

CAPITOLO I

NOZIONE ED EVOLUZIONE STORICA
DELLA REGOLA DI SOLIDARIETÀ PASSIVA

SOMMARIO: 1. Nozione generale di solidarietà passiva: utilità di un approccio storico. – 2. L'obbligazione soggettivamente complessa nel diritto romano. – 3. L'attuazione del rapporto obbligatorio nascente da contratto tra regime solidale (sul prototipo della stipulatio) e regime parziario. – 4. Commercio e tutela del creditore: significative applicazioni della solidarietà ai rapporti contrattuali di mercanti e commercianti. – 5. L'effetto estintivo della *litis contestatio*: unità o pluralità del concetto di solidarietà passiva. – 6. Genesi storica del diritto di regresso. – 7. Il crollo dell'Impero romano e la regola di solidarietà passiva. – 8. La solidarietà nel basso medioevo. – 9. La solidarietà passiva nel diritto medioevale dei commercianti. – 10. La solidarietà nel diritto moderno. – 11. La solidarietà all'epoca delle codificazioni: l'esperienza francese e la sua influenza sugli stati italiani preunitari. – 12. L'unità d'Italia e l'unificazione legislativa: la diversa disciplina della solidarietà passiva nel diritto civile e nel diritto commerciale. – 13. Solidarietà e parziarietà: la scelta del codice civile tedesco del 1900. – 14. La tendenza all'unificazione del diritto privato: la situazione italiana. – 15. Il codice civile del 1942: la commercializzazione del diritto privato e i suoi effetti sulla solidarietà passiva. – 16. Gli sviluppi più recenti: il ruolo della solidarietà passiva nel diritto del commercio internazionale.

1. *Nozione generale di solidarietà passiva: utilità di un approccio storico*

Le espressioni *in solidum teneri* e *in solidum obligari* affondano le proprie origini nel diritto romano arcaico e individuano il concetto di una pluralità di soggetti tenuti all'adempimento “per intero” di una medesima prestazione¹.

¹ Tali espressioni intendono esprimere il concetto generico di un “tutto illimitato” contrapposto all'idea di una divisione, limitazione o restrizione. Sul punto P. MELUCCI, *La Teoria delle obbligazioni solidali nel diritto civile italiano*, Milano, 1884, p. 7. I Romani parlano infatti di obbligazione *in solidum* in antitesi rispetto alle obbligazioni *pro parte* o *pro rata*: cfr. E. ALBERTARIO, *Corso di diritto romano, Le obbligazioni solidali*, Milano, 1948, p. 11. In merito va poi richiamata la recente e approfondita analisi di L. PARENTI, *In solidum obligari, Contributo allo studio della solidarietà da atto lecito*, ESI, Napoli, 2012.

Il significato del termine solidarietà ha però conosciuto una evoluzione giungendo ad esprimere, nel linguaggio moderno, non più tanto l'integrità e la totalità della prestazione, conformemente al senso della parola latina, quanto piuttosto l'idea di una assistenza, cooperazione e protezione tra i protagonisti del rapporto obbligatorio soggettivamente complesso².

Questo percorso ha poi ottenuto definitivo avallo ad opera dei principi costituzionali, il riferimento è in particolare agli artt. 2 e 3 della Costituzione³, che hanno individuato nel dovere di solidarietà un valore fondante dell'ordinamento giuridico operante in tutti i suoi settori e così anche all'interno del diritto delle obbligazioni⁴.

In via di prima approssimazione si può definire la solidarietà come la posizione che accomuna una pluralità di creditori o debitori di una medesima prestazione i quali hanno ciascuno, rispettivamente, il potere di esigere, ovvero, il dovere di adempiere l'intera obbligazione. Già da questa prima indicazione appare evidente come in essa convivano pluralità (dei soggetti) e unità (della prestazione), con le precisazioni che seguiranno. Nel primo caso il fenomeno

² Sul concetto di solidarietà e il suo profondo legame con le scelte della nostra Costituzione alla luce dell'evoluzione del pensiero culturale e filosofico si richiama il notevole saggio di F.D. BUSNELLI, *Il principio di solidarietà e "l'attesa della povera gente"*, oggi, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, fasc. 2, 2013, p. 413 ss. In merito si vedano però le perplessità di R. CORONA, *Le obbligazioni dei condomini, Per farla finita con la solidarietà*, Milano, 2013, p. 1 per cui "la nozione tecnica della solidarietà si avvantaggia dell'atmosfera di nobiltà, ricollegata all'aiuto reciproco, ma non risponde alla domanda di comune buon senso perché mai uno soltanto degli obbligati debba sopportare il peso di tutti". Sul rapporto tra solidarietà passiva e principio di solidarietà di cui all'art. 2 Cost. si veda altresì A. ALPINI, *Il principio di solidarietà e le c.dd. obbligazioni solidali*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, fasc. 4, p. 995 ss.

³ Cfr. nuovamente F.D. BUSNELLI, *Il principio di solidarietà*, cit., 2013, p. 413 ss.

⁴ Cfr. P. BONFANTE, *Obbligazioni comunione e possesso, Scritti giuridici vari*, III, Torino, 1921, p. 214 che evidenzia come l'espressione *in solidum* "nel linguaggio e nel diritto moderno ha assunto, in conseguenza di una nuova funzione e quindi della modificata struttura della correalità, il significato di una garanzia reciproca con una intonazione etica e ideale, per cui la *solidarietà* è divenuta la parola d'ordine della vita moderna". Al contrario, nel diritto romano essa significa soltanto che ciascuno tra più obbligati ad una stessa prestazione deve l'intero e ciascuno tra più creditori ha diritto di esigere l'intero. Sul concetto di solidarietà nell'ordinamento giuridico si veda M.C. BLAIS, *La solidarietà: storia di un'idea*, a cura di B. Magni, Giuffrè, Milano, 2012 e la relativa introduzione italiana svolta dalla curatrice. Critico però ancora R. CORONA, *Le obbligazioni dei condomini, Per farla finita con la solidarietà*, cit., p. 136 ss. per cui "il valore sotteso alla solidarietà passiva civilistica non si ricava dalla Costituzione della Repubblica, che all'art. 2 genericamente elenca i "i doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale" (senza fare menzione della solidarietà giuridica). [...] La disciplina civilistica della solidarietà, dunque, non ha riguardo all'aiuto vicendevole, sebbene al soddisfacimento del credito". Fatta questa premessa, peraltro, l'Autore significativamente mette in luce che l'aiuto reciproco tra i condebitori – determinato dalla solidarietà – presenta pur sempre una "efficacia riflessa non secondaria". Infatti, ancorché in via indiretta, "senza dubbio, il debitore che paga per tutti finisce per aiutare gli altri e, principalmente, i debitori in difficoltà".

prende il nome di solidarietà attiva o creditoria, mentre nel secondo quello di solidarietà passiva.

Stante la maggiore rilevanza di quest'ultima, in considerazione sia, come vedremo, del numero notevolmente superiore di ipotesi in cui essa viene in rilievo nel sistema⁵ sia della più forte incidenza che essa determina sul piano economico generale e sulla posizione dei soggetti che coinvolge⁶, la solidarietà passiva è argomento di particolare interesse per l'analisi giuridica. Per tale ragione, questa *species* del *genus* solidarietà costituisce l'oggetto primario e privilegiato della presente indagine, la quale si pone l'obiettivo di individuare gli elementi di unità e pluralità che caratterizzano questa figura, formalizzandone una nozione, anche attraverso l'analisi della sua evoluzione storica, e segnalando altresì le linee evolutive che essa mostra di tracciare in connessione con lo sviluppo dei mercati e del sistema economico e sociale generale, valutando così la loro compatibilità con lo schema generale.

⁵ Sul punto cfr. *infra*, par. 3 del capitolo II. In questa sede ci si limita a richiamare quella che impropriamente è definita "presunzione di solidarietà". Si fa riferimento all'art. 1294 c.c. che prevede la solidarietà come regola generale nel senso che, ricorrendone i relativi presupposti (costituiti da pluralità di debitori, *idem debitum* ed *eadem causa obligandi*), essa opera automaticamente e non è necessaria una manifestazione di volontà in tal senso da parte dei soggetti del rapporto obbligatorio. Come si vedrà, cfr. *infra*, par. 12 del presente capitolo, il principio rappresenta una notevole innovazione rispetto al codice civile del 1865. Secondo l'art. 1188 del codice abrogato, testualmente, "l'obbligazione in solido non si presume ma debb'essere stipulata espressamente". La scelta del legislatore realizza al contrario un avvicinamento a quella che, nel sistema previgente, era invece la disciplina delle obbligazioni commerciali. L'art. 40 dell'abrogato codice del commercio prevedeva, infatti, l'esistenza di una presunzione di solidarietà passiva, basata sulla volontà ipotetica dei soggetti del rapporto obbligatorio. Si trattava, peraltro, di una presunzione *iuris tantum*, suscettibile quindi di essere contraddetta dalla dimostrazione della volontà reale delle parti. Diversamente, nel codice vigente, se pure è prevalsa significativamente la regola "commerciale" della solidarietà (a questo riguardo, in tema di commercializzazione del diritto privato si veda, tra gli altri, G. OPPO, *Codice civile e diritto commerciale*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, 2, p. 221 ss. e, in particolare, pp. 227-228), viene meno ogni riferimento ad una volontà vera o presunta dei soggetti dell'obbligazione. L'art. 1294 c.c. stabilisce infatti una regola generale e non una presunzione di volontà. Anche la nuova disciplina ammette peraltro la possibilità che le parti escludano l'applicazione della regola di solidarietà, ma la manifestazione di volontà in tal senso non esclude una presunzione quanto piuttosto deroga ad una norma altrimenti applicabile. Sul punto, per tutti, M. TICCOZZI, *Le obbligazioni solidali*, Padova, 2001, p. 25; D. RUBINO, *Obbligazioni alternative. Obbligazioni in solido. Obbligazioni divisibili e indivisibili*, in *Commentario SCIALOJA-BRANCA*, ristampa della seconda edizione riveduta e ampliata, Bologna-Roma, 1985, p. 185; G. AMORTH, *L'obbligazione solidale*, Milano, 1959, p. 55 ss.

⁶ Essa comporta infatti la responsabilità, a carico di ciascuno dei condebitori, del pagamento dell'intero debito. Sul punto si richiama, per tutti, G. DE SEMO, *Le obbligazioni solidali in materia di commercio*, Roma, Athenaeum, 1916, p. 73, che già agli inizi del secolo scorso aveva significativamente osservato che "chi studii le obbligazioni solidali nelle materie del commercio, deve quasi esclusivamente aver l'occhio alla solidarietà passiva, la cui salientissima importanza teorico-pratica contrasta con la scarsità di applicazioni e di vantaggi della solidarietà attiva".

Si può così precisare che il nucleo essenziale della solidarietà passiva è costituito dall'obbligo per ciascuno dei condebitori di eseguire per intero la prestazione dovuta nei confronti del comune creditore, che si riflette specularmente nel potere di tale soggetto di pretendere da ciascuno dei co-obbligati l'adempimento della totalità della prestazione.

Occorre evidenziare sin da ora che, nel diritto privato attuale, tale forma di solidarietà – oltre a quello fondamentale appena descritto – presenta però ulteriori effetti qualificanti, i quali costituiscono il portato dell'evoluzione che essa ha nel tempo conosciuto.

Così, in particolare, oggi la regola di solidarietà passiva comporta altresì che l'adempimento integrale del debito da parte di uno dei condebitori procuri la liberazione degli altri co-obbligati verso il creditore (*lato esterno del rapporto*), salvo il diritto di regresso *pro quota* del debitore adempiente nei loro confronti (*lato interno del rapporto*), riconosciuto dall'ordinamento affinché questi possa recuperare quanto pagato in eccesso rispetto alla propria quota di spettanza del debito⁷.

Come si vedrà l'effetto liberatorio del pagamento e l'esistenza di un diritto di regresso non erano inizialmente sempre connaturati alla solidarietà e la loro esistenza si è venuta ad affermare in modo progressivo, nel corso di una evoluzione che ha conosciuto le sue tappe fondamentali nel sistema del diritto romano⁸.

Già da queste prime osservazioni emerge come il meccanismo solidale trovi le proprie radici in un passato assai remoto e abbia conosciuto incessanti modificazioni fino ad assumere l'assetto codificato nella normativa oggi vigente. La solidarietà, infatti, è sorta ed ha ampliato la propria sfera di applicazione di pari passo all'espansione degli scambi commerciali e al progresso sociale.

Per queste ragioni, nel percorso di analisi di tale figura giuridica, è sembrato non soltanto utile, ma altresì pressoché imprescindibile adottare un approccio storico di ricerca. Un simile punto di vista permette, infatti, di illuminarne i tratti caratterizzanti, il suo funzionamento e la sua utilità. Essi, infatti, apparirebbero difficilmente comprensibili se considerati a prescindere dalla loro genesi ed evoluzione millenaria⁹.

⁷ Sul punto si veda *infra*, par. 3 del capitolo II. Cfr. G. AMORTH, *L'obbligazione solidale*, cit., p. 6 ss.; M. ORLANDI, *La responsabilità solidale, Profili delle obbligazioni solidali risarcitorie*, Milano, 1993, pp. 1 ss. e 67 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, F. BUSNELLI, U. BRECCIA, U. NATOLI, *Diritto Civile, Obbligazioni e contratti*, 3, Torino, 1992, p. 47 ss.; A. RICCIO, *Le diverse specie di obbligazioni: pecuniarie, alternative, solidali, indivisibili*, M. FRANZONI (a cura di), *Le obbligazioni*, I, *L'obbligazione in generale (1173-1320 c.c.)*, Torino, 2004, p. 1209 ss.; A. GNANI, *La responsabilità solidale, Art. 2055*, in *Commentario al Codice Civile*, fondato da P. SCHLESINGER, diretto da F.D. BUSNELLI, Giuffrè, Milano, 2005, p. 27 ss.

⁸ Si fa riferimento, in particolare, al concetto di "solidarietà cumulativa" e al riconoscimento, soltanto in epoca tardo antica, di un generale diritto di regresso. Cfr. successivi par. 2 e 6 del presente capitolo.

⁹ L'obiettivo preliminare che il presente lavoro intende proporsi è pertanto quello di fissare le tappe

Prima di procedere all'indagine storica a partire dalla tradizione romanistica appare però quanto mai opportuno segnalare ed esplicitare da subito le finalità che questo meccanismo giuridico intende realizzare e tutelare nel sistema di diritto privato. L'individuazione della *ratio* della figura permette infatti di cogliere con più consapevolezza la sua portata nel sistema e il suo significato.

In attesa di successivi approfondimenti, per ora basti fissare che la giustificazione della solidarietà passiva è quella di assicurare una maggiore protezione del credito¹⁰.

Il creditore di una stessa prestazione, dovuta da più co-obbligati, in applicazione della solidarietà, viene posto nella situazione di poter pretendere da ciascuno di essi l'adempimento per la totalità, potendo così conseguire la prestazione per intero da ciascuno di essi, ancorché una volta soltanto¹¹.

Sul punto però, al fine di evitare ogni equivoco, va immediatamente posto in luce che l'interesse alla protezione del creditore non è ovviamente l'unico valore tutelato dall'ordinamento il quale, al contrario, in ogni situazione tende piuttosto a perseguire un contemperamento di interessi tra loro diversi e il più delle volte contrastanti. Come si vedrà, la continua e assidua ricerca di questo punto di equi-

pe più importanti dello sviluppo della regola di solidarietà passiva al fine di individuare alcuni punti fermi che possano poi essere utilizzati come criteri di orientamento per una migliore comprensione della sua portata nel diritto attuale (valutando anche possibili modulazioni della medesima e la loro compatibilità con la nozione proposta come elemento caratterizzante tale figura giuridica). Esso, infatti, non è avulso dalla storia ma a pieno titolo inserito in essa e figlio delle sue trasformazioni, come risulterà particolarmente evidente proprio con riferimento alla tematica delle obbligazioni solidali.

¹⁰ Cfr. sin d'ora successivo capitolo II. In questo senso si osserva che la solidarietà passiva non intende istituire un "odioso privilegio" a vantaggio della persona del creditore, bensì predisporre uno strumento idoneo a consentire il più facile realizzo del credito al fine di incentivare la sua più ampia concessione, considerata la sua rilevante funzione economica e sociale. Così G. DE SEMO, *op. cit.*, p. 223. Sul tema, P. MELUCCI, *op. cit.*, p. 8 fa poi notare come la solidarietà non risponda soltanto ad una esigenza di "comodità e sicurezza" del creditore, ma al contrario come la stessa possa indirettamente rivelarsi del tutto conforme agli interessi dei debitori. Ad avviso dell'Autore, infatti, "il caso ordinario, naturale, nel quale due debitori si sottopongono alla solidalità, è quello per cui la indipendenza normale dei loro rispettivi debiti sarebbe un ostacolo al conseguimento del credito altrui di cui hanno bisogno". Con ciò si vuole evidenziare che la solidarietà costituisce una significativa garanzia per il creditore il quale, in sua mancanza, potrebbe non essere disposto a concedere credito con conseguente frustrazione – in definitiva – dell'aspettativa degli stessi debitori. Questa specifica funzione di rafforzamento del credito, specie con riferimento alle origini del sistema romano, è però in parte ridimensionata da P. BONFANTE, A. SRAFFA, *Solidarietà o mutua fideiussione?*, in *Riv. dir. comm.*, vol. XII, parte I, 1914, p. 905 ss. In senso contrario, tuttavia, ancora G. DE SEMO, *op. cit.*, p. 63 ss., che evidenzia come tale finalità sia sempre stata presente fin dall'origine anche della concezione romana della solidarietà. Per alcune riflessioni in tema di "tradizione e innovazione" nelle obbligazioni solidali si veda U. BRECCIA, *Prefazione. Senso di una sintesi giuridica aperta: luci e ombre*, in U. BRECCIA, F.D. BUSNELLI (a cura di), *Le "nuove" obbligazioni solidali, Principi europei, orientamenti giurisprudenziali, interventi legislativi*, Cedam, Padova, 2015, pp. IX ss. e XXII ss.

¹¹ Cfr. P. MELUCCI, *op. cit.*, p. 35.

librio emerge potentemente dall'esame dello sviluppo storico della regolamentazione e del funzionamento della solidarietà: le trasformazioni che essa ha conosciuto sino in tempi assai recenti si sono infatti realizzate affinché la stessa potesse rispondere in modo sempre più esaustivo alle esigenze degli affari e della società.

2. *L'obbligazione soggettivamente complessa nel diritto romano*

Nella ricostruzione storica che ci si appresta ad affrontare si è scelto di fissare un termine iniziale all'analisi, considerando il tema della solidarietà passiva a partire dall'epoca romana. In tale periodo storico questa figura raggiunse infatti un perfezionato svolgimento, che ha influenzato anche le legislazioni moderne e contemporanee, ancorché esse ne abbiano al contempo innovato sotto molti aspetti la disciplina¹². Per questa ragione è apparso opportuno soffermarsi, con un maggior grado di dettaglio e specificità, sul sistema giuridico romano prima di proseguire nell'analisi delle ulteriori e più recenti trasformazioni della solidarietà passiva. In questo ambito il suo studio si rivela, infatti, quanto mai fondamentale e utile per la comprensione del presente¹³. All'uopo è opportuno porre alcune premesse funzionali alla comprensione della regola di solidarietà in tale ordinamento.

Il diritto romano conosceva l'obbligazione¹⁴: in proposito si ricordano le due celebri definizioni che di essa ci sono state tramandate dalla tradizione le quali pongono l'accento rispettivamente sull'esistenza di un *vinculum*

¹² Cfr. E. BESTA, *Le obbligazioni nella storia del diritto italiano*, Padova, 1936, p. 9, il quale evidenzia come "il diritto romano traversò la stessa bufera della rivoluzione e si riversò nelle legislazioni più recenti, né par destinato a morir tutto nei tempi nuovi".

¹³ Sul punto si condivide la posizione di G. DE SEMO, *op. cit.*, p. 74.

¹⁴ In questa sede ci si limita a richiamare, tra gli altri, U. BRASIELLO, (voce) *Obbligazione (diritto romano)*, in *Novissimo Digesto*, XI, Torino, 1965, p. 554 ss.; C. CANNATA, (voce) *Obbligazioni nel diritto romano, medioevale e moderno*, in *Digesto, Discipline Privatistiche*, Torino, 1995, p. 407 ss.; M. TALAMANCA, (voce) *Obbligazioni (diritto romano)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXIX, Milano, 1979; F. PASTORI, *Concetto e struttura della obbligazione nel diritto romano: corso di diritto romano 1968-69*, Milano, 1971; E. BETTI, *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*, Giuffrè, Milano, 1955; G. FALCONE, *Obligatio est iuris vinculum*, Giappichelli, Torino, 2003 e A. MARCHI, *Storia e concetto dell'obbligazione romana*, I, 1912, rist. Roma, 1972. Cfr. anche L. CAPOGROSSI COLOGNESI, M.F. CURSI, *Obligatio-Obbligazione, Un confronto interdisciplinare, Atti del convegno di Roma 23-24 settembre 2010*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, Quaderni, 4, Napoli, Jovene, 2011; F. SERRAO, *Diritto privato economia e società nella storia di Roma*, vol. 1, *Dalla società gentilizia alle origini dell'economia schiavistica*, Jovene, Napoli, 2006, p. 375 ss.; G. SCHERILLO, *Lezioni sulle obbligazioni, Corso di diritto romano*, a cura di FRANCO GNOLI, Bologna, 1994; R. CARDILLI, *L'obbligazione di praestare e la responsabilità contrattuale in diritto romano: 2. sec. a.C.-2. sec. d. C.*, Giuffrè, Milano, 1995.

iuris tra creditore e debitore¹⁵ e sul suo contenuto, che comporta la possibilità per il primo di *obstringere* il secondo ad eseguire una prestazione¹⁶.

Già a quell'epoca, peraltro, il rapporto obbligatorio poteva essere caratterizzato, dal lato attivo come da quello passivo, dalla presenza di una pluralità di soggetti¹⁷. Così si distinse tra obbligazione a soggetti semplici e obbligazione con pluralità di soggetti o pluripersonale. Questa, a sua volta, poteva essere suddivisa in ulteriori categorie, ciascuna dotata di proprie caratteristiche e regole: era così possibile individuare obbligazioni parziarie, solidali, divisibili e indivisibili¹⁸.

Nelle obbligazioni parziarie, dette *obligationes pro parte o pro rata*, la prestazione comune si divide tra i più creditori ed i più debitori. Ogni debitore è così tenuto ad

¹⁵ Secondo la prima, contenuta nel testo delle *Institutiones* giustiniane (3.13 pr.), "*obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura*". Così l'obbligazione costituisce un vincolo giuridico, in forza del quale si può costringere taluno all'adempimento di una prestazione, secondo le leggi dello Stato. Questa definizione pone l'accento sul dovere e sulla responsabilità del debitore consistente in tale *vinculum iuris* e non fa riferimento alle possibili fonti di tale legame. L'obbligazione viene così descritta una volta nata, mentre il tratto caratterizzante la figura viene individuato nella coercibilità della prestazione (*necessitas solvendi*). Significativo è anche il richiamo all'ordinamento della *civitas* che sta a significare che possono considerarsi obbligazioni giuridiche e quindi coercibili soltanto quelle contemplate dal diritto della comunità cui si aderisce. Sul punto cfr. V. MANNINO, *Introduzione alla storia del diritto privato dei Romani*, Torino, 2008, p. 335. Per un approfondimento su questa definizione di obbligazione si rinvia a L. FASCIONE, *Storia del diritto privato romano*, Torino, 2006, p. 23 ss.; M. TALAMANCA, *Elementi di diritto privato romano*, Milano, 2001, p. 258 ss.

¹⁶ La seconda definizione è invece quella di Paolo (III d.C., D. 44.7.3) che precisa come "*obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitatem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum vel faciendum vel praestandum*". Questa nozione evidenzia la sostanza dell'obbligazione e pone l'accento sulla necessaria cooperazione del debitore il quale, in forza del vincolo, può essere costretto a tenere un determinato comportamento. In particolare il suo oggetto non consiste nell'acquisto di un bene o di una servitù, bensì nel costringere un altro soggetto a dare, ovvero a fare, o anche a procurare qualcosa. L'obbligazione viene così contrapposta al diritto reale: in questo l'interesse primario protetto dall'ordinamento è la tutela dell'autonomo e pacifico godimento di chi ne sia titolare. Al contrario nel rapporto obbligatorio, l'interesse fondamentale garantito dal sistema giuridico coincide con la necessità che il debitore compia una certa attività a vantaggio del creditore. Questi ha infatti bisogno della collaborazione del debitore per soddisfare il proprio interesse, in quanto il contenuto del diritto è proprio il potere di ricevere una prestazione da questo soggetto. Per ulteriori considerazioni circa le nozioni di obbligazioni tramandate dal diritto romano, oltre ai contributi già citati, si richiama anche G. PACCHIONI, *Trattato delle obbligazioni secondo il diritto civile italiano*, Torino, 1927, pp. 2-10.

¹⁷ In questo senso va ricordato che una specifica sezione delle *Istitutiones* di Giustiniano (I. 3.16) considerava l'ipotesi in cui vi fossero due o più creditori (*rei stipulandi*) o debitori (*rei promittendi*). Cfr. tra gli altri A. GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli, 1997, p. 812.

¹⁸ In argomento cfr. M. TALAMANCA, *op. ult. cit.*, p. 266 ed E. ALBERTARIO, *Corso di diritto romano, Le obbligazioni solidali*, cit., p. 7.

adempiere, e ogni creditore è chiamato a pretendere, soltanto la sua parte dell'oggetto della prestazione: nonostante l'unità dell'atto si creano, in concreto, tanti vincoli obbligatori quanti sono i creditori o i debitori. In questi casi normalmente i debitori sono tenuti in parti uguali, ciascuna detta *pars virilis* o quota virile¹⁹.

Contrapposta alla categoria predetta è la solidarietà in cui, avendo più creditori diritto alla medesima prestazione o essendo più debitori tenuti a prestarla, ciascun creditore può esigere o ciascun debitore deve adempiere l'intero. Essa, a sua volta, secondo la concezione romana, si suddivide in due ulteriori tipologie dando luogo alla solidarietà cumulativa e alla solidarietà elettiva²⁰. Entrambe sono caratterizzate dal fatto che il debitore deve l'intero, cioè il *solidum*, ma secondo due differenti modalità, introducendo così una ulteriore pluralità all'interno della categoria.

Si ha obbligazione cumulativa o solidale cumulativa quando la prestazione dovuta in conseguenza di un rapporto obbligatorio deve essere pagata per intero dai vari debitori al creditore tante volte quanti essi sono²¹. In essa le prestazioni dovute dai singoli debitori devono essere tutte eseguite e si sommano tra loro. Pertanto, ai vari soggetti del rapporto corrispondono in realtà vari oggetti dovuti ed è una pura coincidenza che questi siano identici, cioè che ogni debitore sia tenuto ad adempiere una prestazione di contenuto analogo a quella dovuta da altro co-obbligato²². In sostanza, nell'obbligazione cumulativa, formalmente unica, si cumulano tante obbligazioni tra loro identiche e parallele per quanti sono i soggetti attivi o i soggetti passivi²³.

Il caso tipico di obbligazioni solidali cumulative era nel diritto romano quello delle obbligazioni *ex delicto*, sanzionate da azioni penali private²⁴. Il colpevole, che ledeva più persone, sia pure mediante uno stesso atto, era tenuto a pagare la composizione o *poena* a ciascuna di esse. Parimenti, se più erano gli autori dell'illecito, tutti erano tenuti a pagare l'intera pena senza effetto liberatorio per gli altri²⁵.

¹⁹ Sul tema si veda tra gli altri V. MANNINO, *op. cit.*, p. 344.

²⁰ Circa la riferibilità del concetto di solidarietà ad entrambe queste ipotesi cfr. P. BONFANTE, *Obbligazioni comunione e possesso, Scritti giuridici vari*, cit., p. 214 e ancora M. TALAMANCA, *Elementi di diritto privato romano*, cit., p. 266. Di recente anche L. PARENTI, *op. cit.*, p. 4.

²¹ Cfr. per un pronto riferimento M. MARRONE, *Lineamenti di diritto privato romano*, Torino, 2001, p. 291.

²² In questi termini cfr. E. ALBERTARIO, *Corso di diritto romano, Le obbligazioni solidali*, cit., p. 11 ss.

²³ Si parlava così di "*plures rei plura debita*", ricordando che i "*rei*" erano i soggetti del rapporto obbligatorio. Ognuno di essi era pertanto tenuto ad adempiere la propria prestazione. Sul punto cfr. G. SCHERILLO, *op. cit.*, p. 78 che parla di una pluralità di rapporti obbligatori aventi identico contenuto.

²⁴ Cfr. M. TALAMANCA, *op. ult. cit.*, p. 266 e P. BONFANTE, *Obbligazioni comunione e possesso, Scritti giuridici vari*, cit., p. 214 ss. Il caso delle obbligazioni *ex delicto* non era, peraltro, il solo in cui si avesse nel diritto romano solidarietà cumulativa: essa poteva sorgere anche da legato. Sul punto E. ALBERTARIO, *op. ult. cit.*, p. 14.

²⁵ In argomento cfr. E. BESTA, *op. cit.*, p. 104 secondo cui "se il delitto presupponeva la parte-

Tale struttura dell'obbligazione derivava dal fatto che la prestazione dovuta *ex delicto* aveva carattere di pura pena, a cui doveva sottostare ciascun colpevole e a cui aveva diritto ciascuno degli offesi²⁶. La commissione del delitto, a prescindere dalla volontà delle parti, generava tanti rapporti obbligatori quanti erano i soggetti attivi o passivi dell'illecito e, pertanto, un solo adempimento non estingueva l'obbligazione²⁷.

La tendenza giustiniana fu volta ad un deciso ridimensionamento di tale forma di solidarietà. Nel tempo, infatti, si offuscò il carattere penale dell'azione e l'obbligo risarcitorio, posto a carico del danneggiante, assunse un carattere prevalentemente indennitario: l'azione nascente da delitto si trasformò così da penale in *mixta*, ovvero penale e risarcitoria insieme²⁸. Da ciò derivò la trasformazione dell'obbligazione da solidale cumulativa, come nel diritto classico, a solidale elettiva²⁹.

In sintesi, nell'obbligazione solidale cumulativa permane l'effetto qualificante per cui ciascuno dei condebitori è tenuto a prestare l'intero: ciascun debitore è infatti obbligato a corrispondere integralmente la *poena* prevista per il delitto, proprio per finalità punitive e sanzionatorie, senza che possa verificarsi un fenomeno di divisione della stessa tra i diversi compartecipi³⁰. Tuttavia, per lo stesso motivo, in tale forma di solidarietà è assente l'ulteriore effetto liberatorio, a vantaggio di tutti i condebitori, del pagamento compiuto da uno dei co-obbligati: la prestazione, infatti, non è dovuta una sola volta, bensì tante volte quanti sono i debitori.

Questo diverso elemento è invece il tratto specifico della solidarietà elettiva, che costituisce fenomeno di ben maggiore rilevanza. Essa era già esistente nell'or-

cipazione di più, ciascuno dei compartecipi fu allora considerato come delinquente a pari titolo e obbligato a pagare la composizione intera”.

²⁶ Il carattere di azione penale comportava infatti che, se più erano i colpevoli di dolo, tutti quanti fossero tenuti alla prestazione della *poena*. In argomento E. ALBERTARIO, *op. ult. cit.*, p. 137. Come evidenziato da V. MANNINO, *op. cit.*, p. 345, appariva infatti ripugnante l'idea che l'adempimento di uno tra più offensori potesse estinguere l'obbligo generato dal fatto illecito. Sulla stessa linea anche G. SCHERILLO, *op. cit.*, p. 78. In questo senso come rilevato da P. BONFANTE, *op. ult. cit.*, p. 220, la solidarietà è pertanto costantemente cumulativa nel delitto “persino in quella figura, come il danno, nella quale il concetto di delitto sembra a noi moderni così ostico”.

²⁷ Si veda sinteticamente L. FASCIONE, *op. cit.*, p. 28.

²⁸ Cfr. E. ALBERTARIO, *op. ult. cit.*, p. 141. Sull'accentuazione del carattere risarcitorio cfr. l'analisi di L. FASCIONE, *op. cit.*, p. 563. Si noti però che anche in diritto giustiniano le fonti evidenziano molteplici casi di solidarietà cumulativa: si può parlare pertanto di un ridimensionamento della categoria piuttosto che di un suo totale abbandono. In argomento P. BONFANTE, *Obbligazioni comunione e possesso, Scritti giuridici vari*, cit., p. 215. Influenze in questo senso sono state anche ravvisate nella progressiva diffusione dell'etica cristiana: sul punto E. BESTA, *op. cit.*, p. 104.

²⁹ Sul tema della solidarietà elettiva si rinvia a E. ALBERTARIO, *Corso di diritto romano, Le obbligazioni solidali*, cit., p. 137; P. BONFANTE, *op. ult. cit.*, p. 216. Cfr. inoltre V. MANNINO, *op. cit.*, p. 344 ss.

³⁰ Il concetto di *in solidum* è qui riferito al fatto che ogni condebitore è tenuto a pagare l'intera *poena*, senza possibilità di divisioni, ripartizioni proporzionali o abbuoni.

dinamento romano ed è progressivamente divenuta il prototipo della solidarietà vigente nel diritto moderno e contemporaneo³¹.

Questa tipologia di solidarietà è tipica delle obbligazioni *ex contractu*: si ha obbligazione solidale elettiva quando ognuno dei debitori è tenuto per l'intero ed ognuno dei creditori può pretendere l'intero, ma l'adempimento di uno dei debitori o nei confronti di uno dei creditori estingue l'obbligazione anche rispetto ai soggetti concorrenti.

Il titolare del diritto è creditore per l'intero, non però cumulativamente, bensì elettivamente, in modo che il debito di ciascuno dei co-obbligati si può estinguere in una sola volta per tutti³². Anche in questa struttura del rapporto obbligatorio i Romani dicono che ciascuno dei debitori è tenuto *in solidum*, cioè per l'intero, ma è evidente che l'obbligazione assume un carattere profondamente diverso dalla configurazione dell'obbligazione cumulativa. Infatti, nella solidarietà elettiva l'obbligazione ha veramente un oggetto unico e identico perché la prestazione è dovuta una sola volta e il rapporto obbligatorio vede una responsabilità di più debitori a vantaggio di più creditori, per l'adempimento di tale medesima prestazione³³.

Per quanto riguarda, infine, le obbligazioni divisibili, esse sono quelle caratterizzate da una prestazione frazionabile in varie parti senza diminuzione di valore. Al contrario sono indivisibili quelle obbligazioni in cui la prestazione non può trovare una realizzazione parziale, senza alterazione della sostanza dell'oggetto. Così mentre nelle obbligazioni solidali il creditore ha la facoltà di chiedere l'intero a ciascun debitore, in quelle indivisibili l'impossibilità di un frazionamento della prestazione tra i partecipanti ha la sua causa in una necessità derivante dalla realtà materiale dell'oggetto, anche se siano state le parti ad attribuire ad esso, per speciali circostanze, questo carattere³⁴. La distinzione tra obbligazioni divisibili e indivisibili assume particolare rilievo nel caso in cui l'obbligazione presenti una pluralità di soggetti, altrimenti essa non pone particolari problemi. Nell'ipotesi di obbligazione soggettivamente complessa avente ad oggetto una prestazione indivisibile i giuristi romani applicavano un regime sostanzialmente equivalente a quello della obbligazione solidale, ritenendo che ciascuno dei debitori fosse tenuto, su richiesta del creditore, ad eseguire l'intera prestazione³⁵.

³¹ Cfr. G. SCHERILLO, *op. cit.*, pp. 77-78. La denominazione di tale forma di solidarietà deriva dalla possibilità di scelta che concretamente si dava al creditore che esigeva o al debitore che pagava per sé o per altri.

³² Cfr. E. ALBERTARIO, *op. ult. cit.*, p. 23 e A. GUARINO, *op. cit.*, p. 814.

³³ Nella manualistica cfr. L. FASCIONE, *op. cit.*, pp. 28-29 e R. MARTINI, *Appunti di diritto romano privato*, Padova, 2007, p. 120.

³⁴ Così G. DE SEMO, *op. cit.*, pp. 5 e 62 ss.

³⁵ Cfr. V. MANNINO, *op. cit.*, p. 349. Con riferimento alle obbligazioni indivisibili si veda inoltre M. MARRONE, *op. cit.*, pp. 225-226 e 292 e M. TALAMANCA, *Elementi di diritto privato romano*, cit., p. 266 ss.

3. L'attuazione del rapporto obbligatorio nascente da contratto tra regime solidale (sul prototipo della *stipulatio*) e regime parziario

È noto come la *stipulatio*, sorta ed evolutasi a partire dalla *sponsio*³⁶, abbia costituito il caposaldo del sistema contrattuale romano³⁷. Si trattava di un contratto formale e solenne in cui la causa appariva irrilevante rispetto alla forma: il fulcro dell'atto era infatti la pronuncia di determinate parole da parte dei contraenti. Essa si perfezionava con la proposizione di una domanda cui doveva seguire una risposta conseguente³⁸. Così mediante l'interrogazione lo stipulante chiedeva al promittente di assumere l'impegno a tenere un determinato comportamento; la susseguente risposta congrua del promittente era costituita semplicemente dalla pronuncia in prima persona del verbo già impiegato dallo stipulante. In questo modo nasceva a carico del promittente, divenuto debitore, ed in favore dello stipulante, divenuto creditore, un'obbligazione avente ad oggetto la prestazione promessa.

Tale forma contrattuale al contempo costituiva la modalità principale e privilegiata attraverso cui potevano costituirsi obbligazioni solidali attive e passive di

³⁶ Il prototipo della *stipulatio* fu la *sponsio*, riservata ai soli *cives* romani, per la quale nell'interrogazione e nella risposta era utilizzato il verbo *spondere*. Con riferimento alla *sponsio* si veda in particolare L. FASCIONE, *op. cit.*, p. 131 ss. che evidenzia come essa costituisca una delle più antiche fonti di obbligazioni ritenuta meritevole di tutela da parte dell'ordinamento giuridico. La *civitas* accorda infatti la propria protezione non soltanto al soggetto danneggiato da un fatto illecito, ma anche a colui che attende da altri il comportamento che gli è stato promesso. Inizialmente la *sponsio*, come si può dedurre dal suo stesso nome che significa "giuramento", determinava un vincolo non propriamente giuridico, ma sanzionato soltanto sul piano etico e religioso. L'ordinamento della *civitas* intervenne però quasi subito a garantirne una tutela. Negli stessi termini M. TALAMANCA, *op. ult. cit.*, Milano, 2001, p. 286 ss. Come *stipulatio*, la *sponsio* divenne una forma contrattuale aperta anche agli stranieri. In questo senso l'Autore appena richiamato, p. 288, evidenzia come "il verbo *spondere* rimase [...] riservato ai *cives Romani*". La *sponsio* è, infatti, istituto del *ius civile* in senso normativo, mentre la *stipulatio* conclusa con altri verbi è *iuris gentium*. Ulteriori riferimenti in R. MARTINI, *op. cit.*, p. 118 e M. MARRONE, *op. cit.*, pp. 79 e 244 ss. In tema di *sponsio* e solidarietà cfr. L. PARENTI, *op. cit.*, pp. 153 ss. e 161 il quale sottolinea l'evoluzione conosciuta da tale figura giuridica sotto questo profilo che comportò la trasformazione da "eterogaranzia" a "promessa di un fatto proprio".

³⁷ La *stipulatio* costituì uno dei contratti verbali di più larga applicazione nel diritto romano. In questa tipologia di negozi l'elemento genetico coincideva con la recita di determinate parole (*verba*): cfr. V. MANNINO, *op. cit.*, p. 378. In tema di *stipulatio* in questa sede ci si limita a richiamare G.G. ARCHI, *Studi sulla "stipulatio"*, Giuffrè, Milano, 1938; F. PASTORI, *Appunti in tema di sponsio e stipulatio*, Giuffrè, Milano, 1961; G. SACCONI, *Ricerche sulla stipulatio*, Jovene, Napoli, 1989; C. CANNATA, *op. cit.*, p. 407 ss. e specialmente pp. 410 e 438 ss.

³⁸ Secondo Gaio (Inst. 3.92), la forma verbale più antica era la seguente: "*Dari spondes? Spondeo*", ovvero "Ti impegni a dare? Assumo l'impegno". In questo senso si osserva come una volta "ottenuta la tutela dell'ordinamento cittadino, la *sponsio* fu la prima vera *obligatio* giuridicamente intesa", così L. FASCIONE, *op. cit.*, p. 136.

fonte contrattuale³⁹: attraverso la *stipulatio* infatti più persone potevano promettere alla stessa o si potevano far promettere dalla stessa persona la medesima e identica prestazione⁴⁰.

Perché si abbia solidarietà di fonte contrattuale è però necessaria, oltre alla pluralità di soggetti attivi o passivi del rapporto obbligatorio, anche l'identità dell'oggetto della prestazione (c.d. *idem debitum*) e l'unità dell'atto da cui il vincolo deriva (c.d. *unitas actus*): fin dall'origine gli elementi di unità e pluralità appaiono ricorrenti e caratterizzanti tale figura giuridica.

Il requisito dell'*idem debitum* postula che i condebitori siano tenuti ad adempiere una medesima e unica prestazione nei confronti del comune creditore. Peraltro, già in diritto romano questo elemento non escludeva che alcuni debitori fossero obbligati – o alcuni creditori legittimati – sotto condizione o termine ed altri no, ovvero che potesse variare, per alcuni, il *locus solutionis* dell'obbligazione, introducendo così, in una certa misura, elementi di differenziazione, e per così dire di “pluralità”, all'interno della stessa obbligazione⁴¹.

La ricorrenza di questo requisito è attestata nella formula diretta a costituire la solidarietà per stipulazione: con essa il co-obbligato si impegnava infatti ad adempiere la medesima prestazione identificata dall'aggettivo *idem*, promettendo a sua volta di eseguirla⁴².

³⁹ Cfr. in particolare G. SACCONI, *Studi sulle obbligazioni solidali da contratto in diritto romano*, Milano, 1973, p. 1 ss. Si veda inoltre A. GUARINO, *op. cit.*, p. 815. Storicamente la solidarietà contrattuale trovò la sua prima applicazione nel campo della stipulazione ed anche quando essa si estese ad altri contratti tale ambito rimase sempre il più interessante e il più ricco. In argomento cfr. E. ALBERTARIO, *Corso di diritto romano, Le obbligazioni solidali*, cit., p. 47. In questa sede si dovrà necessariamente concentrare l'indagine unicamente su tale tipo contrattuale. Per approfondimenti circa la configurabilità di obbligazioni solidali nascenti da altri tipi contrattuali si vedano, in particolare, l'analisi svolta sul punto da G. SACCONI, *op. ult. cit.*, pp. 51 ss. e 107 ss. e la ricerca storica svolta da G. DE SEMO, *op. cit.*, p. 76. Cfr. poi anche M. MARRONE, *op. cit.*, p. 292. Al di là dell'ambito contrattuale la solidarietà poteva sorgere altresì da testamento: cfr. E. ALBERTARIO, *op. ult. cit.*, p. 59. Evidenzia la centralità della *stipulatio* nello sviluppo della solidarietà anche G.G. ARCHI, *Sul concetto di obbligazione solidale*, in *Conferenze romanistiche a ricordo di G. Castelli*, Milano, 1940.

⁴⁰ Cfr. S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, II, Firenze, 1908, p. 100 ss.

⁴¹ In argomento G. DE SEMO, *op. cit.*, p. 7 ss. Per questa via sembra ammettersi la possibilità di una solidarietà diseguale, in cui i condebitori sono tenuti a prestazioni (parzialmente) diverse da loro. Si noti però che, ad avviso di questa stessa dottrina, per aversi solidarietà è comunque necessario che tutti i condebitori siano tenuti in via principale. Una graduazione tra debitori non sarebbe quindi compatibile con la solidarietà, in senso proprio, ma darebbe origine al fenomeno della accessorietà. Sul punto si rinvia però sin d'ora alle osservazioni che saranno svolte nel par. 6 del successivo capitolo II ove verrà affrontato compiutamente il tema della compatibilità della sussidiarietà con la regola di solidarietà.

⁴² Cfr. Inst. 3,16, pr. ove viene fornito un esempio di tale solidarietà nascente dalla *sponsio*: “*Maevi, quinque aureos dare spondes? Sei, eosdem, quinque aureos dare spondes?*” e D. 45.3.29 (Paulus) che riporta un caso analogo: “*Decem illi domino, eadem decem alteri dare spondes?*”. Sul punto si rinvia a E. ALBERTARIO, *Corso di diritto romano, Le obbligazioni solidali*, cit., p. 33. Con riferimento

L'ulteriore requisito dell'unità dell'atto, fonte dell'obbligazione dei condebitori, era necessario in particolare per la solidarietà contrattuale, ancorché esistessero alcune deroghe al principio già nel diritto classico, ma soprattutto nel diritto giustiniano⁴³. Per questa ragione, anche la forma e la sequenza delle promesse dei singoli obbligati che si realizzava attraverso la *stipulatio* era strutturata al fine di evitare la conclusione di stipulazioni separate e di costruire invece, con un solo dialogo, un'unica stipulazione con identica prestazione integrale che poteva essere richiesta poi a ciascuno dei promittenti⁴⁴. Così si poteva avere stipulazione correa dal lato passivo quando il *reus stipulandi* rivolgeva la propria interrogazione a più *rei promittendi* e questi rispondevano successivamente in coro o quantomeno immediatamente dopo le interrogazioni del creditore. Al contrario, si aveva stipulazione correa dal lato attivo quando più *rei stipulandi* interrogavano il *reus promittendi* e questi rispondeva simultaneamente alla domanda di tutti⁴⁵.

Nel diritto giustiniano il requisito della *unitas actus* tende a perdere gran parte della sua originaria importanza, fino a non essere più necessario per la costituzione della solidarietà⁴⁶. Così progressivamente la rigida sequenza di interro-

ai rapporti di garanzia si veda in particolare G. SCHERILLO, *op. cit.*, p. 96.

⁴³ Cfr. E. ALBERTARIO, *op. ult. cit.*, p. 36 ss. che evidenzia come, nel diritto classico, per la costituzione della solidarietà contrattuale a carico di più debitori, egualmente principali, l'unità dell'atto fosse sempre necessaria. Faceva però eccezione alla regola la figura della fideiussione in cui tale unità non era necessaria perché il garante restava solidalmente obbligato pur prestando la propria garanzia con atto separato e anche posteriore al negozio dal quale era sorta l'obbligazione del debitore.

⁴⁴ Sul punto si rinvia nuovamente ad E. ALBERTARIO, *op. ult. cit.*, p. 38 ss. Così per la solidarietà passiva "dovevano pur precedere le interrogazioni dell'unico creditore ai singoli debitori e soltanto dopo l'ultima interrogazione i debitori rispondevano ciascuno *spondeo*, ovvero insieme *spondemus*". Nel diritto classico questi espedienti costituivano una necessità. In mancanza, da due stipulazioni separate, egualmente principali, potevano derivare, a seconda della formulazione della stipulazione posteriore o della sua interpretazione, unicamente il cumulo delle due obbligazioni ovvero la novazione della precedente ad opera della nuova obbligazione. Come precisa ancora l'Autore qui richiamato, in queste ipotesi in nessun caso poteva derivare l'obbligazione solidale. In argomento anche R. MARTINI, *op. cit.*, p. 120 che ricorda come fosse essenziale, per aversi solidarietà passiva, che due o più promittenti rispondessero l'uno dopo l'altro ("prometto") alla medesima domanda rivolta loro dall'unico stipulante.

⁴⁵ G. SACCONI, *Studi sulle obbligazioni solidali da contratto in diritto romano*, cit., pp. 1-2. Sul concetto di correalità cfr. successivo par. 5 del presente capitolo.

⁴⁶ In argomento nuovamente E. ALBERTARIO, *op. ult. cit.*, pp. 38 ss. e 44 ss. È interessante osservare come talora i testi, probabilmente anche per effetto di interpolazioni, ritengano ammissibile l'esistenza di un *modicum intervallum temporis* tra le diverse stipulazioni. Soluzioni di questo tipo sono verosimilmente espressione di quell'empirismo tipico della legislazione giustiniana la quale assai spesso evitava di aderire a soluzioni giuridicamente rigorose quando esse avrebbero potuto determinare conseguenze eccessivamente gravi e pregiudizievoli. Per un approfondimento su questo punto si veda però anche G. SACCONI, *op. ult. cit.*, p. 2 ss. secondo cui, già nella giurisprudenza classica, appare ravvisabile una tendenza ad abbandonare gradualmente il rigido ordine temporale proprio della stipulazione correa, ammettendo che tra le risposte dei *correi* possa intercorrere un

gazioni e promesse da parte del creditore e dei singoli debitori viene parzialmente superata come formalismo non più necessariamente obbligatorio in presenza di una sicura volontà delle parti volta a far sorgere un obbligo solidale⁴⁷.

Ulteriore problematica che si è posta con riferimento all'obbligazione solidale di fonte contrattuale in diritto romano è se la stessa dovesse dare origine ad un unico vincolo ovvero ad una pluralità di legami raggruppati in modo da formare un fascio di rapporti.

La questione non ha per vero trovato soluzioni univoche e si è tramandata fino in tempi assai recenti, salvo però, come si vedrà, perdere gran parte della sua importanza pratica nell'ordinamento giuridico attuale alla luce della complessiva – e tendenzialmente esaustiva – regolamentazione che la solidarietà ha conosciuto⁴⁸.

Da ultimo è opportuno precisare, per completezza, che la *sponsio* poteva esse-

lasso di tempo più o meno lungo. Con l'evoluzione del sistema giuridico, diviene infatti sempre più dirimente la considerazione della effettiva volontà delle parti espressa nel contratto.

⁴⁷ In questo senso, in epoca giustiniana, non fu più necessario per costituire una obbligazione solidale passiva da stipulazione che la risposta in coro o le risposte dei singoli debitori venissero pronunciate immediatamente dopo le interrogazioni del creditore. Al contrario si considerò parimenti ammissibile, a questo fine, che le varie risposte venissero date *ex intervallo* separatamente a ciascuna domanda, senza timore che la seconda stipulazione determinasse una novazione della precedente, dato che per determinare questo effetto sarebbe stata altresì richiesta l'esistenza di un *animus novandi*. Questo ulteriore elemento venne però richiesto soltanto da una apposita costituzione di Giustiniano (C. 8, 41 [42], 8). Diversamente, in epoca classica, una sequenza di interrogazioni e risposte siffatta, caratterizzata quindi dalla promessa *ex intervallo* di ciascun debitore separatamente a ciascuna interrogazione piuttosto che tutti in coro o quantomeno tutti di seguito al termine di tutte le interrogazioni, avrebbe al contrario determinato automaticamente un effetto novativo e non solidale. Sul punto si rinvia ancora ad E. ALBERTARIO, *Corso di diritto romano, Le obbligazioni solidali*, cit., pp. 42 e 44 e a G. SACCONI, *Studi sulle obbligazioni solidali da contratto in diritto romano*, cit., p. 4.

⁴⁸ Circa l'esistenza di una unità o pluralità di vincoli nella solidarietà contrattuale in diritto romano si richiama in particolare la puntuale analisi di M.E. LUCIFREDI PETERLONGO, *Intorno all'unità o pluralità di vincoli nella solidarietà contrattuale, Spunti ricostruttivi esegetico-dogmatici*, Milano, 1941, pp. 1 ss., 55 ss. e 75 ss. In tema anche G. DE SEMO, *op. cit.*, p. 52 ss. che da un lato evidenzia come le fonti romane non offrano un decisivo argomento in favore dell'una o dell'altra teoria, ma al contempo ritiene più logica e ragionevole la tesi della pluralità. L'unicità della prestazione dovuta non varrebbe, infatti, ad escludere la molteplicità di obbligazioni gravanti sui singoli condebitori che verrebbero così a raggrupparsi in un fascio. A conferma di questo argomento l'Autore richiama significativamente la regola, già vigente in diritto romano e da esso tramandata alle moderne legislazioni, secondo cui ogni soggetto dell'obbligazione poteva essere tenuto in modo diverso dagli altri nei confronti del creditore, ad esempio mediante un vincolo sottoposto a condizione e a termine. Come si è accennato nel testo, la disputa circa la unicità o pluralità di rapporti si è mantenuta viva anche nel diritto intermedio per prolungarsi fino al diritto moderno (cfr. *infra*, par. 3 e 4 del capitolo II) essendo ancora ben viva sotto il vigore del codice civile italiano del 1865. Come si vedrà, però, a seguito dell'introduzione del nuovo codice civile italiano del 1942, la questione ha perso gran parte della sua importanza dal momento che tale nuova normativa ha regolato in modo espresso molteplici aspetti delle obbligazioni solidali rendendo così superflua la necessità di definire in modo indefettibile la loro struttura, che si presenta quindi multiforme e sfaccettata.

re utilizzata anche per la costituzione di una garanzia personale che si poneva su un piano diverso rispetto a quello della comune obbligazione solidale. L'interrogazione dello stipulante poteva essere rivolta ad una o più persone le quali, l'una dopo l'altra rispondevano facendo nascere, accanto alla prima *sponsio*, una o più garanzie assunte con le altre *sponsiones* pronunciate dopo la prima ⁴⁹.

Anche nella *stipulatio* si potevano avere, già in epoca risalente, parti accessorie, sia dal lato attivo che passivo, mediante le figure dell'*adstipulatio* e dell'*adpromissio*. In particolare, quest'ultima era una stipulazione accessoria che svolgeva la funzione di garanzia personale dell'obbligazione. Al promittente potevano così affiancarsi uno o più *adpromissores* che si impegnavano ad adempiere quanto già promesso allo stesso stipulante da altro promittente ⁵⁰.

Ulteriori forme di garanzia erano poi la *fidepromissio* e la *fideiussio* che pure rimanevano riconducibili al *genus* della *stipulatio* ⁵¹.

In questa sede ci si limita a evidenziare che il tratto comune alle varie tipologie di stipulazioni di garanzia era che con esse si costituiva il regime della solidarietà passiva. Tuttavia la posizione dei garanti era diversa da quella dei comuni debitori presentando il carattere dell'accessorietà ⁵².

⁴⁹ Cfr. L. FASCIONE, *op. cit.*, p. 136.

⁵⁰ In tema cfr. M. TALAMANCA, *Elementi di diritto privato romano*, cit., p. 293 ss. a cui si rinvia per un approfondimento circa la portata di queste figure e la disciplina della diversa fattispecie della *fideiussio*.

⁵¹ Per un approfondimento sui tratti caratteristici di queste diverse fattispecie si vedano P. ZILLOTTO, *Studi sulle obbligazioni alternative nel diritto romano*, Padova, 2004, p. 247 ss. e G. SACCONI, *Studi sulle obbligazioni solidali da contratto in diritto romano*, cit., p. 10 ss.

⁵² Con riferimento al tema dell'accessorietà si veda in particolare ancora P. ZILLOTTO, *op. cit.*, p. 242 ss. Si rinvia inoltre a G. SCHERILLO, *op. cit.*, pp. 90 ss. e 95 ss. Con riferimento ai rapporti tra l'obbligazione solidale derivante dalla stipulazione correa e l'obbligazione solidale derivante dalla stipulazione di garanzia si veda in particolare l'ulteriore analisi svolta sul punto da G. SACCONI, *op. ult. cit.*, p. 107 ss. In proposito va segnalato che parte della dottrina, ormai risalente, ha in origine operato una distinzione tra la figura del condebitore, per così dire ordinario, e quella del fideiussore. Entrambi sarebbero tenuti a prestare un *idem debitum*, tuttavia quello dovuto dal fideiussore sarebbe "un *idem* pur sempre accessorio". In questo senso, in particolare, G. DE SEMO, *op. cit.*, pp. 9 ss., 20 ss. e 47 ss. ove ancor più chiaramente si sostiene che "fra solidarietà e fideiussione ordinaria esistono divergenze così essenziali" che "il dichiarare le regole di solidarietà modificate in tema di fideiussione [...] non corrisponde né a logica di ragionamento, né a rigor di sistema". D'altra parte lo stesso Autore, pur riconoscendo tale distinzione, giunge da ultimo a ritenere che "identità di fondamentali effetti, ed anche affinità grande di sostrato economico, persuadono a collegare insieme entrambi gli istituti", cfr. p. 74. Infatti egli prosegue evidenziando come "all'epoca delle XII Tavole, solidarietà e fideiussione non fossero istituti sicuramente separati: ne fu causa il formalismo primitivo perché la *sponsio*, la quale rappresentava la formula obbligatoria tanto del condebitore solidale, quanto del fideiussore, non consentiva, per il tenore suo, di distinguere la solidarietà dalla fideiussione". In epoca classica tuttavia gli istituti si differenziano, almeno parzialmente, per taluni effetti: su questo si veda ancora G. DE SEMO, *op. cit.*, pp. 99-100 e per un riferimento al diritto moderno anche p. 245 ss. Inizialmente non erano previsti né il *beneficium excussionis* né il *beneficium divisionis*, su cui *infra*, nel testo. Tuttavia l'asprezza della condizione dei fi-

Chiariti tali elementi, va precisato che la dottrina si è interrogata circa la prevalenza in diritto romano della regola di solidarietà o di parziarietà nella obbligazione con pluralità di soggetti⁵³. Si è posto così il tema di determinare se, in tale sistema giuridico, il vincolo solidale sorgesse *ipso iure* per il fatto che più soggetti partecipassero allo stesso negozio obbligatorio, ovvero rappresentasse una eccezione che richiedeva l'accordo espresso dei contraenti o una specifica previsione di legge⁵⁴.

Secondo l'opinione maggioritaria la solidarietà doveva costituire l'eccezione mentre la parziarietà la regola: essa non avrebbe potuto essere presunta, ma al contrario doveva essere espressamente dichiarata⁵⁵.

Contro questa ricostruzione, per vero, sono stati mossi alcuni rilievi critici. In particolare si è osservato che la parziarietà risulta frequentemente stabilita da singole disposizioni positive sicché essa sembrerebbe costituire regime di eccezione piuttosto che regola generale⁵⁶.

È però importante evidenziare che, in epoca classica, le obbligazioni soggettivamente complesse nascenti dalla *stipulatio*, che costituiva una forma contrattuale assai diffusa rappresentando il fulcro del sistema contrattuale romano, presentavano necessariamente il carattere della solidarietà. Questa configurazione non dipendeva tanto da una presunzione o da una prevalenza della regola di solidarietà, bensì dalla modalità di funzionamento del meccanismo della stipulazione che prevedeva una rigida sequenza tra le interrogazioni e le risposte dei singoli soggetti coinvolti. Esso, infatti, poteva dare origine soltanto, e a seconda dei casi, ad una obbligazione soggettivamente complessa di natura solidale ovvero ad una obbligazione semplice tra il credi-

deiussoi, i quali erano per lo più equiparati ai correi, andò progressivamente attenuandosi. Interessanti osservazioni sulle ipotesi di compresenza di debitori e garanti anche in L. PARENTI, *op. cit.*, pp. 165 ss., 289 ss., 313-315 ss., 325-327, il quale significativamente conclude che anche a voler utilizzare il termine di "solidarietà accessoria", "non bisogna ritenere che esse fosse una forma di solidarietà impropria o anomala", riprendendo in merito la posizione di G.G. ARCHI, *Sul concetto di obbligazione solidale*, cit., p. 262 ss. Per ulteriori approfondimenti e considerazioni circa la compatibilità tra sussidiarietà e solidarietà nel diritto attuale si rinvia nuovamente al par. 6 del successivo capitolo II.

⁵³ Sul punto E. ALBERTARIO, *Corso di diritto romano, Le obbligazioni solidali*, cit., p. 61 ss.

⁵⁴ In argomento cfr. G. DE SEMO, *op. cit.*, p. 79 ss.

⁵⁵ Cfr. ancora G. DE SEMO, *op. cit.*, p. 79 ss. L'Autore richiama il principio, stabilito nelle XII Tavole secondo cui "*nomina sunt ipso iure divisa*". La regola, fissata per il diritto ereditario, venne poi estesa anche al campo delle obbligazioni. Egli evidenzia poi come, pp. 83-84, "la prevalentissima dottrina accolga il concetto, che in diritto romano, di regola, non si presumesse la solidarietà: occorre che libera volontà delle parti (o la disposizione della legge), si fosse fissata in questa direzione del tutto speciale". In questo senso anche F. SERAFINI, *Istituzioni di diritto romano comparato al diritto civile patrio*, Firenze, 1897, p. 44.

⁵⁶ In questo senso principalmente P. BONFANTE, *Commentario alle Pandette del Gluck, traduzione italiana*, Libri XIV-XV, Milano, 1907, p. 13 ss. Sul punto si veda anche E. ALBERTARIO, *Corso di diritto romano, Le obbligazioni solidali*, cit., p. 61 ss.

tore e l'ultimo dei debitori promettenti sostitutiva e novativa di quella precedentemente sorta⁵⁷.

In tal senso si è osservato altresì come nella stessa formula della stipulazione, da cui derivava la correalità, fosse ravvisabile una implicita volontà delle parti diretta alla creazione di un vincolo di natura solidale: ciò dipendeva dal già richiamato uso dell'aggettivo *idem* per cui il primo debitore prometteva una certa prestazione ed il secondo si impegnava ad adempiere proprio la medesima prestazione⁵⁸.

Nel diritto classico la parziarietà era quindi la regola nel campo dei contratti⁵⁹ eccetto che nella figura della stipulazione, la quale non poteva quindi originare una obbligazione parziaria. Si trattava peraltro di una eccezione veramente notevole (quantomeno per frequenza di applicazione)⁶⁰, quasi idonea a ribaltare il principio della prevalenza della parziarietà, dal momento che la diffusione di tale figura contrattuale rendeva innumerevoli le situazioni in cui poteva originarsi un vincolo solidale. Questo regime subì però una importante trasformazione nel diritto giustiniano, in cui si sviluppò una sempre più radicata tendenza a far prevalere la parziarietà sulla solidarietà, fino a far divenire la prima regola generale di tutto il sistema giuridico e la seconda semplice eccezione.

Tale evoluzione riguardò anche la *stipulatio*. Fu così introdotta una duplice innovazione: da un lato lo scritto che attestava la conclusione della stipulazione si trasformò da semplice mezzo probatorio ad elemento costitutivo del negozio⁶¹;

⁵⁷ Cfr. ancora E. ALBERTARIO, *op. ult. cit.*, p. 63 ss. Si vedano però le osservazioni di G.G. ARCHI, *La funzione del rapporto obbligatorio solidale*, in *Studia et documenta historiae et iuris*, 8, 1942, p. 197 ss.

⁵⁸ G. DE SEMO, *op. cit.*, p. 81 riferisce la sequenza utilizzata per far sorgere l'obbligazione solidale dal lato passivo: "il creditore domanda ai due debitori, Sempronio e Mevio: "*Semproni decem dare spondes? Maevi eosdem decem dare spondes?*" E i condebitori, uno dopo l'altro o insieme, rispondono "*spondeo*" o "*spondemus*".

⁵⁹ Si fa riferimento, a titolo di esempio, a compravendita, locazione e deposito: sul punto E. ALBERTARIO, *op. ult. cit.*, p. 64 ss.

⁶⁰ In merito si vedano le conclusioni di L. PARENTI, *op. cit.*, anticipate a p. 72 e più ampiamente p. 541 ss., nel senso di ritenere che "proprio quello della solidarietà [...] sia stato inizialmente il regime predominante, se non esclusivo, in caso di pluralità di *obligati*" senza neppure la possibilità di esigere la preventiva escussione. Si noti che l'Autore, attraverso l'analisi di molteplici testi e reperti, giunge a mettere in discussione (anche al di là dell'ipotesi della *stipulatio*) l'assunto tradizionale che "marginalizza la solidarietà a mera eccezione". Ad avviso dell'Autore, p. 548, "dall'analisi delle fonti [...] è apparso evidente come i giuristi, per l'individuazione del regime da applicare, tenevano conto della fattispecie, e in particolar modo della situazione giuridica posta alla base dell'obbligazione o che si veniva a creare". Al contempo, p. 550, "il regime della solidarietà era sentito, soprattutto in alcuni casi, come particolarmente oneroso". Ad avviso dell'Autore, "in conclusione, la solidarietà, da regime predominante, se non esclusivo, subì nel corso del tempo una notevole restrizione a favore della parziarietà, senza però che quest'ultima divenisse la regola".

⁶¹ Va detto, infatti, che pur essendo la *stipulatio* un contratto verbale, nel tempo si diffuse l'uso di accompagnarla alla redazione di un documento scritto, detto *instrumentum*, avente finalità probatorie. Progressivamente questo scritto assunse sempre maggiore importanza: così le parti finirono per rinviare

dall'altro all'obbligazione che da essa si originava fu riconosciuto in ogni caso carattere parziario, e ciò a prescindere dalla sequenza delle interrogazioni e delle risposte dei diversi contraenti, a meno che dal documento stesso risultasse espressamente che i debitori avessero inteso obbligarsi *in solidum*.

Dal regime della parziarietà esclusa si passa così alla parziarietà sempre presunta e la solidarietà viene fatta dipendere dalla intenzione delle parti anziché dal modo con cui la stipulazione era stata compiuta⁶².

L'orientamento favorevole alla parziarietà, affermatosi in modo pieno e definitivo in un'epoca, come quella giustiniana, in cui – come è stato fatto notare – “la pietà per il debitore prevaleva sugli interessi del credito e del commercio”⁶³, si è poi consolidato e tramandato nel tempo, conservandosi in epoca medioevale sotto forma di diritto romano comune.

ad esso nel momento in cui pronunciavano le parole richieste per la nascita dell'obbligazione. Si osserva che la *stipulatio* richiedeva sempre la compresenza di tutte le parti contrattuali per la sua conclusione. Correlativamente, tra domanda e risposta non si ammetteva che potesse intercorrere un intervallo temporale se non ragionevolmente breve: si esigeva, infatti, la c.d. *unitas actus*. Sul punto V. MANNINO, *op. cit.*, p. 379. In relazione all'evoluzione della prassi appena descritta nel testo si vedano in particolare M. TALAMANCA, *Elementi di diritto privato romano*, cit., p. 266 e M. MARRONE, *op. cit.*, p. 244. Parallelamente si affermò la tendenza a dare minore valore all'aspetto formale e solenne del contratto e ad esaltare invece l'effettiva volontà delle parti, alla ricerca del concreto assetto di interessi da esse perseguito. Cfr. ancora V. MANNINO, *op. loc. ult. cit.* Su questa linea di evoluzione si segnala una costituzione voluta nel 472 dall'imperatore Leone (C. 8.37.10) in forza della quale si riconobbe la validità della *stipulatio* qualunque fosse stata la formula utilizzata dalle parti: “*Omnes stipulationes [...] quibuscumque verbis pro consensu contrahentium compositae sunt [...] suam habeant firmitatem*”. Nel diritto giustiniano venne inoltre riconosciuto valore costitutivo e non più soltanto probatorio al documento scritto che accompagnava la *stipulatio*. Anzi, secondo alcune testimonianze delle fonti, sembra addirittura che al tempo di Giustiniano la *stipulatio* potesse direttamente concludersi con il ricorso alla redazione di un documento e quindi non più in forma orale. Questo passaggio è considerato come una tappa decisiva della “degenerazione” della *stipulatio* nel periodo postclassico. Così la *stipulatio* diviene “un *instrumentum*, cioè un contratto in cui è prevista *ad substantiam* la forma scritta e deve ricorrere, come ulteriore requisito formale, la contemporanea *praesentia* delle parti nel momento in cui il documento viene redatto”. In questi termini M. TALAMANCA, *op. ult. cit.*, pp. 288-289. In argomento cfr. infine F. SCHUPFER, *Il diritto delle obbligazioni in Italia nell'età del risorgimento*, Torino, 1920, p. 96 ss. che esamina la tendenza post-classica alla sostituzione delle parole ad opera della scrittura e alla progressiva perdita del carattere astratto della contrattazione, la quale tende sempre più a rivelare nello scritto la propria causa.

⁶² Così ancora E. ALBERTARIO, *op. ult. cit.*, pp. 43 e 67 ss. il quale evidenzia questa tendenza giustiniana ad affermare la regola della parziarietà nelle obbligazioni soggettivamente complesse con riferimento, in particolare, a quelle nascenti dai contratti di deposito, comodato e in materia di tutela.

⁶³ L'osservazione è di E. ALBERTARIO, *Corso di diritto romano, Le obbligazioni solidali*, cit., p. 72. In argomento si veda anche G. DE SEMO, *op. cit.*, p. 223. Sul punto cfr. inoltre il par. 6 del presente capitolo ove viene evidenziato l'effetto che questa progressiva affermazione del *favor debitoris* ha provocato sul diverso tema del diritto di regresso. In merito si vedano però le considerazioni di L. PARENTI, *op. cit.*, p. 544 ss., cui si rinvia per approfondimenti, per cui il progressivo passaggio da una responsabilità per l'intero debito a una *pro quota* fu motivato altresì da “esigenze molto più materialistiche da salvaguardare: militari e, soprattutto, economiche”.

Come si vedrà, la prevalenza della regola della parziarietà è rimasta salda, anche nel sistema giuridico italiano, fino al secolo scorso: a questo proposito è sufficiente richiamare l'art. 1188 del codice civile italiano del 1865 che fissava il regime di parziarietà per le obbligazioni plurisoggettive civili, salvo espressa deroga.

Tuttavia nel diritto commerciale, sotto la pressione delle esigenze degli affari che richiedevano una più forte garanzia del credito e attraverso la reiterata prassi dei mercanti di escludere l'applicazione della parziarietà mediante una clausola espressa inserita nel contratto, la solidarietà mantenne nel tempo ampi spazi di applicazione.

Ciò è tanto vero che, anche nel sistema giuridico italiano, nei rapporti commerciali, in presenza di una pluralità di debitori, vigeva la presunzione della solidarietà, stabilita dall'art. 40 del codice di commercio del 1882, che sul punto dettava una regola opposta a quella del codice civile.

Come si vedrà, l'esito di questa evoluzione è stata la generalizzazione della solidarietà nel sistema giuridico italiano oggi vigente. Con l'entrata in vigore del codice civile del 1942 e l'unificazione dei rapporti civili e commerciali, la regola tradizionalmente commerciale della solidarietà è divenuta principio applicabile a tutti i rapporti tra privati e forma ordinaria dell'obbligazione soggettivamente complessa. L'art. 1294 c.c. stabilisce infatti che i condebitori siano sempre tenuti tra loro in solido qualora dalla legge o dal titolo non risulti diversamente⁶⁴.

4. *Commercio e tutela del creditore: significative applicazioni della solidarietà ai rapporti contrattuali di mercanti e commercianti*

La tendenza a far prevalere la parziarietà in luogo della solidarietà, progressivamente affermata fino a consolidarsi in epoca giustiniana, ha conosciuto alcune importanti eccezioni. È significativo segnalare questi casi perché essi attengono a rapporti che oggi qualificheremmo come commerciali, testimoniando che in questo settore del sistema la solidarietà ha sempre svolto un ruolo particolare in quanto più rispondente alle esigenze dei traffici e dell'economia.

A questo proposito va tuttavia precisato che la distinzione tra diritto civile e diritto commerciale, intesa in termini moderni, era ignota ai giuristi romani. In tale ordinamento non esistevano infatti due sistemi completi e paralleli che disciplinassero in via separata questi due rami del diritto privato⁶⁵. Tuttavia nell'ordi-

⁶⁴ E. ALBERTARIO, *op. ult. cit.*, pp. 72-73. Questa nuova espansione della regola di solidarietà è posta in relazione allo sviluppo della vita economica moderna, quale è stata determinata dal sorgere della grande industria. Sul punto si rinvia in particolare al precedente par. 1 e ai successivi par. 14 e 15 del presente capitolo.

⁶⁵ C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, vol. I, *I commercianti*, Milano, 1911, p. 2. In questo