la regola per cui la remissione lascia in piedi la pretesa di regresso contro il condebitore beneficiato. Anche ai primi, in quanto debitori in solido, dovrebbe applicarsi lo stesso principio; senonché per essi opera la speciale regola di cui al § 776, in base alla quale il vincolo dei confideiussori residui si riduce in conseguenza della rinuncia del creditore a una garanzia fideiussoria. Ciò, si è affermato, attribuisce un vantaggio ai confideiussori residui, che vedono ridursi il proprio obbligo anziché dover agire in regresso verso il consorte liberato¹¹⁷⁶, e al confideiussore beneficiato dalla remissione, che si trova non solo liberato di fronte al creditore ma anche contro eventuali pretese in regresso¹¹⁷⁷.

Solo alcuni autori pongono l'accento sulla differenza tra l'ipotesi dei confideiussori legati da un rapporto interno e i semplici fideiussori indipendenti. Nel primo caso il rapporto tra i garanti sarebbe insensibile rispetto alla remissione concessa a uno di essi,

¹¹⁷⁴ L'osservazione è di S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1167, la quale nota che «[...] die Vorschrift des § 776 in ihrer Anwendung auf Mitbürgen nach 1900 häufig schlicht ignoriert wurde»; v. anche pp. 1169 s.

¹¹⁷⁵ F. SCHULZ, *Rückgriff und Weitergriff*, cit., p. 79 («Während [...] bei der Gesamtschuld der Erlaß gegenüber einem Schuldner auf die Forderung gegen die übrigen, aber auch auf die Regreßforderungen derselben ohne Einfluß ist, bestimmt das BGB. für die Mitbürgschaft, die es doch sonst als Gesamtschuld auffaßt, ganz unmotivierter Weise etwas anderes. [...] Richtig wäre es gewesen, wenn der Erlaßvertrag mit einem Bürgen auf die Forderung gegen den Mitbürgen ohne Einfluß geblieben wäre, der zahlende Bürge aber auch wie bei der Gesamtschuld seinem Regreß- und Ausgleichsanspruch behalten hätten»); H. REICHEL, *Die Schuldmitübernahme*, cit., pp. 503 s. («Es ergibt sich [...] aus § 776 für alle Gesamtschuldner, die nicht Mitbürgen sind, ein Umkehrschluß dahin, daß die Aufgabe der Rechte gegen einen Mitschuldner B dem Gläubiger an seinen Rechten gegen den Gesamtschuldner A nichts schadet»: *op. cit.*, p. 504); E. STROHAL, *Der gesetzliche Übergang der Sicherungsrechte des Gläubigers auf den zahlenden Bürgen in neuer Beleuchtung*, in *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, Bd. 61, 1912, p. 98 («Obschon Mitbürgen Gesamtschuldner sind, so tritt bei ihnen doch insofern eine Abweichung von den für Gesamtschuldner überhaupt maßgebenden Grundsätzen ein, als ein Mitbürge im Falle der Befreiung eines anderen Mitbürgen durch den Gläubiger nach § 776 insoweit frei wird, als er von dem befreiten Mitbürgen Ersatz erlangen können, und hierdurch wesentlich besser gestellt wird, als wenn er auf den Ausgleichsanspruch gegen den befreiten Bürgen angewiesen wäre»). Nel senso della peculiarità del caso della confideiussione, alla luce del disposto di cui al § 776 BGB, rispetto ai principi valevoli in generale per l'obbligazione in solido, si esprime anche OLG Hamburg 3 dicembre 1909, in *Hanseatische Gerichtszeitung, Beiblatt*, 1910, num. 80, p. 106.

¹¹⁷⁶ E. STROHAL, *Der gesetzliche Übergang der Sicherungsrechte des Gläubigers auf den zahlenden Bürgen in neuer Beleuchtung*, cit., p. 98.

¹¹⁷⁷ E. BRAUN-MELCHIOR, *Gesetzliche Rechtsübergang und Ausgleich bei mehrfacher Drittsicherung*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, Bd. 30, 1930, p. 203 («Mit der Freigabe erhält der freiwerdende Bürge also gleichzeitig die Gewißheit, daß er auch im Regreßwege nicht mehr in Anspruch genommen werden wird, oder anders gesagt: Die Freigabe bedeutet ein Freiwerden nicht nur dem Gläubiger, sondern auch dem Mitbürgen gegenüber»).

e quindi sarebbe possibile il regresso anche nei confronti del fideiussore liberato dal creditore. Nel secondo, invece, la rivalsa contro un fideiussore sarebbe possibile solo fintanto che questi è vincolato verso il creditore; una volta ottenuta la remissione, gli altri garanti non potrebbero più invocare contro di lui alcuna pretesa di rimborso. La norma di cui al § 776 consentirebbe di evitare che i fideiussori residui, non potendo più agire contro il consorte liberato, si trovino a dover sopportare l'intero peso del debito¹¹⁷⁸.

In generale, in merito al § 776 in relazione alla fattispecie della confideiussione, l'opinione tradizionale era quella per cui la remissione di un garante non incidere sul rapporto interno di regresso¹¹⁷⁹.

Peraltro, che al creditore non fosse concesso, mediante la remissione di uno dei garanti, incidere sul rapporto interno di regresso, peraltro, è affermazione che può prestarsi a una duplice interpretazione. Si può pensare a una intangibilità solo in danno dei fideiussori residui, nel senso che il regresso non può mai essere loro sottratto se con ciò essi si trovano a sopportare l'intero peso del debito, ma può essere invece eliminato purché si intervenga con la correzione della riduzione del debito nei rapporti esterni.

¹¹⁷⁸ Per questa impostazione v. K. KANKA, *Die Mitbürgschaft*, cit., pp. 128, 165, 168, 186, 194 ss.; H.P. PECHER, *sub* § 769, in *Münchener Kommentar zum BGB*, Bd. 3, *Schuldrecht – Besonderer Teil*, 2. Halbband (§§ 652-853), 2. Aufl., München, 1986, RdNr. 6, pp. 1040 s.

Secondo K. KANKA (*op. cit.*, pp. 196 s., da cui anche l'esempio che segue), più precisamente, l'effetto estintivo generale provocato dalla rinuncia a una fideiussione si produrrebbe non solo in caso di fideiussioni indipendenti, ma anche in caso di confideiussione in senso stretto; ma solo nel secondo caso sarebbe poi possibile, in base al rapporto interno ai garanti, anche il regresso verso il fideiussore liberato. Così, se tre fideiussori sono tenuti per un debito di 900 e il creditore rinuncia a una delle garanzie, gli altri resteranno obbligati per 600, si tratti di fideiussori indipendenti o confideiussori in senso stretto. Nel primo caso però i fideiussori residui, dopo il pagamento integrale al creditore, sopporteranno in via definitiva ciascuno un esborso di 300, eventualmente previa rivalsa tra di loro. Nel secondo caso, invece, poiché il fideiussore liberato resta pur sempre vincolato dal rapporto interno con gli altri garanti, non viene meno la possibilità di questi di esercitare il regresso verso di lui; cosicché essi potranno agire nei suoi confronti per il rimborso di un terzo della somma pagata al creditore; i fideiussori residui potranno quindi pretendere da lui 200 (100 ciascuno) e, in definitiva, tutti e tre i garanti sopporteranno un esborso di 200. Osserva tuttavia S. MEIER che non risulta chiara la ragione per cui la remissione concessa a uno dei fideiussori debba portare a una riduzione della quota interna gravante sugli altri (*Gesamtschulden*, cit., p. 1169, nt. 376). Esplicitando il rilievo, i fideiussori residui si trovano, dopo la riduzione del loro vincolo in base al § 776, a dover pagare al creditore 600; ma questa è anche la somma che sarebbe dovuta gravare su di loro in base ai rapporti interni, onde sfugge la ragione per cui, attraverso la combinazione di due meccanismi (la riduzione del loro debito nei rapporti esterni e il regresso verso il fideiussore liberato), si trovino in definitiva a dover rispondere di un importo minore (nell'esempio, 400).

¹¹⁷⁹ Cfr., in dottrina, senza menzionare, sulla questione della remissione del fideiussore, il § 776, H. KREMER, *Die Mitbürgschaft*, cit., p. 175, testo e nt. 1; P. OERTMANN, *Recht der Schuldverhältnisse*, in *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen*, 5. Aufl., Zweite Abteilung (§§ 433 bis 853), Berlin, 1929, *sub* § 769, Anm. 3, p. 1238; F. BRÄNDL, *sub* § 776, in *Staudingers Kommentar zum BGB*, II Bd., 4. Teil (§§ 705-822), 10./11. Aufl., Berlin, 1975 (Erscheinungsdatum der Lieferung: 1959), RdNr. 3, p. 2529; Fr. OEGG, in *Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz*, II, 2, *Recht der Schuldverhältnisse (Besonderer Teil)*, 4. Aufl., Berlin-Leipzig, 1928, *sub* § 769, Anm. 4, p. 1436, § 774, Anm. 7, d), p. 1458; L. ENNECCERUS, H. LEHMANN, *Recht der Schuldverhältnisse. Ein Lehrbuch*, 15. Bearb., Tübingen, 1958, p. 800, nt. 5.

In giurisprudenza, senza alcun riferimento al § 776, cfr. RG 17 giugno 1915, in *Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht*, 1915, p. 1511, n. 9 (senza indicazioni sulla fattispecie concreta), spesso richiamata anche dalla dottrina appena citata: «Die rechtlichen Beziehungen zwischen dem Gläubiger und seinen Bürgen sind unabhängig von denen zwischen den Mitbürgen. Der Gläubiger kann einen Mitbürgen entlassen, ohne daß dies Einfluß auf das Innenverhältnis der Mitbürgen ausübt; und im Innenverhältnis kann ein Mitbürge frei werden, trotzdem aber dem Gläubiger verhaftet bleiben»; v. anche RG 27 febbraio 1913, in *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*, vol. 81, 1913, p. 418.

Oppure l'intangibilità può essere intesa in maniera assoluta, onde il regresso interno non può mai venire meno per effetto dell'uscita di un confideiussore dal vincolo comune¹¹⁸⁰.

In questo secondo senso si è espresso il BGH in una sentenza del 1992¹¹⁸¹.

La decisione affronta il problema dei presupposti di applicabilità del § 776 in caso di rinuncia a un confideiussore da parte del creditore, pervenendo a un esito che circoscrive notevolmente la portata della norma proprio in base all'assunto per cui la remissione di un confideiussore non ne fa venir meno l'obbligo di rimborso verso i garanti residui.

L'argomentazione del BGH muove dal riconoscimento del tradizionale principio per cui nella solidarietà debitoria l'obbligo di regresso («*Ausgleichspflicht*») fra i condebitori nasce contestualmente al vincolo solidale e non solo a seguito del pagamento al creditore; il rapporto di regresso («*Ausgleichsverhältnis*») è autonomo rispetto all'obbligazione solidale («*Gesamtschuldverhältnis*»), affiancandosi a essa, e di regola la remissione accordata dal creditore a un debitore in solido non incide sul suo obbligo di regresso. Il principio in questione vale anche nell'ipotesi della confideiussione¹¹⁸².

Un'impostazione diversa non sarebbe giustificabile neanche in base al § 776 BGB. Infatti la liberazione del fideiussore prevista da tale norma ha luogo solo se il fideiussore «non può attuare» («*nicht durchsetzen kann*»), in conseguenza della rinuncia operata dal creditore, la propria pretesa di regresso¹¹⁸³; né, per altro verso, la disposizione autorizza a ritenere estinto l'obbligo di regresso in capo al fideiussore beneficiato dalla remissione¹¹⁸⁴.

Anche per i fideiussori indipendenti, prosegue il BGH, va escluso che a seguito della remissione da parte del creditore il garante possa considerarsi liberato dall'obbligo di regresso. Il rapporto di regresso sussiste anche fra i fideiussori indipendenti, non distinguendo il § 769 tra assunzione congiunta e disgiunta degli impegni fideiussori quando afferma che i confideiussori sono tenuti come debitori solidali; cosicché non è consentito differenziare, quanto al profilo del rapporto di regresso, tra assunzione congiunta e assunzione in via indipendente delle fideiussioni¹¹⁸⁵.

¹¹⁸⁰ S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1170.

¹¹⁸¹ BGH 11 giugno 1992, pubblicata fra l'altro in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1992, p. 2286. Un'approfondita analisi della decisione è condotta da S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., pp. 1173 ss.

¹¹⁸² Così si esprime, testualmente, il BGH (sent. 11 giugno 1992, cit.): «Die Ausgleichspflicht der Gesamtschuldner entsteht bereits mit der Begründung der Gesamtschuld und nicht erst mit der Leistung eines Gesamtschuldners an den Gläubiger [...]. Dieses Ausgleichsverhältnis steht als selbständiges Schuldverhältnis neben dem Gesamtschuldverhältnis. Die vom Gläubiger vorgenommene Entlassung eines Gesamtschuldners aus dem gesamtschuldnerischen Haftungsverband berührt diese Ausgleichsverpflichtung grundsätzlich nicht [...]. Diese Grundsätze gelten auch für das Ausgleichsverhältnis unter Mitbürgen».

¹¹⁸³ «Der Bürge wird [...] nur frei, falls er infolge Aufgabe des Rechts seinen Ausgleichsanspruch gegen den Mitbürgen nicht durchsetzen kann»: BGH 11 giugno 1992, cit.

¹¹⁸⁴ «Die Vorschrift besagt nicht, daß die Entlassung eines Mitbürgen durch den Gläubiger zum Erlöschen der Ausgleichspflicht gegenüber anderen Mitbürgen führt»: BGH 11 giugno 1992, cit.

¹¹⁸⁵ «Es geht auch nicht an, den Mitbürgen bei einer Entlassung durch den Gläubiger immer dann zugleich als von der Ausgleichspflicht befreit anzusehen, wenn er die Bürgschaft unabhängig von den anderen Bürgen übernommen hat [...]. Der Gesetzgeber hat in § 769 BGB ausdrücklich angeordnet, daß mehrere Bürgen auch dann als Gesamtschuldner haften, wenn sie die Bürgschaft nicht gemeinschaftlich übernommen haben. Damit entsteht zwischen ihnen auch bei getrennter Bürgschaftsübernahme notwendigerweise sogleich das Ausgleichsverhältnis. Deshalb ist es nicht gerechtfertigt, bei dem Ausgleichsverhältnis zwischen gemeinsamer und unabhängiger Verbürgung zu unterscheiden»: BGH 11 giugno 1992, cit.

Il primo aspetto di interesse della decisione riguarda i presupposti di applicabilità del divieto di rinuncia di cui al § 776 BGB.

La sentenza afferma che, in relazione all'ipotesi della confideiussione, la norma di cui al § 776 BGB opera soltanto qualora la rinuncia a una fideiussione porti alla conseguenza per cui gli altri garanti «non possono attuare il loro regresso». Ciò si giustifica in quanto la rinuncia da parte del creditore a un garante, non liberandolo dall'obbligo di rivalsa verso gli altri, non priva i fideiussori residui della loro pretesa di rimborso verso il consorte beneficiato. I fideiussori rimasti obbligati, di conseguenza, permangono tenuti per l'intero, senza poter invocare una parziale liberazione ai sensi del § 776 BGB, almeno fino a quando «possono attuare» il regresso loro spettante. Il limite a partire dal quale possono invocare una parziale estinzione del loro vincolo è dunque costituito dal non «poter attuare» il loro diritto di regresso contro il fideiussore liberato.

In accordo con il ristretto ambito di applicazione riservato al meccanismo estintivo di cui al § 776 BGB, emerge che nella concezione del BGH la rinuncia a una fideiussione da parte del creditore lascia di regola i fideiussori residui obbligati per l'intero. Inoltre, il fideiussore liberato dal creditore rimane obbligato in via di regresso verso gli altri consorti.

La scelta di far dipendere l'estinzione parziale del vincolo dalla valutazione della possibilità di attuare il regresso contro il fideiussore liberato porta a una considerazione della norma quale previsione risarcitoria; è verosimile, infatti, che, difficilmente potendosi stimare al momento della rinuncia da parte del creditore quale sarà l'esito del regresso da parte dei fideiussori residui, costoro dovranno prima adempiere per l'intero a favore del creditore stesso e poi tentare di attuare la loro pretesa di regresso verso il consorte liberato¹¹⁸⁶. Tale interpretazione dà luogo a qualche perplessità¹¹⁸⁷, come si è già evidenziato.

La dottrina dominante si attesta su una posizione identica a quella della sentenza appena esaminata¹¹⁸⁸.

¹¹⁸⁶ Lo nota S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit. p. 1175.

¹¹⁸⁷ Cfr. i rilievi di S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., pp. 1175 s. L'a. ritiene criticabile la regola delineata dal BGH in quanto porterebbe a una ingiustificata differenza di trattamento tra l'ipotesi della rinuncia a un confideiussore e quella della rinuncia a una garanzia reale. Mentre, secondo il BGH, nel primo caso si fa dipendere la liberazione dei fideiussori residui dalla loro possibilità di attuare il regresso verso il fideiussore beneficiato, nel secondo la rinuncia alla garanzia conduce in quanto tale a una riduzione dell'obbligo del fideiussore rimasto obbligato. Come nota ancora l'a. (*op. cit.*, p. 1145), il divieto di rinuncia, tanto in base al diritto comune quanto al *Dresdener Entwurf*, costituente il punto di partenza in questa materia per il legislatore del BGB, riguarda anzitutto le garanzie reali; rispetto a esse è di più immediata evidenza la funzione svolta dalla norma: se prestate dal debitore principale, la loro dismissione non fa venir meno il diritto di regresso del fideiussore ma ne impedisce il trasferimento in capo al fideiussore medesimo, con evidente rischio in caso di insolvenza del debitore principale; se prestate da terzi, la rinuncia preclude anche in tal caso il trasferimento delle stesse in capo al fideiussore *solvens*, e con ciò, in questo caso, ogni possibilità di rivalsa verso i terzi datori da parte del fideiussore.

¹¹⁸⁸ Fra i tanti, P. BÜLOW, *Recht der Kreditsicherheiten. Sachen und Rechte, Personen*, 7. Aufl., Heidelberg, 2007, RdNr. 1010, p. 336; N. HORN, in *J. von Staudingers Kommentar zum BGB*, cit., sub § 774, RdNr. 50, p. 474, § 776, RdNr. 9, p. 493, RdNr. 15, p. 496; H. EHMANN, in *Erman BGB. Handkommentar*, I¹², cit., sub § 421, RdNr. 74, p. 1768, § 423, RdNr. 5, p. 1773; U. SCHWEDHELM, *Das Gesamtschuldverhältnis*, cit., RdNr. 109, p. 99; D. LOOSCHELDERS, in *J. von Staudingers Kommentar zum BGB*, cit., sub § 423, RdNr. 39, p. 518 § 426, RdNr. 266, p. 652; H.G. GRAF LAMBSDORFF, B. SKORA, *Handbuch des Bürgschaftsrechts*, München, 1994, RdNr. 308, pp. 149 s.; J. SCHÜRNBRAND, *Der Schuldbeitritt zwischen Gesamtschuld und Akzessorietät*, Berlin, 2003, p. 148; M. HABERSACK, in *Münchener Kommentar zum BGB*⁵, cit., sub § 769, RdNr. 8, pp. 1056 s., § 776, RdNr. 5, p. 1095; P.

Soltanto alcuni autori ritengono che all'esito, pur condiviso, cui perviene la sentenza si giungerebbe in quanto la rinuncia del creditore andrebbe di regola intesa come *pactum de non petendo* e non come una liberazione definitiva anche nei rapporti interni¹¹⁸⁹.

Un'altra opinione minoritaria ritiene che il § 776 possa operare, benché il diritto regresso contro il fideiussore liberato non venga meno, quando il vincolo fideiussorio dismesso era a sua volta assistito da garanzia reale e il fideiussore risulta insolvente¹¹⁹⁰.

Si obietta che, esigendo il presupposto dell'insolvenza al momento dell'esercizio del regresso, si ritorna alla concezione della norma quale previsione di carattere risarcitorio. Qualora invece si consideri l'insolvenza al momento della rinuncia alla fideiussione da parte del creditore – e si riconosca quindi la riduzione del vincolo dei fideiussori rimasti obbligati ai sensi del § 776 BGB solo quando l'insolvenza del fideiussore liberato sussista già in tale momento –, si verifica un «vuoto di tutela» a danno dei fideiussori residui se l'insolvenza subentra in un momento successivo¹¹⁹¹.

Se è possibile convenire sulla decisione di non ricollegare in ogni caso alla rinuncia a una fideiussione la riduzione dell'obbligo in capo agli altri garanti, preferibile sarebbe stata la scelta di ritenere applicabile la disposizione in esame quando la garanzia fideiussoria che il creditore vuole dismettere è a sua volta assistita da una garanzia reale, della quale i fideiussori residui potrebbero valersi in forza della *cessio legis*, con un effetto estintivo in loro favore corrispondente all'importo che avrebbero potuto trarre dalla garanzia reale, senza necessità di valutare l'insolvenza o in generale la possibilità di attuare in concreto il regresso¹¹⁹².

Altro aspetto di rilievo della decisione del BGH è l'affermazione della permanenza dell'obbligo di regresso in capo al garante liberato anche in ipotesi di pluralità di fideiussioni indipendenti¹¹⁹³.

A rigore, ciò dovrebbe valere anche per il fideiussore che fosse del tutto all'oscuro dell'esistenza di altri garanti¹¹⁹⁴. Pertanto, chi ritiene di prestare la garanzia come unico

BYDLINSKI, *sub* § 426, in *Münchener Kommentar zum BGB*⁶, cit., RdNr. 9, p. 2893. Parrebbe di segno opposto la tesi di E. HERRMANN, *sub* § 776, in *Erman BGB. Handkommentar*, II¹³, cit., RdNr. 5, p. 3438, peraltro assai sintetico sul punto («Bei Verzicht auf Rechte gegen einen Mitbürgen werden die anderen Mitbürgen entspr dem auf diesen entfallenden Anteil (§§ 774 II, 426) frei»). In senso critico rispetto all'impostazione del BGH v. invece H.P. PECHER, in Th. SOERGEL-W. SIEBERT, *Bürgerliches Gesetzbuch, Kohlhammer-Kommentar*, Bd. 5/1¹², cit., spec. *sub* § 776, RdNr. 20, p. 786.

¹¹⁸⁹ W. BAYER, nota a BGH 11 giugno 1992, in *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht*, 1992, p. 870; H.-J. LWOWSKI, *Das Recht der Kreditsicherung*, begr. von H. Scholz, 8. Aufl., Berlin, 2000, RdNr. 403, p. 356.

¹¹⁹⁰ D. REINICKE, K. TIEDTKE, *Kreditsicherung*, cit., RdNr. 285, p. 88. Simile è l'opinione di M. HABERSACK, *sub* § 776, in *Münchener Kommentar zum BGB*⁵, cit., RdNr. 5, p. 1095, il quale ritiene applicabile § 776 quando, pur restando in piedi il diritto regresso in favore del fideiussore nonostante la rinuncia del creditore a una garanzia, per effetto dell'atto dismissivo il fideiussore ha perso la possibilità di avvalersi di una garanzia reale e il datore della stessa, pur rimanendo obbligato in via di regresso, risulta insolvente.

¹¹⁹¹ Per questi rilievi, v. S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1175.

¹¹⁹² S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., pp. 1175 s., la quale nota come tale prospettazione sarebbe in accordo con quanto sostenuto dalla dottrina dominante, secondo la quale il § 776 BGB trova applicazione in caso di rinuncia a una garanzia reale prestata a tutela dell'obbligazione di un confideiussore: v. K. KANKA, *Die Mitbürgschaft*, cit., p. 195; F. BRÄNDL, *sub* § 776, in *Staudingers Kommentar zum BGB*, cit., RdNr. 3 b, p. 2553; N. HORN, *sub* § 776, in *Staudingers Kommentar zum BGB*, cit., RdNr. 9, p. 493.

¹¹⁹³ Su questo aspetto, v. S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., pp. 1176 ss.

¹¹⁹⁴ S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., pp. 1181, 1183. Soggiunge l'a. (*op. cit.*, p. 1183) che tale interpretazione priva il fideiussore della tutela – ordinariamente spettante al debitore in caso di cessione

fideiussore si trova penalizzato a causa della presenza di altri garanti; infatti, la remissione concessagli dal creditore non può procurargli la definitiva liberazione dal quel debito che egli ha peraltro assunto in via negoziale singolarmente¹¹⁹⁵.

L'esito non appare condivisibile se si pone mente al fatto che ciascun fideiussore indipendente si impegna a garantire l'intero debito (salva la pattuizione di un tetto alla responsabilità) e il solo legame tra le obbligazioni di fonte negoziale di ciascun garante è rappresentato dall'unicità del debito garantito. La sussistenza di un regresso fra i garanti non è scontata in questo caso, non essendo inammissibile ritenere che ciascuna parte di un contratto debba integralmente adempiere il proprio debito senza poter invocare vantaggi derivanti da contratti cui è estranea¹¹⁹⁶.

Lo strumento del regresso si giustifica soprattutto per evitare il rischio dell'arbitrio¹¹⁹⁷ del creditore, e per questo stesso motivo appare coerente escludere che tale pericolo possa tornare in questione attraverso una successiva remissione del garante che faccia venir meno il rapporto di regresso. Sennonché in materia fideiussoria il § 776 BGB evita il verificarsi proprio di questo stesso rischio. Tale rilievo depone nel senso che, nella prospettiva del legislatore, un regresso fra fideiussori indipendenti non dovesse sussistere¹¹⁹⁸.

Una importante implicazione dei principi affermati dalla sentenza del BGH sopra richiamata è quella per cui il «problema del regresso» che sorge in caso di dismissione di una fideiussione indipendente viene risolto a danno del fideiussore residuo anziché, come invece si ricava dal § 776, del creditore¹¹⁹⁹. Ma l'esigenza di tutelare il creditore appare dubbia, se si considera che egli non è tenuto a rimettere un debito fideiussorio e ha, peraltro, la possibilità di concordare, anziché una remissione, un *pactum de non petendo*¹²⁰⁰, dichiarando espressamente che, nonostante la rinuncia alla propria azione, il diritto di regresso contro il fideiussore beneficiato resta in piedi¹²⁰¹.

del credito – di poter fare affidamento sulla remissione conclusa con colui che riteneva essere il suo unico creditore.

¹¹⁹⁵ S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1181.

¹¹⁹⁶ V. anche le considerazioni di J.F. HOFFMANN, *Sicherungsgemeinschaften im System einer differenzierenden Gesamtschuldlehre*, cit., pp. 731 s., secondo il quale, dopo la sua liberazione da parte del creditore, un garante non farebbe più parte della «comunione di rischio e di pericolo» («Risiko- und Gefahrengemeinschaft») fra i congaranti e con ciò non sarebbe più consentita la ripartizione dei rischi, fondata su considerazioni equitative, fra i garanti stessi.

¹¹⁹⁷ Ma v. *contra* J.F. HOFFMANN, *Sicherungsgemeinschaften im System einer differenzierenden Gesamtschuldlehre*, cit., pp. 730 s.

¹¹⁹⁸ S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1182.

¹¹⁹⁹ Così, quasi testualmente, S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1182. V. anche B. RIMMELSPACHER, nota a BGH 13 gennaio 2000, in *Entscheidungssammlung zum Wirtschafts- und Bankrecht*, I F 1 a. – 11.00 (pp. 436-438), p. 437 («[...] die “Großzügigkeit“ des Gläubigers gegenüber dem einen Mitbürgen bloß zu dessen einstweiliger Schonung führt, aber nicht zu Lasten des Gläubigers selbst geht, wenn der Gläubiger sein Sicherungsrecht gegen den anderen Bürgen durchsetzen kann. Dass will nicht recht mit dem Grundgedanken des § 776 BGB zusammenpassen. Insofern enthält diese Norm einen im Verhältnis zu § 423 BGB speziellen Rechtsgedanken, der wohl auf mehr als ein *pactum de non petendo* [...] hweist, sondern dem Gläubiger die Konsequenzen der Haftungsbeschränkung oder des Haftungsausschlusses auferlegen will»).

¹²⁰⁰ S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1181, Parla di «schuldrechtliche[r] Klageverzicht» che obblighi solo il creditore.

¹²⁰¹ Per questi rilievi, v. S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., pp. 1182 s.

9. Estinzione della fideiussione per fatto del creditore e disciplina della remissione a favore di uno dei fideiussori nel diritto italiano

Quando trova applicazione l'art. 1239, cpv., cod. civ., la remissione a favore di uno tra più fideiussori per lo stesso debito ha come conseguenza la riduzione del vincolo degli altri garanti nella misura della quota del remissario. Il risultato a cui si perviene, quindi, coinciderà con quello derivante dall'applicazione dell'art. 1955 cod. civ., o lo assorbirà, a seconda se si ritenga che quest'ultima norma postuli o no la sussistenza di un effettivo danno a carico dei fideiussori non liberati. In ogni caso i fideiussori rimasti obbligati verso il creditore potranno invocare la riduzione del proprio vincolo in ragione della quota spettante al fideiussore liberato, in applicazione dell'art. 1239, cpv., cod. civ., norma che non richiede la dimostrazione di alcun danno.

È necessario chiedersi se da queste due norme sia ricavabile un limite alla possibilità per il creditore di effettuare una remissione con efficacia particolare.

Nell'affrontare la questione si deve distinguere tra le ipotesi di vera e propria confideiussione e quelle di semplice pluralità di fideiussioni indipendenti.

Quanto alla configurabilità di una remissione con efficacia particolare in caso di confideiussione, non sembra che le due norme pongano alcun limite invalicabile.

Nella confideiussione in senso stretto i congaranti sono vincolati da un rapporto particolare, normalmente di fonte contrattuale, da cui si può desumere anche la disciplina relativa alla rivalsa interna. Su questa ripartizione non può incidere la remissione accordata a un singolo garante, cosicché quest'ultimo resterà tenuto in via di regresso verso gli altri nonostante la liberazione ottenuta dal creditore. L'estinzione parziale del vincolo degli altri garanti, prevista dall'art. 1239, cpv., cod. civ., non è quindi necessaria in questo caso, appunto perché i fideiussori non liberati restano titolari della pretesa in regresso verso il consorte remissario. La rinuncia a una fideiussione, però, potrebbe pregiudicare gli altri garanti quando si tratti di fideiussione assistita da una garanzia (reale o personale) di secondo grado: la rinuncia al diritto verso il fideiussore preclude infatti la surrogazione degli altri garanti. In tali casi potrebbe assumere rilievo l'art. 1955 cod. civ., facendo conseguire alla perdita delle cautele che assistevano l'obbligazione del fideiussore remissario l'estinzione totale o parziale, a seconda delle circostanze, del vincolo dei fideiussori rimasti obbligati.

In caso di pluralità di fideiussioni indipendenti è necessario distinguere l'ipotesi in cui la remissione sia concessa a un fideiussore che ignorava l'esistenza di altri garanti da quella in cui fosse consapevole di tale circostanza¹²⁰².

Va ricordato che fra garanti indipendenti non sussiste un rapporto particolare da cui deriva un regresso tendenzialmente autonomo rispetto al diritto spettante al creditore. Il regresso che spetta in questo caso al *solvens* verso i congaranti viene infatti ad avere un contenuto corrispondente a quello del diritto spettante al creditore, non portando al regrediente benefici aggiuntivi rispetto alla surrogazione. Ebbene, il fideiussore remissario, purché fosse all'oscuro dell'esistenza di altre garanzie, se convenuto in rivalsa da un altro consorte potrebbe far valere la remissione concessagli dal creditore non solo per opporsi alla originaria pretesa creditoria acquisita in via di surrogazione dall'attore, ma anche per contrastare una domanda fondata sul diritto di regresso. Peraltro in questo caso non può non trovare applicazione l'art. 1239 cod. civ., e quindi la regola generale che riconosce alla remissione in favore di un fideiussore efficacia

¹²⁰² Si rinvia, anche per riferimenti, alla trattazione di cui al par. 5, sez. IV, cap. VI.

generale limitata a beneficio degli altri: infatti una deroga a tale disposizione richiede che il creditore manifesti la volontà di effettuare una remissione con efficacia limitata al solo diretto beneficiario; quindi, il creditore che volesse concedere una remissione con efficacia particolare metterebbe inevitabilmente il fideiussore beneficiario a conoscenza dell'esistenza di altre garanzie, circostanza che è però stata esclusa in ipotesi.

Quando invece il remissario sia stato informato dell'esistenza di altri fideiussori, allora il creditore potrà conferire efficacia meramente particolare alla remissione (in deroga all'art. 1239 cod. civ.), giacché tale remissione non può essere opposta dal beneficiario contro il regresso dei fideiussori estranei e non può quindi pregiudicarne il diritto di regresso.

Un diritto di rivalsa del remissario contro il creditore andrà di regola escluso, salvo che venga espressamente pattuito, in conformità al principio di stretta interpretazione delle rinunce.

10. Estinzione della fideiussione per fatto del creditore e transazione con uno dei fideiussori nel diritto italiano

In caso di transazione stipulata con uno fra più fideiussori vengono in rilievo una pluralità di regole non facilmente armonizzabili¹²⁰³.

Oltre ai criteri applicabili all'ipotesi più generale di transazione con un debitore in solido, deve considerarsi la disposizione che prevede l'estinzione della fideiussione per fatto del creditore (art. 1955 cod. civ.) e la norma che stabilisce l'imputazione al debito principale di quanto ricevuto dal creditore in caso di rinuncia a una garanzia a fronte di un corrispettivo (art. 1240 cod. civ.).

In caso di confideiussione, la transazione potrà anzitutto presentarsi come aperta all'adesione anche dei non paciscenti. Come si è già affermato in relazione alla transazione con un debitore in solido, questo accordo non sarà di regola opponibile nei rapporti interni ai condebitori che non abbiano voluto profittarne, salvo che non fosse stato concluso sulla base di un incarico conferito al transigente dagli altri confideiussori.

L'accordo potrà poi configurarsi come transazione *pro quota*, oppure transazione sull'intero ma con esclusione per i non paciscenti della facoltà di profittarne. Nel primo caso il vincolo dei confideiussori estranei si ridurrà della quota del transigente, in ossequio alle regole vevoli in generale per la transazione parziale o, indifferentemente, in applicazione diretta o analogica dell'art. 1955 cod. civ. Le stesse considerazioni svolte in linea generale con riguardo all'obbligazione in solido in ordine alla esclusione dell'imputazione al debito solidale di quanto versato al creditore in occasione della transazione portano a ritenere inapplicabile in quest'ipotesi l'art. 1240 cod. civ., che prevede l'imputazione della controprestazione prevista dalla transazione al debito principale.

¹²⁰³ La giurisprudenza di legittimità ha avuto modo di affermare che la norma di cui all'art. 1304 cod. civ. verrebbe in rilievo soltanto nell'ipotesi in cui si tratti di confideiussione in senso stretto, e non nel caso di semplici fideiussioni plurime. Infatti solo nel primo caso sussisterebbe la solidarietà fra i garanti, mentre essa farebbe difetto nel secondo: Cass. 14 luglio 2010, n. 16561, in *Foro pad.*, 2011, I, c. 30, con nota di R. GISMONDI.

In dottrina, per l'applicabilità dell'art. 1304 cod. civ. alla confideiussione (ma senza riferimenti alla distinzione fra confideiussione in senso stretto e semplice pluralità di fideiussori), v. C. D'ALESSANDRO, *La transazione del condebitore solidale*, cit., p. 153.

Quando la transazione sia invece caratterizzata da efficacia particolare (transazione sull'intero con esclusione della facoltà per i terzi di profittarne), resta intatto il diritto di regresso contro il fideiussore transigente – questi è infatti necessariamente consapevole dell'esistenza di altri fideiussori, essendo stata apposta la riserva alla transazione – cosicché non è necessario procedere a una decurtazione del vincolo gravante sugli altri fideiussori in applicazione dell'art. 1955 cod. civ. Questa norma potrà svolgere una funzione utile quando l'obbligazione dello stipulante fosse assistita da ulteriori garanzie personali o reali che, a seguito della transazione, risultino estinte. In questo caso l'obbligo in capo agli altri fideiussori subirà, ai sensi della norma citata, una corrispondente riduzione.

Il disposto di cui all'art. 1240 cod. civ. fa sorgere però la questione se quanto versato in base alla transazione con efficacia particolare debba necessariamente essere imputato al debito garantito.

Si sono già indicate le critiche a cui ha dato luogo questa norma presso gli interpreti.

Nondimeno il dettato dell'art. 1240 cod. civ. non sembra superabile, a pena di una interpretazione sostanzialmente abrogatrice della norma. Ben difficilmente si riuscirebbe a ipotizzare un qualche spazio applicativo per la regola che impone l'imputazione di quanto versato a fronte della liberazione «a beneficio del debitore principale e di coloro che hanno prestato garanzia per l'adempimento dell'obbligazione» se si ritenesse che la transazione stipulata da un confideiussore si collochi al di fuori della portata di tale norma.

Quanto pagato dal confideiussore transigente andrà quindi scomputato dal diritto spettante al creditore garantito, in applicazione dell'art. 1240 cod. civ. I non transigenti saranno quindi tenuti solo per il residuo e qualora esso superi le loro quote avranno regresso per la differenza contro il confideiussore stipulante. Se poi quest'ultimo possa a sua volta agire contro il creditore per il rimborso di tale importo pagato ai consorti andrà stabilito secondo i criteri già esposti in relazione alla transazione stipulata dal condebitore in solido.

Per quanto attiene alla pluralità di fideiussioni indipendenti, caratterizzata dall'assenza di un regresso tendenzialmente autonomo rispetto al diritto spettante al creditore garantito, una transazione sull'intero “aperta” all'adesione dei terzi non potrà essere di regola opposta contro la pretesa in regresso di coloro che non vi avessero aderito, a meno che non sia stata conclusa su incarico di costoro o rappresenti un atto di utile gestione.

Sarà poi configurabile una transazione *pro quota*, con conseguente effetto parzialmente estintivo in favore dei non transigenti per un importo pari alla quota del transigente. Anche in questo caso pare opportuno escludere l'applicabilità dell'art. 1240 cod. civ., per le stesse ragioni indicate trattando della transazione con un condebitore in solido.

Vi potrà essere, infine, una transazione sull'intero con esclusione della facoltà di profittarne da parte di terzi. In questo caso, essendo stata apposta una riserva alla transazione, il fideiussore stipulante è necessariamente a conoscenza dell'esistenza di altri garanti, cosicché non potrà opporre la transazione nei rapporti interni.

Quanto versato dal fideiussore in base alla transazione dovrà essere portato a scomputo del debito garantito, in applicazione dell'art. 1240 cod. civ.

Bibliografia

ADLER Karl, *Ueber Doppelversicherung und Ueberversicherung*, in *Leipziger Zeitschrift*, 1912, pp. 497 ss.

AGOSTINELLI Benedetta, *Oggetto sociale, capacità giuridica e nullità virtuale: sui limiti allo svolgimento di attività extra-assicurative le sezioni unite cambiano rotta*, nota a Cass. 30 dicembre 2011, n. 30174, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, pp. 632 ss.

AIELLO Marco, *L'oggetto sociale delle compagnie di assicurazioni e la transazione di obbligazioni solidali al vaglio delle Sezioni unite*, nota a Cass., sez. un., 30 dicembre 2011, n. 30174, in *Giur. it.*, 2012, pp. 1341 ss.

ARANGIO-RUIZ Vincenzo, *Istituzioni di diritto romano*, 14^a ed., Napoli, 2006 (rist.).

AYNES Laurent, CROCQ Pierre, *Droit civil, Les sûretés. La publicité foncière*, 4^e édition, Paris, 2009.

AYNES Laurent (e MALAURIE Philippe), *Cours de droit civil*, t. IX, *Les sûretés. La publicité foncière*, 8^e éd., Paris, 1996.

ALLARA Mario, *Corso di diritto civile, Delle obbligazioni*, Lezioni del prof. Mario Allara raccolte dal dott. G. Deiana, Anno accademico 1938-39, Torino, 1939.

ALBERTARIO Emilio, *Efficacia del pactum de non petendo sulla obbligazione solidale romana*, in *Studi di storia e diritto in onore di Carlo Calisse*, vol. I, Milano, 1940, pp. 61 ss., e ora, con il medesimo titolo, in *Studi di diritto romano*, VI, Milano, 1953, pp. 347 ss.

ALBERTARIO Emilio, *Corso di diritto romano. Le obbligazioni solidali*, Milano, 1948.

ALISCH Herbert, nota a OLG Hamm, 18 gennaio 1993, in *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht*, 1993, pp. 355 s.

AMORTH Giorgio, *Autenticità e rassomiglianza della funzione fideiussoria*, nota a Cass. 22 marzo 1968, n. 906, in *Giur. it.*, 1975, I, 1, cc. 1595 ss.

AMORTH Giorgio, *Considerazioni sui rapporti tra surrogazione e regresso nella obbligazione solidale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, pp. 133 ss.

AMORTH Giorgio, *L'obbligazione solidale*, Milano, 1959.

AMORTH Giorgio, *Transazione di obbligazione solidale e regresso contro il condebitore che non vi ha partecipato*, nota a Trib. Reggio Emilia 4 marzo 1966, in *Foro it.*, 1966, I, cc. 1604 ss.

AMORTH Giorgio, *Transazione pro quota di obbligazione solidale*, nota a Trib. Milano, 20 giugno 1952, in *Temi*, 1953, pp. 59 ss.

ANDREANI Federico Maria, voce *Regresso (azione di)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, pp. 704 ss.

ARLOTTA Antonio, *Considerazioni in tema di transazione pro quota di obbligazione solidale*, nota a Trib. Crotone, 27 novembre 2001, n. 695, in *Dir. e giur.*, 2001, pp. 261 ss.

ARU Luigi, *Della fideiussione*, in *Comm. cod. civ.* diretto da M. d'Amelio ed E. Finzi, *Libro delle obbligazioni, Dei contratti speciali*, pt. II, Firenze, 1949, pp. 381 ss.

BARASSI Lodovico, *La teoria generale delle obbligazioni*, I, *La struttura*, 2^a ed. (rist.), Milano, 1963.

BARDE Louis (, BAUDRY-LACANTINERIE Gabriel), *Delle obbligazioni*, vol. III, in *Trattato teorico-pratico di diritto civile*, trad. it. sulla III ed. a cura di P. Bonfante, G. Pacchioni, A. Sraffa, Milano, 1914.

BARONE Carlo M., nota a Cass. 19 aprile 1973, n. 1138, in *Foro it.*, 1973, I, cc. 2055 s.

BAUDRY-LACANTINERIE Gabriel, WAHL Albert, *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*, trad. it. sulla III ed. a cura di P. Bonfante, G. Pacchioni, A. Sraffa, Milano, s.d.

BAUDRY-LACANTINERIE Gabriel, BARDE Louis, *Delle obbligazioni*, vol. III, con addizione del prof. N. Stolfi, in *Trattato teorico-pratico di diritto civile*, trad. it. sulla III ed. a cura di P. Bonfante, G. Pacchioni, A. Sraffa, Milano, 1914.

BAYER Walter, nota a BGH 11 giugno 1992, in *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht*, 1992, pp. 869 s.

BAYER Walter, *Der Ausgleich zwischen Höchstbetragsbürgen*, in *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1990, pp. 1523 ss.

BAYER Walter, nota a OLG Stuttgart 28.11.1989, in *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht*, 1990, pp. 147 s.

BECKER Hans-Jürgen, *Ausgleich zwischen mehreren Sicherungsgebern nach Befriedigung des Gläubigers*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1971, pp. 2151 ss.

- BECKMANN Roland Michael, in *Nomos Kommentar BGB*, herausgegeben von B. Dauner-Lieb, T. Heidel, G. Ring, Bd. 2/2, 2. Aufl., Baden-Baden, 2012
- BEESER J., *Die Bürgschaft mehrerer*, in *Betriebs-Berater*, 1958, pp. 970 ss.
- BEINING Dietmar, *Die Rechtswirkungen des Vergleichs eines Kreditinstituts mit einem gesamtschuldnerisch haftenden Kreditnehmer. Zugleich eine Besprechung zu OLG Bremen, Urt. V. 4.4.2002 – 2 U 130/01*, in *Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft*, 2002, pp. 397 ss.
- BELLAVITE Luigi, *Note illustrative e critiche al codice civile del Regno*, Padova, 1874.
- BENDIX Ludwig, *Zur Lehre von dem gesetzlichen Übergange der Rechte (cessio legis) im Falle des Vorhandenseins mehrerer Sicherungen*, in *Archiv für bürgerliches Recht*, Bd. 25, 1905, pp. 84 ss.
- BENTELE Florian, *Gesamtschuld und Erlass. Eine Rechtsvergleichende Untersuchung zum deutschen und französischen Recht vor dem Hintergrund der europäischen Rechtsvereinheitlichung*, Tübingen, 2006.
- BETTO Edoardo, RUFO CLERICI Giulio, *Confideiussione, fideiussione plurima e garanzie internazionali*, nota a Cass. 24 ottobre 2008, n. 25748, in *Contratti*, 2009, pp. 235 ss.
- BIANCA Cesare Massimo, *Diritto civile, 4, L'obbligazione*, Milano, 1993 (rist. 2008).
- BIANCA Cesare Massimo, *Diritto civile, 5, La responsabilità*, 2^a ed., Milano, 2012.
- BIANCHINI Mariagrazia, voce *Remissione del debito. a) Storia*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIX, Milano, 1988, pp. 757 ss.
- BISCONTINI Guido, *Solidarietà fideiussoria e "decadenza,,*, Napoli, 1980.
- BISCONTINI Giudo, in *Comm. cod civ.*, diretto da E. Gabrielli, *Dei singoli contratti*, artt. 1861-1986, a cura di D. Valentino, Torino, 2011.
- BLOMEYER Arwed, nota a BGH 21 febbraio 1957, in *Juristenzeitung*, 1957, pp. 443 s.
- BO Giorgio, voce *Fideiussione (Diritto civile)*, in *Nuovo dig. it.*, vol. V, Torino, 1938, pp. 1108 ss.
- BOETHKE, recensione a H. KREMER, *Die Mitbürgschaft. Mit Beiträgen zur Lehre von Bürgschaft und Gesamtschuld*, Strassburg, 1902, in *Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts*, Jg. 47, 1903, pp. 857 ss.
- BONDI Felix (, KOENIGE Heinrich, PINNER Albert), in *Staub's Kommentar zum HGB*, 11. Aufl., II Bd., I Halbband (§§ 343-375), Berlin-Leipzig, 1921.

BONFANTE Pietro, *Corso di diritto romano*, IV, *Le obbligazioni (dalle lezioni)*, Milano, 1979.

BORK Reinhard, *Der Vergleich*, Berlin, 1988.

BÖRNSEN Ernst Wilhelm, *Strukturen der Gesamtschuld – Versuch einer Präzisierung*, Diss. Kiel, 1969.

BORRELLO Francesco, *Pluralità di garanzie personali e unicità dell'operazione economica*, nota a Cass. 9 maggio 2002, n. 6649 e Cass. 13 maggio 2002, n. 6808, in *Contratti*, 2003, pp. 51 ss.

BORSARI Luigi, *Commentario del codice civile italiano*, vol. III, pt. II, Torino, 1877.

BORSARI Luigi, *Commentario del codice civile italiano*, vol. IV, pt. II, Torino, 1881.

BÖTTCHER Lars, in *Erman BGB Kommentar*, herausgegeben von H.P. Westermann, B. Grunewald, G. Maier-Reimer, I, 13. Aufl., Köln, 2011.

BOTTONI Francesco, *Attività assicurativa, transazione e solidarietà nella recente prospettiva delle Sezioni unite*, nota a Cass., sez. un., 30 dicembre 2011, n. 30174, in *Giur. it.*, 2012, pp. 2020 ss.

BOZZI Giuseppe, *La fideiussione, le figure affini e l'anticresi*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da P. Rescigno, vol. 13, *Obbligazioni e contratti*, t. V, 2^a ed., Torino, 2007, pp. 207 ss.

BRANCA Giuseppe, *Obbligazioni solidali, correali, collettive*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, pp. 150 ss.

BRÄNDL Franz, in *Staudingers Kommentar zum BGB*, II Bd., 4. Teil, §§ 705-822, 10./11. Aufl., Berlin, 1975.

BRAUN-MELCHIOR Emilie, *Gesetzlicher Rechtsübergang und Ausgleich bei mehrfacher Drittsicherung*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 132, 1930, pp. 175 ss.

BRECCIA Umberto, *Le obbligazioni*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 1991.

BREIT James, *Zur Lehre vom Eintritte des Bürgen und des Drittverpfänders in die Rechte des befriedigten Gläubigers nach B.G.B.*, in *Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts*, Jg. 48, 1904, pp. 283 ss.

BRIGANTI Ernesto, *Fideiussione e promessa del fatto altrui*, Napoli, 1981.

BRIGUGLIO Filippo, *'Fideiussoribus soccurri solet'*, Milano, 1999.

BRÖDERMANN Eckart, in H. PRÜTTING, G. WEGEN, G. WEINREICH (herausgegeben von), *BGB Kommentar*, 7. Aufl., Köln, 2012.

- BUCCISANO Oreste, *La surrogazione per pagamento*, Milano, 1958.
- BÜLOW Peter, *Recht der Kreditsicherheiten. Sachen und Rechte, Personen*, 7. Aufl., Heidelberg, 2007.
- BURDESE Alberto, *Manuale di diritto privato romano*, 4^a ed., Torino, 1993 (rist. 2008).
- BUSNELLI Francesco Donato, *L'obbligazione soggettivamente complessa. Profili sistematici*, Milano, 1974.
- BUSNELLI Francesco Donato, voce *Obbligazione. IV) Obbligazioni divisibili, indivisibili e solidali*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXIV, Roma, 1991, pp. 1 ss. (dell'estratto).
- BUTERA Antonio, *La definizione dei rapporti incerti*, I, *Delle transazioni*, Torino, 1933.
- BYDLINSKI Peter, in *Münchener Kommentar zum BGB*, 6. Aufl., München, 2012.
- CABRILLAC Michel, MOULY Christian, *Droit des sûretés*, III ed., Paris, 1995.
- CAGNASSO Oreste, nota a Cass. 24 aprile 2007, n. 9901, in *Giur. comm.*, 2008, II, pp. 1002 s.
- CAMPOBASSO Gian Franco, voce *Regresso (azione di)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXX, Roma, 1993, pp. 1 ss. (dell'estratto).
- CAMPOBASSO Gian Franco, *Coobbligazione cambiaria e solidarietà disuguale*, Napoli, 1974.
- CAMPOGRANDE Valerio, *Trattato della fideiussione nel diritto odierno*, Torino, 1902.
- CANARIS Claus-Wilhelm (, LARENZ Karl), *Lehrbuch des Schuldrechts, II Bd., Besonderer Teil*, 2. Halbband, 13. Aufl., München, 1994.
- CANTILLO Michele, *Le obbligazioni*, in *Giur. sist. civ. comm.*, fondata da W. Bigiavi, t. III, Torino, 1992.
- CARPINO Brunetto, *Del pagamento con surrogazione. Art. 1201-1205*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1988.
- CARRESI Franco, *La transazione*, 2^a ed., in *Tratt. dir. civ. it.*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1956.
- CASALI Gaetano e FALCONE Giovanni, *Delle fideiussioni prestate da più persone nell'interesse del medesimo debitore e a garanzia del medesimo debito, e dell'anatocismo annuale*, nota a Trib. Reggio Emilia, 17 novembre 2001, in *Dir. banc.*, 2003, I, pp. 116 ss.

CASELLA Mario, *Le garanzie personali in Italia nei secoli XIX e XX*, in *Les sûretés personnelles*, 3^{me} partie, Bruxelles, in *Recueils de la société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, 1969, pp. 179 ss.

CASSANI Sebastiano, *La quantificazione del risarcimento nell'azione di responsabilità contro gli amministratori*, nota a Cass. 8 luglio 2009, n. 16050, in *Società*, 2010, pp. 409 ss.

CERCIELLO Renato, *La remissione nel diritto civile positivo*, Roma, 1923.

CERDONIO CHIAROMONTE Giuliana, *Transazione novativa e transazione pro quota: intorno ad alcuni recenti interventi*, in *Riv. not.*, 2009, pp. 1361 ss.

CERDONIO CHIAROMONTE Giuliana, *Transazione e solidarietà*, Padova, 2002.

CERDONIO CHIAROMONTE Giuliana, *La transazione nelle obbligazioni solidali*, in *Studium iuris*, 1997, pp. 798 ss.

CERDONIO CHIAROMONTE Giuliana, *Transazione e condebito: sulla possibilità di impedire ai condebitori non transigenti di profittare del contratto*, nota a Cass. 30 dicembre 2011, n. 30174, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, pp. 626 ss.

CERVELLI Vito Riccardo, *Convenzione di Varsavia e regresso fra vettori*, nota a Cass. 4 maggio 1995, n. 4852, in *Dir. trasporti*, 1997, pp. 481 ss.

CICCAGLIONE Federico, voce *Fideiussione*, in *Enc. giur. it.*, vol. VI, pt. II, Milano, 1903, pp. 573-651.

CICCOTTI Enrico, *In tema di pluralità di fideiussori e di regresso del fideiussore «solvens»*, nota a Cass. 12 luglio 1962, n. 1862, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1962, II, pp. 484 ss.

COLAGROSSO Enrico, *Teoria delle obbligazioni e dei contratti*, Roma, 1946.

COLAGROSSO Enrico, *Il libro delle obbligazioni (parte generale)*, in *Commento al nuovo codice civile italiano*, Milano, 1943.

COLMET DE SANTERRE Édouard Louis Armand, DEMANTE Antoine Marie, *Cours analytique de code civil*, t. VIII, Paris, 1884.

CORAPI Guido, *Regresso e surrogazione nelle obbligazioni solidali*, Padova, 2010.

CORRADO Renato, *Transazione e obbligazione solidale*, nota ad App. Roma 16 luglio 1948, in *Riv. dir. comm.*, 1950, II, pp. 45 ss.

CORSI Raffaele, *La fideiussione considerata nei rapporti del codice civile coi principii del diritto romano, con la dottrina e con la giurisprudenza*, 3^a ed., Bologna, 1893.

COSTANZA Maria, *Pagamento parziale di obbligazione solidale e azione di regresso*, nota a Cass. 19 gennaio 1984, n. 459, in *Giust. civ.*, 1984, I, pp. 1814 ss.

COSTANZA, *Obbligazioni solidali e transazione*, Milano, 1978.

CROCQ Pierre (, AYNES Laurent), *Droit civil, Les sûretés. La publicité foncière*, 4^e édition, Paris, 2009.

CROME Carl, *System des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, Bd. II, *Recht des Schuldverhältnisse*, (Erste Hälfte), Tübingen und Leipzig, 1902.

CROME Carl, *Teorie fondamentali delle obbligazioni nel diritto francese*, trad. con note di A. Ascoli e F. Cammeo, Milano, 1908.

D'ADDA Alessandro, *L'oggetto della transazione: il caso della transazione con il debitore solidale*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, pp. 307 ss.

D'ALESSANDRO Carlo, *La transazione del condebitore solidale*, Milano, 2012.

D'ALESSANDRO Carlo, *Transazione stipulata dal debitore solidale e diritto del condebitore di profittarne*, nota a Cass., sez. un., 30 dicembre 2011, n. 30174, in *Giust. civ.*, 2012, I, pp. 2068 ss.

D'AMELIO Luca, *Sul fondamento dell'art. 38, seconda parte, cod. civ.*, nota a Cass. 24 ottobre 2008, n. 25748, in *Riv. not.*, 2010, pp. 460 ss.

D'ARCANGELO Fabrizio, *Obbligazioni solidali e transazione*, in *Obbl. e contr.*, 2006, pp. 136 ss.

D'AVANZO Walter, *Dell'adempimento delle obbligazioni*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da A. D'Amelio ed E. Finzi, vol. I, *Delle Obbligazioni e dei Contratti in generale*, Firenze, 1948, pp. 16 ss.

D[EL] R[E] M. C., nota a Cass. 12 luglio 1962, n. 1862, in *Foro it.*, 1962, I, cc. 1445 s.

DE CRESCENZIO Nicola, FERRINI Contardo, voce *Obbligazione*, in *Enc. Giur. Ital.*, vol. XII, pt. I, Milano, 1900.

DE CRISTOFARO Giovanni, *Il pactum de non petendo nelle esperienze giuridiche tedesca e italiana*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, pp. 367 ss.

DE FINA G., nota a Cass. 30 marzo 1979, n. 1843, in *Foro it.*, 1979, I, c. 1910.

DELFINI Francesco, *Obbligazione solidale e transazione*, nota a Cass. 3 marzo 1997, n. 1873, in *Contratti*, 1997, pp. 486 ss.

DELLA BELLA Silvia, *La transazione nelle obbligazioni solidali: una questione ancora aperta*, nota a Cass. 5 luglio 2001, n. 9071, in *Resp. civ. prev.*, 2002, pp. 1058 ss.

DEL PRATO Enrico, *Sulla transazione del debitore in solido*, in *Riv. dir. priv.*, 2009, pp. 53 ss.

DEL PRATO Enrico, voce *Transazione. c) Diritto privato*, in *Enc. dir.*, vol. XLIV, Milano, 1992, pp. 813 ss.

DE MAURO Antonio, *Obbligazioni solidali, transazione. Parentetiche e quaestio voluntatis*, nota a Cass. 24 gennaio 2012, n. 947, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, pp. 1195 ss.

DESANA Eva, nota a Trib. Milano, 10 febbraio 2010, in *Giur. it.*, 2010, pp. 2558 ss.

DENCK Johannes, *Gesamtschuldnerregreß und Aufrechnungsschutz nach § 406 BGB*, in *Juristenzeitung*, 1976, pp. 669 ss.

DERNBURG Heinrich, *Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens*, II Bd., *Die Schuldverhältnisse nach dem Recht des Deutschen Reichs und Preußens*, I Abteilung, *Allgemeine Lehren*, 4. Aufl. (bearbeitet von Arthur Engelmann), Halle, 1909.

DERNBURG Heinrich, *Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens*, II Bd., *Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Deutschen Reichs und Preußens*, II Abteilung, *Einzelne Obligationen*, 4. Aufl., Halle, 1915.

DERNBURG Heinrich, *Pandekten*, Bd. II, *Obligationenrecht*, 6 Aufl., Berlin, 1900.

DE RUGGIERO Roberto, MAROI Fulvio, *Istituzioni di diritto civile*, vol. II, X ed. a cura di A. de Cupis, Milano-Messina, 1972.

DE VILLA Vittorio, voce "*Pactum de non petendo*", in *Nuovo dig. it.*, vol. IX, 1939, pp. 408 ss.

DI AMATO Astolfo, *Brevi note su fideiussione, confideiussione e contratto plurilaterale*, nota a Cass. 30 marzo 1979, n. 1843, in *Giust. civ.*, 1979, I, pp. 1427 ss.

DI BLASI Ferdinando Umberto, *Il libro delle obbligazioni. Parte speciale. I singoli contratti*, in *Commento al codice civile italiano*, Milano, 1943.

DI MAJO Adolfo, voce *Obbligazioni solidali*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, pp. 298 ss.

DONATI Alberto, *Causalità e astrattezza nella delegazione*, Padova, 1975.

D'ONOFRIO Paolo, *Della transazione*, in M. FRAGALI, P. D'ONOFRIO, F. SALVI, G. BRANCA, *Delle obbligazioni. Art. 1960-1991*, 2^a ed., in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1974, pp. 219 ss.

D'ORAZI FLAVONI Mario, *Fideiussione. Mandato di credito. Anticresi*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da G. Grosso e F. Santoro Passarelli, vol. V, fasc. IX, Milano, 1961.

DURANTON Alexandre, *Corso di diritto civile secondo il codice francese*, quarta ed. napoletana fatta sulla quarta ed. del Belgio, vol. X, Napoli, 1855.

EHLSCHEID Dirk, *Die Ausgleichsansprüche unter Sicherungsgebern*, in *Betriebs-Berater*, 1992, pp. 1290 ss.

EHMANN Horst, *Gesamtschulden – Abschied von der Einheits-Gesamtschuld?*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 211, 2011, pp. 491 ss.

EHMANN Horst, in *Erman BGB Kommentar*, herausgegeben von H.P. Westermann, I, 12. Aufl., Köln, 2008.

EHMANN Horst, *Die Gesamtschuld. Versuch einer begrifflichen Erfassung in drei Typen*, Berlin, 1972.

EICKMANN Dieter, in *Münchener Kommentar zum BGB*, Bd. 6, Sachenrecht, §§ 854-1296, 5. Aufl., München 2009.

ENNECCERUS LUDWIG, LEHMANN Heinrich, *Recht der Schuldverhältnisse. Ein Lehrbuch*, 15. Bearb., Tübingen, 1958.

ESSER Joseph, SCHMIDT Eike, *Schuldrecht*, Bd. I, *Allgemeiner Teil*, Teilband 2, 8. Aufl., Heidelberg, 2000.

ESSER Joseph, WEYERS Hans-Leo, *Schuldrecht*, II, 1, 8. Aufl., Heidelberg, 1998.

ESSER Joseph, *Schuldrecht*, II, 4. Aufl., Karlsruhe, 1971.

FALCONE Giovanni (e CASALI Gaetano), *Delle fideiussioni prestate da più persone nell'interesse del medesimo debitore e a garanzia del medesimo debito, e dell'anatocismo annuale*, nota a Trib. Reggio Emilia, 17 novembre 2001, in *Dir. banc.*, 2003, I, pp. 116 ss.

FALQUI MASSIDDA Carlo, voce *Fideiussione*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XV, Roma, 1989, pp. 1 ss. (dell'estratto).

FENET Pierre-Antoine, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, t. XV, Osnabrück, 1968 (réimpression de l'édition 1827).

FERRI Giovanni Battista, *Le annotazioni di Filippo Vassali in margine a taluni progetti del libro delle obbligazioni*, Padova.

FERRI Luigi, nota a Trib. Torino, 10 dicembre 1951, in *Giur. it.*, 1953, I, 2, cc. 767 s.

FERRINI Contardo (, DE CRESCENZIO Nicola) , voce *Obbligazione*, in *Enc. Giur. Ital.*, vol. XII, pt. I, Milano, 1900.

FINESSI Arianna, *Frazionamento volontario del credito e obbligazione plurisoggettiva*, Milano, 2007.

FINGER Peter, *Die Konkurrenz der Rückgriffsansprüche von Pfandschuldner und Bürge*, in *Betriebs-Berater*, 1974, pp. 1416 ss.

FLAD, *Zur Anwendung des § 776 BGB*, in *Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht*, XII Jahrgang, 1918, cc. 542 ss.

FORCHINO Alessandra, nota a Cass. 18 marzo 1999, n. 2459, in *Giur. it.*, 2000, I, pp. 50 ss.

FRAGALI Michele, *Delle obbligazioni. Fideiussione – mandato di credito*. Art. 1936-1959, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1957.

FRAGALI Michele, *Confideiussione e pluralità di fideiussioni autonome*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1963, I, pp. 196 ss.

FRAGALI Michele, voce *Fideiussione (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, vol. XVII, Milano, 1968, pp. 346-384.

FRANZONI Massimo, *La transazione*, Padova, 2001.

GADOW Wilhelm, in *Staub's Kommentar zum HGB*, 14. Aufl., III Bd. (§§ 343-375), Berlin-Leipzig, 1933.

GALDI Matteo, *Trattato della fideiussione in diritto civile, commerciale ed amministrativo*, Napoli, 1901.

GALGANO Francesco, *Trattato di diritto civile*, vol. II, Padova, 2009.

GALLO Filippo, *Sulla asserita sopravvivenza del "pactum de non petendo" nel diritto italiano*, in *Foro it.*, 1960, IV, cc. 129 ss.

GANGI Calogero, *Le obbligazioni. Concetto – Obbligazioni naturali – Solidali – Divisibili e indivisibili*, Milano, 1951.

GANGI Calogero, *Remissione del debito solidale e remissione della solidarietà*, Siena, 1905 (ora in appendice a *Le obbligazioni. Concetto – Obbligazioni naturali – Solidali – Divisibili e indivisibili*, Milano, 1951).

GANGI Calogero, *Le obbligazioni. Parte generale*, Lezioni tenute nella R. Università di Milano nell'anno accademico 1940-41, raccolte e compilate dal Dott. Fernando Cisotti, Milano, 1941.

GARUTTI Massimo, *Note in tema di confideiussione*, nota a Cass. 30 marzo 1979, n. 1843, in *Giur. it.*, 1980, I, 1, cc. 299 ss.

GEBAUER Martin, in *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Kohlhammer Kommentar*, begründet von Hs.Th. Soergel, neu herausgegeben von W. Siebert, Bd. 5/3, Schuldrecht 3/3. §§ 328-432, 13. Aufl., Stuttgart, 2010.

GEHRLEIN Markus, in *Kommentar zum BGB*, herausgegeben von H.G. Bamberger und H. Roth, 3. Aufl., München, 2012.

GENTILI Aurelio, *Solidarietà e transazione secondo l'art. 1304 c.c.*, in *Obbl. e contr.*, 2009, pp. 307 ss.

GERNHUBER Joachim, *Die Erfüllung und ihre Surrogate – sowie das Erlöschen der Schuldverhältnisse aus anderen Gründen*, 2. Aufl., Tübingen, 1994.

G[IACALONE] G[iovanni], nota a Cass. 2 aprile 2002, n. 4632, in *Giust. civ.*, 2002, I, pp. 1534 ss.

GIAQUINTO Adolfo, *Delle obbligazioni in solido*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da M. D'AMELIO ed E. FINZI, *Libro delle Obbligazioni*, vol. I, *Delle Obbligazioni e dei Contratti in generale*, Firenze, 1948, pp. 244 ss.

GIORGI Giorgio, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, vol. I, 7^a ed. (rist.), Firenze, 1924.

GIORGI Giorgio, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, vol. VII, 7^a ed., Firenze, 1910.

GIORGIANNI Michele, voce *Obbligazione solidale e parziaria*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XI, Torino, 1965, pp. 674 ss.

GIORGIANNI Michele, *Obbligazioni parziarie, solidali, indivisibili e connesse: lineamenti di un sistema*, in *Annali del seminario giuridico, Università di Catania*, vol. VI-VII (1951-53), Milano, 1953, pp. 123 ss.

GISMONDI Rita, Cass. 14 luglio 2010, n. 16561, in *Foro pad.*, 2011, I, cc. 36 ss.

GIORGIANONIO Enrica, *Transazione con amministratori e sindaci e responsabilità del direttore generale di fatto di una banca*, nota a Trib. S. Maria Capua Vetere, 20 febbraio 2009, in *Banca, borsa, tit. cred.*, II, pp. 327 ss.

GITTI Gregorio, *La transazione*, in E. GABRIELLI, F.P. LUISO (a cura di), *I contratti di composizione delle liti*, I, in *Tratt. contr.*, diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, Torino, 2005, pp. 67 ss.

GITTI Gregorio, *L'oggetto della transazione*, Milano, 1999.

GIUSTI Alberto, *La fideiussione e il mandato di credito*, in *Tratt. dir. civ. comm.* già diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, Milano, 1998.

GLÖCKNER Jochen, *Gesamtschuldvorschriften und Schuldnermehrheiten bei unterschiedlichen Leistungsinhalten. Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung konkurrierender Verpflichtungen aus bauvertraglicher Gewährleistung*, Baden-Baden, 1997.

GLÖCKNER Jochen, *Ausgleich zwischen mehreren Bürgen bei unterschiedlichen Höchstbetragsbeschränkungen*, in *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1999, pp. 821 ss.

GNANI Alessandro, *La responsabilità solidale. Art. 2055*, in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2005.

GOETTE Wulf, *Gesamtschuldberiff und Regreßproblem*, Bonn, 1974.

GRAF LAMBSDORFF Hans Georg, SKORA Bernd, *Handbuch des Bürgschaftsrechts*, München, 1994.

GRASSO Biagio, *Surrogazione legale e solidarietà*, in *Rass. dir. civ.*, 1984, pp. 100 ss.

GRASSO Biagio, *Ancora in tema di surrogazione per pagamento e fideiussione con beneficio di escussione*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, pp. 400 ss.

GRECO Francesco, *La transazione pro quota: la clausola limitativa della c.d. "facoltà di volersene avvalere" ed il criterio di riduzione del debito*, nota a Cass. 30 dicembre 2011, n. 30174 (s.m.), in *Giur. it.*, 2012, pp. 2544 ss.

GRIPPO Giovanni, in G. GRIPPO, S. PACCHI, F. PASQUARIELLO, M. VALIGNANI, *Le garanzie personali. La fideiussione in generale, le fideiussioni bancarie, il mandato di credito*, t. I, Torino, 2007.

GRÜNEBERG Christian, in *Palandt BGB*, 71. Aufl., München, 2012.

GUARINO Antonio, *Diritto privato romano*, 12^a ed., Napoli, 2001.

GUILLOUARD Louis, *Traité de cautionnement & des transactions. Livre III, titres XIV et XV du code civil*, (Articles 2011 à 2058), Paris, 1894.

HABERSACK Mathias, in *Münchener Kommentar zum BGB*, Bd. 5, *Schuldrecht. Besonderer Teil III. §§ 705-853. PartGG. ProdHaftG*, 5. Aufl., München, 2009.

HABERSACK Mathias, *Der Regreß bei akzessorischer Haftung. Gemeinsamkeiten zwischen Bürgschafts- und Gesellschaftsrecht*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, Bd. 198, 1998, pp. 12 ss.

HADDING Walther, HÄUSER Franz, WELTER Reinhard, *Bürgschaft und Garantie, in Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, Bd. III, herausgegeben von Bundesministerium der Justiz, 1983, Köln, pp. 571 ss.

- HARKE Jan Dirk, *Allgemeines Schuldrecht*, Berlin-Heidelberg, 2010.
- HÄUSER Franz, WELTER Reinhard (, HADDING Walther), *Bürgschaft und Garantie*, in *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, Bd. III, herausgegeben von Bundesministerium der Justiz, 1983, Köln, pp. 571 ss.
- HENSSLER Martin, *Risiko als Vertragsgegenstand*, Tübingen, 1994.
- HERRMANN Elke, in *Erman BGB. Handkommentar*, herausgegeben von H.P. Westermann, B. Grunewald, G. Maier-Reimer, II, 13. Aufl., Köln, 2011.
- HOFFMANN J.F., *Sicherungsgemeinschaften im System einer differenzierenden Gesamtschuldlehre*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 211, 2011, pp. 703 ss.
- HORN Norbert, in *J. von Staudingers Kommentar zum BGB, Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse. §§ 765-778 (Bürgschaft)*, Neubearb. 2013, Berlin, 2013.
- HORN Norbert, *Bürgschaften und Garantien: aktuelle Rechtsfragen der Bank-, Unternehmens- und Außenwirtschaftspraxis*, 8. Aufl., RWS-Skript, Köln, 2001.
- HORN Norbert, in *J. von Staudingers Kommentar zum BGB, Zweites Buch. Recht der Schuldverhältnisse. §§ 765-778*, 13. Bearb. 1997, Berlin, 1997.
- HORN Norbert, *Haftung und interner Ausgleich bei Mitbürgen und Nebenbürgen*, in *Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1997, pp. 265 ss.
- HORN Norbert, in *J. von Staudingers Kommentar zum BGB, Zweites Buch. Recht der Schuldverhältnisse. §§ 741-778*, 12. Aufl., Berlin, 1982.
- INDOLFI Maria, *L'attività non assicurativa dell'impresa assicuratrice*, nota a Cass., sez. un., 30 dicembre 2011, n. 30174, in *Giust. civ.*, 2012, I, pp. 2352 ss.
- IUDICA Giovanni, *Impugnativa contrattuali e pluralità di interessati*, Padova, 1973.
- JAKOBS Horst Heinrich, SCHUBERT Werner (herausgegeben von), *Die Beratung des Bürgerliches Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Recht der Schuldverhältnisse III*, §§ 652 bis 853, Berlin-New York, 1983.
- JAKOBS Horst Heinrich, SCHUBERT Werner (herausgegeben von), *Die Beratung des Bürgerliches Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Recht der Schuldverhältnisse I*, §§ 241 bis 432, Berlin-New York, 1978.
- JÖRS Paul, KUNKEL Wolfgang, WENGER Leopold, *Römisches Recht*, in 4. Aufl. Neub. von H. HONSELL, T. MAYER-MALY, W. SELB, Berlin-Heidelberg-New York-London-Paris-Tokyo, 1987.
- JÜRGENS Horst, *Teilschuld-Gesamtschuld-Kumulation*, Baden-Baden, 1988.

KANKA Karl, *Die Mitbürgerschaft*, in *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts* 87, 1937/1938, pp. 123 ss.

KASER Max, *Celsus D. 12, 6, 47 und die Akzessorietät der Bürgerschaft*, in *Festgabe für Arnold Herdlitzka zu seinem 75. Geburtstag*, München/Salzburg, 1972, pp. 143 ss.

KASER Max, *Das römische Privatrecht*, I, 2. Aufl., München, 1971.

KASER Max, *Das römische Privatrecht*, II, 2. Aufl., München, 1975.

KASER Max, KNÜTEL Rolf, *Römisches Privatrecht*, 19. Aufl., München, 2008.

KEUK Brigitte, nota a BGH, 9 marzo 1972 – VII ZR 178/70, in *Juristenzeitung*, 1972, pp. 528 ss.

KNÜTEL Rolf (, KASER Max), *Römisches Privatrecht*, 19. Aufl., München, 2008.

KNÜTEL Rolf, *Zur Frage der sog. Diligenzpflichten des Gläubigers gegenüber dem Bürgen*, in *Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag*, I, Köln, 1978, pp. 559 ss.

KOBAN Anton, *Der Regress des Bürgen und Pfandeigentümers nach österreichischem und deutschem Rechte. Eine zivilistische Studie*, Graz, 1904.

KOENIGE Heinrich, PINNER Albert, BONDI Felix, in *Staub's Kommentar zum HGB*, 11. Aufl., II Bd., I Halbband (§§ 343-375), Berlin-Leipzig, 1921.

KOENIGE Heinrich, in *Staub's Kommentar zum HGB*, 12/13. Aufl., III Bd., (§§ 343-375), Berlin-Leipzig, 1926.

KONZEN Horst, *sub § 1165*, in Th. SOERGEL-W. SIEBERT, *Bürgerliches Gesetzbuch, Kohlhammer-Kommentar*, Bd. 16, Sachenrecht 3. §§ 1018-1296, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 2001.

KUNKEL Wolfgang, WENGER Leopold (, JÖRS Paul), *Römisches Recht*, in 4. Aufl. neub. von H. HONSELL, T. MAYER-MALY, W. SELB, Berlin-Heidelberg-New York-London-Paris-Tokyo, 1987.

LANA Anton Giulio, *Brevi considerazioni su una "svista" del nostro S.C. in ordine all'applicazione delle convenzioni uniformi e delle norme di diritto internazionale privato in materia di trasporto aereo*, nota a Cass. 4 maggio 1995, n. 4852, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, I, pp. 705 ss.

LARENZ Karl, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Bd. I, *Allgemeiner Teil*, 14. Aufl., München, 1987.

LARENZ Karl, *Lehrbuch des Schuldrechts*, 2. Bd., *Besonderer Teil*, 12. Aufl., München, 1981.

LARENZ Karl, CANARIS Claus-Wilhelm, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II Bd., *Besonderer Teil*, 2. Halbband, 13. Aufl., München, 1994.

LAURENT François, *Principes de droit civil français*, t. XVIII, 5^e éd., Bruxelles-Paris, 1893.

LAURENT François, *Principes de droit civil français*, t. XXVIII, 5^e éd., Bruxelles-Paris, 1893.

LEGEAIS Dominique, *Sûretés et garanties du crédit*, 7^e éd., Paris, 2009.

LEGGIERI Carolina, *Responsabilità della banca per la consegna dei titoli di credito, custoditi in pegno in occasione dell'esecuzione di un sequestro giudiziario*, nota a Cass. 30 ottobre 2007, n. 22860, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, pp. 767 ss.

LEHMANN Heinrich (, ENNECCERUS Ludwig), *Recht der Schuldverhältnisse. Ein Lehrbuch*, 15. Bearb., Tübingen, 1958.

LEMBO Massimo, *Confideiussione e insolvenza del confideiussione*, *Dir. fall.*, 1990, I, pp. 328 ss.

LIPPMAN Leo, *Das bürgerliche Gesetzbuch über Einheits- und Mehrheitsschuld in Bürgschaft und Gesamtschuld*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 111, 1914, pp. 135 ss.

LISCHKA Hans, *Der Begriff der Gesamtschuld unter besonderer Berücksichtigung der Ausgleichungspflicht*, Diss. Breslau, 1932.

LOBUONO Michele, *I contratti di garanzia*, in *Tratt. dir. civ. del CNN*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2007.

LOMONACO Giovanni, *Delle obbligazioni e dei contratti in genere*, vol. II, 2^a ed. (rist.), con appendici del prof. F. Degni, Napoli-Torino, 1925.

LONGO Giannetto, *Diritto delle obbligazioni*, Torino, 1950.

LONGO Giovanni E., *Solidarietà e regresso tra confideiussori*, nota a Cass. 12 luglio 1962, n. 1862, in *Giust. civ.*, 1962, I, pp. 2100 ss.

LOOSCHELDERS Dirk, in *J. von Staudingers Kommentar zum BGB*, Neubearb. 2012, Berlin, 2012.

LORENTZ Helmut, in *BGB Kohlhammer-Kommentar*, begründet von Hs.Th. Soergel, neu herausgegeben von W. Siebert, Bd. 5/1, Stuttgart, 2007.

LUMM Hermann, *Zu den Voraussetzungen und der Funktion des Ausgleiches unter Gesamtschuldnern*, Diss. Hamburg, 1968.

LWOWSKI Hans-Jürgen, MERKEL Helmut, *Kreditsicherheiten. Grundzüge für die Praxis*, Berlin, 2003.

LWOWSKI Hans-Jürgen (,SCHOLZ Hellmut), *Das Recht der Kreditsicherung*, 8. Aufl., Berlin, 2000.

MACARIO Francesco, *Garanzie personali*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. Sacco, Torino, 2009.

MACARIO Francesco, nota a Cass. 27 novembre 1982, n. 6428, in *Foro it.*, 1983, I, cc. 1645 ss.

MADAUS Stephan, *Der Schuldbeitritt als Personalsicherheit. Zulässigkeit von Analogien zum Recht der Schuldübernahme und der Bürgschaft*, Berlin, 2001.

MANNINO Vincenzo, *L'estensione al garante delle eccezioni del debitore principale nel diritto romano classico*, Torino, 1992.

MANNINO Vincenzo, voce *Garanzie dell'obbligazione*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., VIII, Torino, 1992, pp. 614 ss.

MATTEUCCI Antonio, *Solidarietà del fideiussore e suo debito non pecuniario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, pp. 1298 ss.

MEIER Sonja, *Gesamtschulden. Entstehung und Regress in historischer und vergleichender Perspektive*, Tübingen, 2010.

MARBURGER Peter, in *J. von Staudingers Kommentar zum BGB, Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse. §§ 779-811 (Vergleich, Schuldversprechen, Anweisung, Schuldverschreibung)*, Neuberarb. 2009, Berlin, 2009.

MARCADE Victor, PONT Paul, *Explication théorique et pratique du code napoléon contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence*, t. IX, *Commentaire-traité des petits contrats, t. II, Cautionnement. – Transactions. – Contrainte par corps. – Nantissement.*, Paris, 1867.

MASI Antonio, voce *Solidarietà. Diritto romano*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XVII, Torino, 1957, pp. 830 ss.

MASTROPAOLO Fulvio, CALDERALE Alfredo, *Fideiussione e contratti di garanzia personale*, in F. MASTROPAOLO (a cura di), *I contratti di garanzia*, I, in *Tratt. contratti* diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, Torino, 2006, pp. 331 ss.

MAZZONI Cosimo Marco, *Le obbligazioni solidali e indivisibili*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, vol. 9, *Obbligazioni e contratti*, t. I, 2^a ed., Torino, 1999, pp. 729 ss.

MEIER Sonja, *Gesamtschulden. Entstehung und Regress in historischer und vergleichender Perspektive*, Tübingen, 2010.

MEIER Sonja, *Erlass und Regressgefährdung bei Bürgschaft und Gesamtschuld*, in J.D. HARKE (Herausgeber), *Drittbeteiligung am Schuldverhältnis. Studien zur Geschichte und Dogmatik des Privatrechts*, Berlin-Heidelberg, 2010, pp. 35 ss.

MEIER Sonja, in *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, herausgegeben von M. Schmoeckel, J. Rückert, R. Zimmermann, Bd. II, 2. Teilband, Tübingen, 2007.

MEIER Sonja, recensione a F. BENTELE, *Gesamtschuld und Erlass. Eine Rechtsvergleichende Untersuchung zum deutschen und französischen Recht vor dem Hintergrund der europäischen Rechtsvereinheitlichung*, Tübingen, 2006, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 207, 2007, pp. 263 ss.

MELILLO Generoso, «*Pacta in rem, pacta in personam*»: una «*divisio*» classica?, in *Sodalitas. Scritti in onore di A. Guarino*, 3, Napoli, 1984, pp. 1459 ss.

MELUCCI Pasquale, *La teoria delle obbligazioni solidali nel diritto civile italiano*, Torino, 1884.

MERKEL Helmut (, LWOWSKI Hans-Jürgen), *Kreditsicherheiten. Grundzüge für die Praxis*, Berlin, 2003.

MERLO Giovanni Maria, *La surrogazione per pagamento*, Padova, 1933.

MERTENS Hans-Joachim, *Rechtsgeschäft und Dritteninteressen*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 177, 1977, pp. 113 ss.

MESSINEO Francesco, *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. III, 9^a ed., Milano, 1959.

MEYER Henning, *Grundfälle zum Sicherungsgeberausgleich*, in *Juristische Schulung*, 1993, pp. 559 ss.

MIGNOT Marc, *Droit des sûretés*, Paris, 2010.

MICCIO Renato, *Dei singoli contratti e delle altre fonti delle obbligazioni*, 2^a ed., in *Comm. cod. civ.*, Libro IV, tomo IV, Torino, 1966.

MINERVINI Gustavo, *Transazione sull'azione civile stipulata da un coimputato e adesione dell'altro*, in *Foro pen.*, 1947, cc. 588 ss.

MIRABELLI Giuseppe, *Il comodato, il mutuo, la costituzione di rendita, il deposito e il sequestro, il pegno, il contratto vitalizio, l'anticresi, la fideiussione, il giuoco e la scommessa, la transazione*, 2^a ed., Napoli-Torino, 1915.

MIRAGLIA Caterina, *Pluralità di debitori e solidarietà*, Napoli, 1984.

MOLITOR Erich, *Schuldrecht, I. Allgemeiner Teil*, 8. Aufl., München und Berlin, 1965.

MORETTI Bruno, NICITA Francesco Paolo, VISALLI Nicolò, *Sequestro convenzionale – Fideiussione – Mandato di credito – Anticresi – Transazione – Cessione dei beni ai creditori*, 2^a ed. interamente riveduta e aggiornata da B. Moretti, in *Giur. sist. civ. comm.*, fondata da W. Bigiavi, Torino, 1980.

MORMANN Joseph, *sub § 774*, in *BGB-RGRK*, 12. Aufl., Bd. II, 4. Teil, Berlin-New York, 1978.

MUGDAN Benno (herausgegeben und bearbeitet von), *Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, II Bd., *Recht der Schuldverhältnisse*, Berlin, 1899 (rist. Aalen, 1979).

MÜHL Otto, in Th. SOERGEL-W. SIEBERT, *Bürgerliches Gesetzbuch, Kohlhammer-Kommentar*, Bd. 4, *Schuldrecht III (§§ 705-853)*, 11. Aufl., Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1985.

NEUNER Jörg (, WOLF Manfred), *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, 10. Aufl., München, 2012.

NICITA Francesco Paolo, VISALLI Nicolò (, MORETTI Bruno), *Sequestro convenzionale – Fideiussione – Mandato di credito – Anticresi – Transazione – Cessione dei beni ai creditori*, 2^a ed. interamente riveduta e aggiornata da B. Moretti, in *Giur. sist. civ. comm.*, fondata da W. Bigiavi, Torino, 1980.

NOACK Ulrich, in *J. von Staudingers Kommentar zum BGB*, Neubearb. 2005, Berlin, 2005.

OEGG Fr., in *Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz*, II. Bd., 2. Hälfte, *Recht der Schuldverhältnisse (Besonderer Teil)*, 4. Aufl., Berlin-Leipzig, 1928.

OERTMANN Paul, *Recht des Schuldverhältnisse*, in *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen*, Erste Abteilung, §§ 241 bis 432, 5. Aufl., Berlin, 1928.

OERTMANN Paul, *Recht der Schuldverhältnisse*, in *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen*, 5. Aufl., Zweite Abteilung (§§ 433 bis 853), Berlin, 1929.

ORLANDI Mauro, *Pactum de non petendo e inesigibilità*, Milano, 2000.

ORLANDI Mauro, *La responsabilità solidale. Profili delle obbligazioni solidali risarcitorie*, Milano, 1993.

PACIFICI-MAZZONI Emidio, *Istituzioni di diritto civile*, vol. V, pt. II, 5^a ed., a cura di G. Venzi e T. Giorgi, Firenze, 1921.

PANUCCIO Vincenzo, *La cessione volontaria dei crediti nella teoria del trasferimento*, Milano, 1955.

PANUCCIO Vincenzo, voce *Cessione dei crediti*, in *Enc. dir.*, vol. VI, Milano, 1960, pp. 846 ss.

PARTISANI Renato, *La dichiarazione di voler profittare della transazione e la delibera assembleare sull'azione sociale di responsabilità*, nota a Cass. 24 aprile 2007, n. 9901, in *La resp. civ.*, 2008, p. 45 ss.

PATERNOSTRO Vincenzo, *Transazione pro quota e obbligazione solidale: la clausola che esclude l'approfittamento dei condebitori non stipulanti*, nota a Cass., sez. un., 30 dicembre 2011, n. 30174, in *Contratti*, 2012, pp. 474 ss.

PECHER Hans Peter, in Th. SOERGEL-W. SIEBERT, *Bürgerliches Gesetzbuch, Kohlhammer-Kommentar*, Bd. 5/1, 12. Aufl., Stuttgart, 2007.

PECHER Hans Peter, in *Münchener Kommentar*, Bd. 3, *Schuldrecht. Besonderer Teil*, 2. Halbband (§§ 652-853), 2. Aufl., München, 1986.

PELLEGRINI Francesco, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da M. D'Amelio ed E. Finzi, *Libro delle Obbligazioni*, vol. I, Firenze, 1948, pp.114 ss.

PERLINGIERI Pietro, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento. Art. 1230-1259*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1975.

PERLINGIERI Pietro, *Della cessione dei crediti. Art. 1260-1267*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1982.

PERTEGATO Giorgio, nota a Cass. 19 aprile 1991, n. 4257, in *Riv. not.*, 1992, II, pp. 1584 ss.

PICARDI Lucia, *Osservazioni sulla distinzione tra cofideiussione e pluralità di fideiussioni autonome*, nota a Cass. 7 aprile 1998, n. 3575, e Trib. Milano 11 settembre 1997, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1999, II, pp. 536 ss.

PICEN Roberta, *Adempimento parziale del debito solidale e ammissibilità dell'azione di regresso*, nota a Cass. 7 dicembre 1998, n. 12366, in *Contratti*, 1999, pp. 1101 ss.

PINNER Albert, BONDI Felix (, KOENIGE Heinrich), in *Staub's Kommentar zum HGB*, 11. Aufl., II Bd., I Halbband (§§ 343-375), Berlin-Leipzig, 1921.

PISANI MASSAMORMILE Andrea, *Il "regresso" del fideiussore nel fallimento del debitore principale*, in *Dir. e giur.*, 1984, pp. 356 ss.

PISCITELLO Paolo, *Rinuncia alla surroga e regresso del cofideiussore che ha adempiuto parzialmente il debito garantito*, nota a Trib. Milano, 16 giugno 1986, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1988, II, pp. 366 ss.

POLACCO Vittorio, *Delle obbligazioni (parte generale). Della transazione*, Lezioni tenute nella R. Università di Roma nell'anno accademico 1920-1921, Roma, 1921.

PONSOT D.A., *Traité du cautionnement en matière civile et commerciale*, Paris-Dijon, 1844.

PONT Paul (, MARCADE Victor), *Explication théorique et pratique du code napoléon contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence*, t. IX, *Commentaire-traité des petits contrats*, t. II, *Cautionnement. – Transactions. – Contrainte par corps. – Nantissement.*, Paris, 1867.

POTHIER Robert-Joseph, *Trattato delle obbligazioni secondo le regole tanto del foro della coscienza quanto del foro esteriore*, trad. it. F. Foramiti, t. I, Venezia, 1833.

POTHIER Robert-Joseph, *Trattato delle obbligazioni secondo le regole tanto del foro della coscienza quanto del foro esteriore*, trad. it. F. Foramiti, t. III, Venezia, 1834.

PROSPERETTI Marco, *Il pagamento con surrogazione*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, 9, *Obbligazioni e contratti*, t. I, 2^a ed., Torino, 1999, pp. 156 ss.

PROVERA Giuseppe, voce *Mandato (negoziio giuridico). a) Storia*, in *Enc. dir.*, XXV, Milano, 1975, pp. 311 ss.

PURICE Oana, nota a Cass., sez. un., 30 dicembre 2011, n. 30174, in *Foro it.*, 2012, I, cc. 1828 s.

R. L., nota a Cass. 11 luglio 1967, n. 1712, in *Foro it.*, 1968, I, cc. 212 ss.

RATZ Paul, in *Großkommentar HGB*, begr. von H. Staub, weitergef. von Mit. d. Reichsgerichts, 3. Aufl., III, 1 (§§ 343-351), Berlin-New York, 1978.

RAVAZZONI Alberto, *La fideiussione*, Milano, 1981 (rist.).

RAVAZZONI Alberto, voce *Fideiussione*, in *Dig. IV ed., Disc. priv., Sez. civ.*, vol. VIII, Torino, 1992, pp. 254 ss.

RAVAZZONI Alberto, voce *Regresso*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XV, 1968, pp. 356 ss.

REDENTI Enrico, voce *Fideiussione*, in *Diz. prat. dir. priv.* diretto da V. Scialoja, R. de Ruggiero, P. Bonfante, vol. III, p. I, Milano, 1923, pp. 118 ss.

REICHEL Hans, *Die Schuldmittelübernahme (Kumulative Schuldübernahme)*, München, 1909.

REINICKE Dieter, TIEDTKE Klaus, *Gesamtschuld und Schuldsicherung durch Bürgschaft, Hypothek, Grundschuld, Pfandrecht an beweglichen Sachen und Rechten*, 2. Aufl., Neuwied, 1988.

REINICKE Dieter, TIEDTKE Klaus, *Kreditsicherung*, 5. Aufl., Neuwied, 2006.

REINICKE Dieter, TIEDTKE Klaus, nota a BGH 14.7.1983, in *Juristenzeitung*, 1983, pp. 896 ss.

RESCIGNO Stefania, nota ad App. Catania, 24 marzo 1999, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2001, II, pp. 706 ss.

RICCI Francesco, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, III ed. (rist.), vol. VI, *Delle obbligazioni e dei contratti in genere*, a cura di F. Caire, Torino, 1912.

RICCI Francesco, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, 3^a ed. (rist.), vol. IX, *Dei contratti in specie (continuazione e fine)*, a cura di F. Caire, Torino, 1912.

RICCIO Angelo, *Le diverse specie di obbligazioni: pecuniarie, alternative, solidali, indivisibili*, in M. FRANZONI (a cura di), *Le obbligazioni*, I, *L'obbligazione in generale (1173-1320 C.C.)*, t. II, Torino, 2004, pp. 1011 ss.

RIMMELSPACHER Bruno, nota a BGH 13 gennaio 2000, in *Entscheidungssammlung zum Wirtschafts- und Bankrecht*, I F 1 a. – 11.00 (pp. 436-438).

ROSSETTI Giulietta, in G. ROSSETTI e M. DE CRISTOFARO, *Le obbligazioni solidali*, in *Tratt. obbl.*, diretto da L. Garofalo e M. Talamanca, vol. V, *Le figure speciali*, a cura di S. Patti e L. Vacca, Padova, 2010, pp. 709 ss.

ROSSETTI Marco, *Hic et citra non plus, ovvero i limiti allo svolgimento di attività extra-assicurative da parte di imprese assicuratrici*, nota a Cass., sez. un., 30 dicembre 2011, n. 30174, in *Assicurazioni*, 2012, pp. 298 ss.

ROTONDI Giovanni, *Di alcune riforme giustinianee relative al "pactum de non petendo"*, Perugia, 1913 (ora in *Scritti giuridici*, vol. II, Milano, 1922, pp. 307 ss.).

RUBINO Domenico, *Delle obbligazioni. Obbligazioni alternative – obbligazioni in solido – obbligazioni divisibili e indivisibili. Art. 1285-1320*, 2^a ed., in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1968 (rist.).

RUBINO Domenico, *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1956.

RUFO CLERICI Giulio (e BETTO Edoardo), *Confideiussione, fideiussione plurima e garanzie internazionali*, nota a Cass. 24 ottobre 2008, n. 25748, in *Contratti*, 2009, pp. 235 ss.

RUGGERI Lucia, *La fideiussione*, in L. RUGGERI, S. MONTICELLI, *Garanzie personali*, in *Tratt. dir. civ. CNN*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2005, pp. 1 ss.

SABATINI Giuseppe, *Esclusione della parte civile per transazione sul danno* Cass. pen. 10 ottobre 1951, in *Giust. pen.*, 1952, III, cc. 282 ss.

SALVESTRONI Umberto, *La solidarietà fideiussoria*, Padova, 1977.

SALVESTRONI Umberto, Osservazioni in tema di confideiussione omnibus, nota a Cass. 30 marzo 1979, n. 1843, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1979, II, pp. 398 ss.

SANTORO PASSARELLI Francesco, *La transazione*, 2^a ed., Napoli, 1975.

SARGENTI Manlio, «*Pactum de non petendo*» e remissione del debito, nota a Cass., 12 luglio 1958, n. 2539, in *Foro pad.*, 1959, I, cc. 299 ss.

SCACCIA Giovanna, *La confideiussione: presupposti e caratteri*, nota a Cass. 6 maggio 2004, n. 8605, in *Contratti*, 2004, pp. 1128 ss.

SCHANBACHER Dietmar, *Der verlorene Regreßhypothek: Regreßvereitelung bei der Gesamthypothek*, in *Wertpapier-Mitteilungen*, 1998, pp. 1806 ss.

SCHANBACHER Dietmar, *Der Ausgleich zwischen dinglichem Sicherer (Grund-, Hypotheken- und Pfandschuldner) und persönlichem Sicherer (Bürgen)*, in *Archiv für die civilistische Praxis* (191), 1991, pp. 87 ss.

SCHLECHTRIEM Peter, *Ausgleich zwischen mehreren Sicherern fremder Schuld in Festschrift für Ernst von Caemmerer zum 70. Geburtstag*, Tübingen, 1978, pp. 1013 ss.

SCHLESINGER Piero, *Effetti della transazione operata da uno dei condebitori in solido*, nota a Cass. 19 dicembre 1991, n. 13701, in *Corr. giur.*, 1992, pp. 426 s.

SCHMID Eva, *Die Mehrheit von Sicherungsgebern im deutschen und französischen Recht. Eine rechtsvergleichende Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsinstitute des cautionnement solidaire und des cautionnement réel*, Hamburg, 2000.

SCHMIDT Eike (, ESSER Joseph), *Schuldrecht*, Bd. I, *Allgemeiner Teil*, Teilband 2, 8. Aufl., Heidelberg, 2000.

SCHMIDT Rudolf, *Unechte Solidarität*, in *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts* 72, 1922, pp. 1 ss.

SCHMIEDER Philipp, *Duo rei. Gesamtoobligationen im römischen Recht*, Berlin, 2007.

SCHOLZ Hellmut, LWOWSKI Hans-Jürgen, *Das Recht der Kreditsicherung*, 8. Aufl., Berlin, 2000.

SCHREINER Dirk, *Die Kreditbürgschaft in der Formularpraxis der Banken und Sparkassen*, Frankfurt a.M.-Berlin-Bern-New York-Paris-Wien, 1989.

SCHUBERT Werner (herausgegeben von), *Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Recht der Schuldverhältnisse*, Teil 1, Allgemeiner Teil, Verfasser: Franz Philipp von Kübel, Berlin-New York, 1980.

SCHUBERT Werner (herausgegeben von), *Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Recht der Schuldverhältnisse*, Teil 3, Besonderer Teil II, Verfasser: Franz Philippe von Kübel und Hilfsarbeiter, Berlin-New York, 1980.

SCHUBERT Werner (herausgegeben von), *Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Anlagen: Entwürfe eines Gesetzbuchs (Kommissions-Entwurf von 1885-1887 und Erster BGB-Entwurf von 1887). Entwurf eines Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch von 1888*, Berlin-New York, 1986.

SCHUBERT Werner (, JAKOBS Horst Heinrich), *Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Recht der Schuldverhältnisse I*, §§ 241 bis 432, Berlin-New York, 1978.

SCHUBERT Werner (, JAKOBS Horst Heinrich) (herausgegeben von), *Die Beratung des Bürgerliches Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Recht der Schuldverhältnisse III*, §§ 652 bis 853, Berlin-New York, 1983.

SCHULZ Fritz, *Rückgriff und Weitergriff. Studien zur gesetzlichen und notwendigen Zession*, Breslau, 1907.

SCHÜRNBRAND Jan, *Der Schuldbeitritt zwischen Gesamtschuld und Akzessorietät*, Berlin, 2003.

SCHWEDHELM Ulriche, *Das Gesamtschuldverhältnis. Entstehung – Wirkung – Ausgleich*, Berlin, 2003.

SCOGNAMIGLIO Claudio, *Gli effetti del contratto*, in G. ALPA, M. BESSONE (diretto da), *I contratti in generale*, vol. IV, *Effetti, invalidità e risoluzione del contratto*, t. I, in *Giur. sist. dir. civ. e comm.*, fondata da W. Bigiavi, Torino, 1991, pp. 27 ss.

SCUTO Carmelo, *Teoria generale delle obbligazioni con riguardo al nuovo codice civile*, pt. I, 3^a ed., Napoli, 1950.

SELB Walter, *Mehrheiten von Gläubigern und Schuldner*, Tübingen, 1984.

SELB Walter, nota a OLG Hamm 25.4.1990, in *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht*, 1990, pp. 1079 s.

- SEUBE Jean-Baptiste, *Droit des sûretés*, 5^e éd., Paris, 2010.
- SICCHIERO Gianluca, voce *Regresso*, in *Dig.*, 4^a ed., *disc. priv., sez. civ.*, Agg., VII, Torino, 2012, pp. 821 ss.
- SICCHIERO Gianluca, voce *Regresso*, in *Dig.*, 4^a ed., *disc. priv., sez. civ.*, vol. XVI, Torino, 1997, pp. 549 ss.
- SICCHIERO Gianluca, *Regresso e surrogazione legale*, in *Contr. impr.*, 1996, pp. 996 ss.
- SIMLER Philippe, *Cautionnement. Garanties autonomes. Garanties indemnitaires*, 4^e éd., Paris, 2008.
- SIMLER e Philippe, DELEBECQUE Philippe, *Droit civil, Les sûretés. La publicité foncière*, 5^e éd., Paris, 2009.
- SIMONETTO Ernesto, *La fideiussione prestata da privati*, Padova, 1985.
- SINESIO Domenico, *Le obbligazioni soggettivamente complesse. Obbligazioni solidali e parziarie, divisibili e indivisibili*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, coordinato da A. Zoppini, vol. III, *Obbligazioni, I, Il rapporto obbligatorio*, Milano, 2009, pp. 409 ss.
- SKORA Bernd (, GRAF LAMBSDORFF Hans Georg), *Handbuch des Bürgschaftsrechts*, München, 1994.
- SOLIDORO MARUOTTI Laura, *La remissione del debito*, in A. BURDESE ed E. MOSCATI (a cura di), *I modi di estinzione*, in *Trattato delle obbligazioni*, diretto da L. Garofalo e M. Talamanca, Padova, 2008, pp. 533 ss.
- SPRAU Hartwig, *sub § 769*, in *Palandt BGB*, 71. Aufl., München, 2012.
- STADLER Astrid, in *Jauernig BGB Kommentar*, 14. Aufl., München, 2011.
- STAMMLER Rudolf, *Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. Studien zum Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich*, Berlin, 1897.
- STANZIONE Pasquale, voce *Remissione del debito*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. XVI, Torino, 1997, pp. 577 ss.
- STEINER Anja, *Die römischen Solidarobligationen. Eine Neubesichtigung unter aktionenrechtlichen Aspekten*, München, 2009.
- STELLA Giovanni, *Le garanzie del credito, I, Fideiussione e garanzie autonome*, in *Tratt. dir. priv.* a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2010.
- STERNBERG, *Die Verteilung der Haftungslast bei mehrfacher Sicherung einer Forderung*, in *Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts*, Jg. 52, 1908, pp. 545 ss.

STOLL Hans, nota a BGH 27 giugno 1961, in *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 1962, pp. 64 ss.

STROHAL Emil, *Der gesetzliche Übergang der Sicherungsrechte des Gläubigers auf den zahlenden Bürgen in neuer Beleuchtung*, in *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, Bd. 61, 1912, pp. 59 ss.

STROHAL Emil, *Zur Lehre vom Eintritt des Bürgen und des Drittverpfänders in die Rechte des befriedigten Gläubigers nach BGB*, in *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1903, pp. 373 ss.

TALAMANCA Mario, voce *Fideiussione. a) Parte storica*, in *Enc. dir.*, vol. XVII, Milano, 1968, pp. 322 ss.

TALAMANCA Mario, voce *Obbligazioni. a) Diritto romano*, in *Enc. dir.*, vol. XXIX, Milano, 1979, pp. 1 ss.

TALAMANCA Mario, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990.

TEICHMANN Arndt, in Th. SOERGEL-W. SIEBERT, *Bürgerliches Gesetzbuch, Kohlhammer-Kommentar*, Bd. II, *Schuldrecht I (§§ 241-432)*, 12. Aufl., Stuttgart-Berlin-Köln, 1990.

THEOBALD Uwe, *Gesamthaftungsverhältnisse. Die Gesamtschuld als Ausgleichsmodell bei der mehrfachen Drittsicherung einer Forderung*, Frankfurt a.M.-Berlin-Bern-New York-Paris-Wien, 1994.

THIELE, *Gesamtschuld und Gesamtschuldnerausgleich*, in *Juristische Schulung*, 1968, pp. 149 ss.

TICOZZI Marco, *Studio sulle obbligazioni solidali*, Padova, 2012.

TIEDTKE Klaus (, REINICKE Dieter), *Kreditsicherung*, 5. Aufl., Neuwied, 2006.

TIEDTKE Klaus (, REINICKE Dieter), *Gesamtschuld und Schuldsicherung durch Bürgschaft, Hypothek, Grundschuld, Pfandrecht an beweglichen Sachen und Rechten*, 2. Aufl., Neuwied, 1988.

TIEDTKE Klaus (, REINICKE Dieter), nota a BGH 14.7.1983, in *Juristenzeitung*, 1983, pp. 896 ss.

TIEDTKE Klaus, *Gesamtschuld Klausel und Sicherungsklausel im Bürgschaftsrecht*, in *Juristenzeitung*, 1987, pp. 491 ss.

TIEDTKE Klaus, *Aufrechnungsmöglichkeit des Schuldners gegenüber dem Bürgen mit einem ihm gegen den Gläubiger zustehenden Anspruch?*, in *Der Betrieb*, 1970, pp. 1720 ss.

TIEDTKE Klaus, nota a Bundesgerichtshof 11 dicembre 1997, in *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht*, 1998, pp. 347 s.

TIEDTKE Klaus, *Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Anwendung des AGB-Gesetzes im Bürgschaftsrecht seit 1980*, in *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1986, pp. 150 ss.

TIEDTKE Klaus, *Aufrechnungsfragen beim gesetzlichen Forderungsübergang*, Diss. Münster, 1966.

TILOCCA Ernesto, *La remissione del debito*, Padova, 1955.

TILOCCA Ernesto, voce *Remissione del debito*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XV, Torino, 1968, pp. 389 ss.

TORNABUONI Riccardo, *L'art. 1928 Codice Civile e la liberazione del fideiussore*, nota a Cass. 31 maggio 1940, in *Riv. dir. comm.*, 1941, II, pp. 140 ss.

TOSCANO Nunzio-Attilio, *La transazione dell'azione sociale di responsabilità e il rapporto tra gli artt. 1304 e 2393 c.c.*, nota a Cass. 24 aprile 2007, n. 9901, in *Notariato*, 2008, pp. 516 ss.

TRAVAGLINO Giacomo, *Transazione e obbligazioni solidali*, nota a Cass., sez. un., 30 dicembre 2011, n. 30174, in *Corr. merito*, 2012, pp. 260 ss.

TROPLONG Raymond Théodore, *Il diritto civile spiegato secondo l'ordine del codice, Del mandato, della fideiussione e delle transazioni*, vol. II, Palermo, 1849.

VAGLIO Ermanno, *Transazione e obbligazione solidale*, nota a Cass. 18 aprile 2006, n. 8946, in *Contratti*, 2007, pp. 12 ss.

VALENZA Fabio, *Mala gestio per conflitto di interessi e transazione della società con altro coobbligato*, nota a Cass., 24 aprile 2007, n. 9901, in *Società*, 2008, pp. 186 ss.

VALORE Paola, *Obbligazioni solidali e transazione*, nota a Trib. Roma 21 luglio 2011, in *Giur. it.*, 2012, p. 822.

VALSECCHI Emilio, *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, 2^a ed., in *Tratt. dir. civ. comm.*, già diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, Milano, 1986.

VECCHI Paolo Maria, *La cessione del credito*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, coordinato da A. Zoppini, vol. III, *Obbligazioni*, I, *Il rapporto obbligatorio*, Milano, 2009, pp. 333 ss.

VECCHI Paolo Maria, *L'azione diretta*, Padova, 1990.

VENTURINI Federico, *Surrogazione legale e regresso, a seguito dell'adempimento di obbligazioni solidali ad interesse comune da parte di uno dei codebitori*, nota a Cass. 5 giugno 2007, n. 13180, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, pp. 56 ss.

VILLANACCI Gerardo, *Confideiussione e obbligazione solidale*, Napoli, 2005.

VILLANI Alberto, "Fatto del creditore,, ed estinzione della fideiussione, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, pp. 309 ss.

VISALLI Nicolò (, MORETTI Bruno, NICITA Francesco Paolo), *Sequestro convenzionale – Fideiussione – Mandato di credito – Anticresi – Transazione – Cessione dei beni ai creditori*, 2^a ed. interamente riveduta e aggiornata da B. Moretti, in *Giur. sist. civ. comm.*, fondata da W. Bigiavi, Torino, 1980.

VON CAEMMERER Ernst, *Ausgleichsprobleme im Haftpflichtrecht in rechtsvergleichender Sicht*, in *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, 1968, pp. 81 ss.

VON OLSHAUSEN Eberhard, *Gläubigerrecht und Schuldnerschutz bei Forderungsübergang und Regreß*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1988.

VON SAVIGNY Karl, *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts*, Bd. I, Berlin, 1951 (rist. Aalen, 1873), trad. it. di G. PACCHIONI, *Le obbligazioni*, vol. I, Torino, 1912.

VON TUHR Andreas, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, 1. Bd., *Allgemeine Lehren und Personenrecht*, Berlin, 1910 (rist. Berlin, 1957).

WACKE Andreas, *Der Erlaß oder Vergleich mit einem Gesamtschuldner*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 170, 1970, pp. 42 ss.

WACKE Andreas, *Zur Lehre vom pactum tacitum und zur Aushilfsfunktion der exceptio doli. Stillschweigender Verzicht und Verwirkung nach klassischem Recht*, parte I, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung, Romanistische Abteilung*, vol. 90, 1973, pp. 220 ss., e parte II, *ivi*, vol. 91, 1974, pp. 251 ss.

WAHL Albert (, BAUDRY-LACANTINERIE Gabriel), *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*, tradotto sulla III Edizione originale in corso di stampa, a cura di P. Bonfante, G. Pacchioni, A. Sraffa, Milano, s.d.

WEBER Hansjörg, *Sonderformen der Bürgschaft und verwandte Sicherungsgeschäfte*, in *Juristische Schulung*, 1972, pp. 9 ss.

WEBER Hansjörg, *Die Bürgschaft*, in *Juristische Schulung*, 1971, pp. 553 ss.

WEBER Hansjörg, *Kreditsicherungsrecht*, 8. Aufl., München, 2006.

WEBER Reinhold, in *BGB-RGRK*, 12. Aufl., Berlin-New York, 1978.

WEITNAUER Hermann, *Personenmehrheit auf der Gläubiger- und Schuldnerseite*, in E. VON CAEMMERER, R. FISCHER, K. NÜBGENS, R. SCHMIDT (herausgegeben von), *Festschrift für Fritz Hauß zum 70. Geburtstag*, Karlsruhe, 1978, pp. 373 ss.

WEITZEL Jürgen, *Höchstbetragsbürgschaft und Gesamtschuld*, in *Juristenzeitung*, 1985, pp. 824 ss.

WELTER Reinhard (, HADDING Walther, HÄUSER Franz), *Bürgschaft und Garantie*, in *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, Bd. III, herausgegeben von Bundesministerium der Justiz, 1983, Köln, pp. 571 ss.

WENGER Leopold (, JÖRS Paul, KUNKEL Wolfgang), *Römisches Recht*, in 4. Aufl. Neub. von H. HONSELL, T. MAYER-MALY, W. SELB, Berlin-Heidelberg-New York-London-Paris-Tokyo, 1987.

WERNECKE Frauke, *Die Gesamtschuld – ihre Befreiung von irrationalen Merkmalen und ihre Rückführung in die Gesetzessystematik*, Berlin, 1990.

WEYERS Hans-Leo (, ESSER Joseph), *Schuldrecht*, II, 1, 8. Aufl., Heidelberg, 1998.

WINDSCHEID Bernhard, *Diritto delle Pandette*, trad. it. C. FADDA, P.E. BENZA, II, 2, Torino, 1904.

WINTER Henry, *Teilschuld, Gesamtschuld und unechte Gesamtschuld. Zur Konzeption der §§ 420 ff. BGB – Ein Beitrag zur Entstehungsgeschichte des BGB*, Frankfurt am Main-Bern-New York, 1985.

WOLF Ernst, *Lehrbuch des Schuldrechts*, 2. Bd., *Besonderer Teil*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1978.

WOLF Manfred, NEUNER Jörg, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, 10. Aufl., München, 2012.

WOLF Manfred, in Th. SOERGEL-W. SIEBERT, *Bürgerliches Gesetzbuch, Kohlhammer-Kommentar*, Bd. 2, 12. Aufl., Stuttgart-Berlin-Köln, 1990.

WOLF Manfred, *Mitbürgen als Gesamtschuldner und Nebenschuldner*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1987, pp. 2472 ss.

WOLFSTEINER Hans, in *J. von Staudingers Kommentar zum BGB*, Buch 3, Sachenrecht, §§ 1113-1203 (Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld, Neubearb. 2009, Berlin, 2009).

ZACCARIA Alessio, *La prestazione in luogo dell'adempimento. Fra novazione e negozio modificativo del rapporto*, Padova, 1987.

ZILLOTTO Paola, *Il pagamento con surrogazione*, in *Tratt. oblig.*, diretto da L. Garofalo e M. Talamanca, I, *La struttura e l'adempimento*, t. V, *La liberazione del debitore*, a cura di M. Talamanca e M. Maggiolo, Padova, 2010, pp. 707 ss.

ZIMMERMANN Reinhard, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town, 1990 (rist. München, 1993).

Esposizione di sintesi

Il presente lavoro esamina l'ipotesi della pluralità di fideiussioni prestate a garanzia del medesimo debito.

Dopo una breve analisi del tema nel diritto romano, si procede a individuare i problemi legati alla pluralità di fideiussioni nel diritto attuale, con particolare riguardo alla questione relativa alla possibilità di distinguere fra confideiussione e pluralità di fideiussioni indipendenti.

Il discorso, condotto anche in ottica comparatistica con particolare riferimento all'ordinamento tedesco, mira a sviluppare una coerente ricostruzione sistematica del fenomeno della coesistenza di più fideiussori per lo stesso debito, costantemente verificandone la tenuta rispetto alla soluzione di alcune rilevanti questioni a cui tipicamente dà vita l'ipotesi considerata.

La trattazione del tema è collocata nel più ampio quadro della solidarietà debitoria in generale; pertanto è dedicata una dettagliata analisi a diversi profili di tale materia, allo scopo di pervenire a risultati utili alla soluzione delle più specifiche questioni concernenti la pluralità di fideiussori.

Sulla scorta delle conclusioni raggiunte in relazione alla solidarietà fra debitori in generale, si sono così approfonditi gli aspetti concernenti il regresso e la surrogazione tra fideiussori, la rinuncia a una delle garanzie fideiussorie e la transazione con uno dei garanti.

Abstract

This work investigates the plurality of sureties assisting the same debt.

After a brief analysis of such topic in Roman law, the contribution sets out the issues related to the plurality of sureties under current law, with particular regard to the possibility to draw a distinction between the co-suretyship and the plurality of independent sureties.

The study is carried out also in a comparative perspective, mainly with reference to German law, and aims at developing a consistent systematic reconstruction of the coexistence of more sureties for the same debt, constantly verifying its validity with regard to the solution of some relevant issues raised by such topic.

The topic is discussed in the broader framework of debtors' joint and several liability. Accordingly, a detailed analysis is dedicated to various aspects of such topic in order to achieve outcomes which may help in the solution of specific problems related to the plurality of sureties. Thus, on the basis of the conclusions drawn with reference to joint and several liability in general, a focus has been given to aspects concerning the right of contribution and the subrogation among sureties, the release of a guarantor and the settlement with one of the sureties.