

CAPITOLO 16
LE MODIFICAZIONI DEL RAPPORTO OBBLIGATORIO DAL LATO PASSIVO:
LA CIRCOLAZIONE DEL DEBITO

1. I modelli di circolazione del debito

Nelle codificazioni moderne, in relazione alle modificazioni del rapporto obbligatorio, si registra la contrapposizione tra due modelli.

Il primo è quello ispirato al diritto romano ed è contrario in linea di principio ad ammettere la circolazione del rapporto obbligatorio. La circolazione del debito si realizza attraverso la novazione della obbligazione, con la sostituzione della prima obbligazione con altra che vede come protagonista un nuovo debitore.

Il secondo modello è quello inaugurato dal codice civile tedesco ed è orientato ad ammettere la circolazione del debito senza la novazione dell'obbligazione.

Il codice civile del 1865, sul punto, si era ispirato all'allora dominante modello offerto dal code Napoléon. Nel sistema accolto dal code civil, il primato assegnato al 'rapporto obbligatorio' di natura personale che intercorre tra debitore e creditore ha inciso in maniera significativa sulle scelte relative alla disciplina sia della cessione del credito, sia della circolazione del debito.

Il codice francese ha collocato la soluzione relativa alla circolazione del credito nel quadro della disciplina sulla vendita e ha previsto che la cessione del credito assume efficacia anche per i terzi, e non solo per le parti contraenti, soltanto se essa viene formalmente notificata al debitore ceduto ovvero quest'ultimo l'accetta mediante un atto autentificato.

Quanto alla cessione del debito, il medesimo codice, sulla scia della tradizione romanistica, ha manifestato una evidente contrarietà in linea di principio alla sua ammissione sul presupposto che il mutamento del debitore comporta necessariamente un mutamento dell'obbligazione. Di qui l'esclusiva rilevanza assegnata alla novazione.

L'attuazione pratica della sostituzione del debitore è rimasta così affidata alla sola disciplina della novazione, nel senso che la presenza di un nuovo debitore, mediante la sostituzione di quello originario, resta pur sempre legata alla costituzione di un nuovo rapporto obbligatorio con l'estinzione del precedente e la conseguente liberazione del primo debitore.

In altri termini, nell'esperienza d'oltralpe, il sistema codicistico prevede che, in linea generale, per cambiare il debitore deve cambiarsi sempre il debito. Non è un caso, d'altro canto, che la delegazione risulti menzionata nel code civil pur sempre nell'ambito della disciplina della novazione: la delegazione dà vita ad una 'novazione imperfetta' nel caso in cui non si determini la liberazione del debitore originario. In definitiva, l'assegnazione al creditore, mediante la delega, di un nuovo debitore che si impegna verso il primo non produce la novazione se il creditore non dichiara espressamente di liberare l'originario debitore.

Nel quadro dello scenario nuovo emerso alla fine dell'Ottocento, in connessione con l'elaborazione del codice tedesco, in particolare con l'avvento di un indirizzo dottrinale favorevole ad ammettere la circolazione del debito e delle stesse posizioni contrattuali, il codice del 1942, introducendo le figure della delegazione, dell'espromissione e dell'accollo, si è preoccupato di individuare alcuni dati strutturali dei processi modificativi del rapporto obbligatorio,

nella specie quelli soggetti *a latere debitoris*, elaborando figure, destinatarie di talune regole comuni (artt. 1275 e 1276), poste al di fuori definitivamente della novazione.

Nel disciplinare la delegazione, l'espromissione e l'accollo come strumenti di circolazione del debito il legislatore ha volutamente lasciato sullo sfondo l'individuazione delle 'fattispecie negoziali' o meglio dei negozi cui collegare il verificarsi appunto degli effetti modificativi del rapporto obbligatorio.

In altri termini, il codice civile si è preoccupato di individuare soltanto 'fattispecie effettuali' e non fattispecie negoziali di circolazione del debito.

Analogamente a quanto avviene per la cessione del credito e del contratto, anche nel caso della delegazione, dell'espromissione e dell'accollo il codice civile si è concentrato sulla 'meccanica' mediante la quale si realizzano gli effetti, piuttosto che sulla diretta disciplina di specifici atti negoziali che ne sarebbero normalmente all'origine con una specifica identità causale.

La scelta adottata dal legislatore di puntare più su 'fattispecie effettuali' che su specifiche rigide fattispecie negoziali costituisce la più adeguata ad assicurare la massima funzionalità alle vicende circolatorie del debito in relazione alla varietà delle situazioni concrete che possono emergere nella prassi e agli interessi in gioco.

2. La successione nel debito, la circolazione del debito e la cessione del debito

La circolazione del debito è una successione nel debito: essa rientra nella più generale nozione di successione nelle posizioni giuridiche, e designa il subingresso di un nuovo obbligato nella posizione debitoria dell'obbligato originario.

La stessa vicenda può essere indicata come successione o come trasferimento del debito secondo che sia vista sotto il profilo del soggetto (il debitore che succede) o dell'oggetto (il debito che si trasferisce).

Successione, trasferimento e circolazione del debito sono pertanto nozioni equivalenti.

La successione nel debito può essere sostitutiva o cumulativa.

La successione è sostitutiva quando il debitore originario è sostituito dal nuovo debitore, che rimane unico obbligato verso il creditore.

La successione è cumulativa quando il terzo subentra nel debito senza che l'obbligato originario venga liberato. In tal caso la precedente posizione obbligatoria si estende al nuovo debitore, dando luogo ad una pluralità di obbligazioni solidali.

La successione nel debito può poi essere a titolo universale o a titolo particolare.

La successione nel debito è a titolo universale quando il nuovo debitore subentra per intero o per quota nella generalità dei rapporti del debitore originario. La successione nel debito a titolo universale si riscontra nella successione ereditaria a causa di morte, la quale comporta la trasmissione dei debiti del defunto agli eredi in proporzione delle loro quote.

La successione è a titolo particolare quando il nuovo debitore succede in base ad un titolo negoziale o legale che ha per oggetto specifici rapporti obbligatori (Bianca).

La successione nel debito a titolo particolare prende il nome di cessione del debito. La cessione del debito si configura quando il nuovo debitore assume

nei confronti del creditore l'obbligazione dell'originario obbligato: quando cioè l'obbligazione del nuovo debitore si identifica oggettivamente in quella originaria in base al suo contenuto principale e in base alla sua fonte. La cessione designa sia la vicenda traslativa del debito sia l'atto produttivo di tale vicenda.

La possibilità di cedere negozialmente il debito si desume dai seguenti rilievi. Non vi sono preclusioni di ordine concettuale alla trasferibilità del debito da un soggetto ad un altro. Il debito è infatti una posizione giuridica oggettivamente identificata in base al contenuto e alla fonte, ed essa è quindi suscettibile di permanere giuridicamente nella sua identità pur se muta la persona del debitore.

Il mutamento della persona del debitore cambia la garanzia patrimoniale del creditore poiché il nuovo debitore risponde con il suo patrimonio, che può essere di entità minore o maggiore rispetto al patrimonio del debitore originario. Si spiega, quindi, perché sia necessario il consenso del creditore.

Oltre che nella cessione del contratto, il trasferimento negoziale del debito può essere oggetto dei negozi di delegazione, espromissione e acollo.

3. La novazione soggettiva passiva

Il codice prevede la delegazione, l'espromissione e l'acollo come negozi mediante i quali un debitore può essere sostituito con un nuovo debitore. Anche la novazione soggettiva, di cui parla la rubrica dell'art. 1235, riguarda l'ipotesi in cui un nuovo debitore è sostituito a quello originario che viene liberato. La novazione soggettiva passiva non è però disciplinata espressamente nel codice civile: essa è concepita dal legislatore come uno dei possibili effetti della delegazione, dell'espromissione o dell'acollo, con liberazione del debitore originario: l'art. 1235 c.c., infatti, rinvia alla disciplina di queste figure. La novazione soggettiva passiva, quindi, non è considerata come un istituto autonomo, ma come l'effetto che discende da istituti che realizzano una modificazione del rapporto obbligatorio dal lato passivo.

Del resto, riferendosi soltanto all'ipotesi in cui «un nuovo debitore è sostituito a quello originario che viene liberato», l'art. 1235 c.c., nel suo contenuto, allude più ad un effetto successorio (sostituzione di un soggetto ad un altro) che ad una novazione (sostituzione di un rapporto con un altro).

Questa impostazione dell'istituto della novazione soggettiva passiva è la conferma che per il legislatore del 1942 le modificazioni soggettive del rapporto obbligatorio non hanno la stessa incidenza di quelle oggettive: e infatti solo la modifica del contenuto (l'oggetto) dell'obbligazione o del titolo, che ne costituisce la fonte, giustifica l'estinzione dell'obbligazione originaria (novazione oggettiva).

Il rinvio dell'art. 1235 alle norme sulla delegazione, sull'espromissione e sull'acollo in caso di sostituzione di un nuovo debitore a quello originario, che viene liberato, ha un'ulteriore valenza a livello di sistema.

Poiché la sostituzione di un nuovo debitore a quello originario non dà luogo necessariamente a un effetto di tipo novativo, l'art. 1235 è la riprova che il legislatore del 1942 ha inteso privilegiare la continuità del rapporto obbligatorio rispetto ai fenomeni di tipo novativo. Infatti, l'effetto tipico della delegazione, dell'espromissione o dell'acollo è quello cumulativo che comporta l'aggiunta di un nuovo debitore a quello originario, cioè dà luogo a un'ipotesi di obbligazione solidale passiva che vale a rafforzare il vincolo obbligatorio.

Ma anche in caso di liberazione del debitore originario la legge tende a svalutare l'importanza dell'effetto novativo. Ne è prova la disciplina delle garanzie annesse al credito originario: la disciplina è unitaria e ciò comporta la perduranza delle garanzie indipendentemente dal fatto che vi sia o meno liberazione del debitore originario.

In definitiva, la distinzione tra successione nel debito e novazione soggettiva passiva ha una valenza più che altro a livello concettuale essendo priva di un'effettiva rilevanza pratica.

Così dunque, d'altra parte, e lo si rileva puntualmente nella Relazione al Re (n. 573), «la novazione si è liberata, nella disciplina del nuovo codice, dalla confusa promiscuità in cui il codice del 1865 ne aveva posto la doppia configurazione obiettiva e subiettiva».

Perciò può ben dirsi che il codice vigente regola autonomamente solo la novazione oggettiva (art. 1230-1234) e non contiene più una particolare disciplina della novazione soggettiva (cfr. Relazione al Re, n. 573 e 584).

4. Gli schemi tipici negoziali di modificazione soggettiva dal lato passivo

Gli schemi tipici negoziali attraverso i quali si realizza la cessione del debito sono la delegazione, l'espromissione e l'accollo.

Il sistema degli art. 1268 ss. c.c. regola la delegazione, l'espromissione e l'accollo: istituti accomunati dall'effetto modificativo del soggetto passivo del rapporto obbligatorio, con acquisto, da parte del creditore, di un nuovo debitore. Il «momento» comune alle tre figure negoziali è l'assunzione del debito altrui, di regola in forma cumulativa, o con liberazione del debitore originario, ma in tal caso è necessario il consenso del creditore. A differenza della modificazione dal lato attivo del rapporto obbligatorio, per la quale non occorre il consenso del debitore, la modificazione del debitore, in ogni caso, non può prescindere dal consenso del creditore. E ciò in quanto, per il creditore, non è indifferente la persona obbligata a eseguire la prestazione, in ragione della maggiore o minore solvibilità e consistenza del suo patrimonio, senza contare che nelle prestazioni di fare, caratterizzate da una tendenziale infungibilità, l'identità e la qualità del debitore costituiscono un elemento essenziale nella prospettiva dell'interesse del creditore.

Il linguaggio legislativo pone chiaramente in luce le interferenze e gli elementi di distinzione delle tre figure.

5. La delegazione nella sistematica del codice civile

Nel codice civile del 1865 la delegazione era disciplinata (tra i modi con cui si estinguono le obbligazioni) come specie di novazione soggettiva, per sostituzione del debitore (delegazione novativa passiva) o del creditore (delegazione novativa attiva), ma era pure ammessa una ipotesi di delegazione che non producesse novazione, quando il debitore originario non veniva liberato (v. art. 1267 nn. 2 e 3 e spec. art. 1271); la dottrina considerava questa seconda ipotesi una delegazione semplice, o «imperfetta», e la contrapponeva alla novativa, reputata la vera, «perfetta» delegazione.

Nel codice vigente, invece, la fisionomia dell'istituto è profondamente mutata: la delegazione ha ricevuto migliore disciplina, più organica, articolata e completa, ma soprattutto ha acquistato una netta autonomia normativa, trovando adeguata collocazione sistematica in altra sede, accanto all'espromis-

sione e all'accollo, figure tutte genericamente definibili quali strumenti di «assunzione dell'obbligo altrui».

I compilatori del codice vigente ebbero modo di considerare l'istituto da un angolo visuale diverso dal solito, senza più alcun riguardo alla novazione. Al fenomeno della cosiddetta «assunzione dell'obbligo altrui» è stata così dedicata una apposita disciplina.

Il legislatore del 1942 ha quindi definitivamente abbandonato la sistematica di tradizione francese e ha mostrato di accostarsi, se non di seguire in tutto, quella adottata nell'ordinamento germanico che ammette la delegazione e non prevede invece la novazione soggettiva.

La disciplina della «assunzione dell'obbligo altrui» è caratterizzata fondamentalmente dal cumulo della responsabilità dell'assuntore (nuovo debitore) e del debitore originario: «effetto naturale» - è stato detto - di ogni fattispecie di assunzione, ma questa regola è derogabile, potendo il cumulo essere escluso per volontà del creditore che liberi il debitore originario.

La delegazione, l'espromissione e l'accollo sono tuttavia strumenti che presentano, per ogni altro aspetto, notevoli e non trascurabili diversità: di struttura e di funzione, essendo ovviamente diversi gli scopi pratici che essi sono diretti a realizzare.

Di quest'ultimo rilievo è opportuno tener conto soprattutto con riguardo alla delegazione, fenomeno di estrema complessità, il quale mostra propri, peculiari caratteri, non rintracciabili nell'espromissione e nell'accollo.

5.1 Nozione e tipologie della delegazione: un quadro unitario di sintesi.

Il fenomeno delegatorio può essere descritto come quell'operazione con la quale un soggetto-delegante (A) fa promettere o soltanto eseguire da un altro soggetto-delegato (B) una prestazione a favore di un terzo soggetto-delegatario (C).

In questa nozione si fa già riferimento alle due specie in cui per legge la delegazione viene a distinguersi: delegazione di debito o promissoria (*delegatio promittendi*), prevista dall'art. 1268 c.c., e delegazione di pagamento o solutoria (*delegatio solvendi*), prevista dall'art. 1269. Nella prima ipotesi, il delegato contrae un'obbligazione in confronto del delegatario; nella seconda, egli si limita semplicemente ad eseguire a suo favore un pagamento.

Il termine «delegazione» può essere inteso in senso stretto, e così designa l'atto con cui il delegante prende l'iniziativa dell'operazione: è la «delega», in altre parole, «l'invito» a promettere o a pagare che il delegante rivolge al terzo delegato, oppure l'«ordine» che sempre a quei fini gli impartisce. Nel linguaggio legislativo, quel termine indica l'atto con cui «il debitore assegna al creditore un nuovo debitore» (nella delegazione di debito, art. 1268, comma 1, c.c.), oppure l'atto con cui il debitore dà a un terzo l'«incarico» di eseguire un pagamento al proprio creditore (delegazione di pagamento, art. 1269).

Di «delegazione» si può però parlare in senso ampio, per indicare compiutamente il fenomeno delegatorio, considerando l'operazione nella sua interezza, comprendendovi cioè anche l'attività posta in essere (da delegato e delegatario) per l'esecuzione della delega.

La delegazione in senso ampio è un'operazione plurilaterale, perché vi partecipano tre soggetti, e complessa, perché composta da un insieme di atti. Si realizza una «situazione triangolare», che risulta costituita dai rapporti delegante-delegato (A-B), delegante-delegatario (A-C) e delegato-delegatario (B-C): appunto i lati del «triangolo».

La eterogeneità degli atti che caratterizza i due diversi schemi tipici della delegazione (cioè quella di debito e quella di pagamento) è di tutta evidenza.

Nella delegazione di debito l'operazione si sostanzia nelle seguenti attività negoziali: i) delega; ii) negozio di assunzione del debito da parte del delegato.

Nella delegazione di pagamento la delega è invece seguita da un atto reale (non negoziale: il pagamento appunto). La delega costituisce comunque il denominatore comune, l'elemento fisso, invariabile dell'una e dell'altra fattispecie.

L'operazione poggia su due sottostanti rapporti che si dicono «interni» o «di base»: il rapporto tra delegante e delegato, da un lato, tra delegante e delegatario, dall'altro, denominati, rispettivamente, di «provvista» e di «valuta», secondo una terminologia tradizionale mutuata dal diritto cambiario.

In base a questi rapporti si giustifica l'attribuzione patrimoniale che il delegato compie in confronto del delegatario, assumendo il debito (nella delegazione di debito) o eseguendo il pagamento (nella delegazione di pagamento).

Nella fattispecie delegatoria tipica si considera preesistente un rapporto obbligatorio tra delegante (debitore) e delegatario (creditore), oltre all'eventuale rapporto tra lo stesso delegante (qui in veste di creditore) e il delegato (debitore).

L'operazione delegatoria, sotto il profilo causale, è di per sé «neutra»: non presenta una funzione fissa tipica, si presta piuttosto a realizzare nei rapporti interni finalità diverse. Si può dunque giustificare variamente l'attribuzione patrimoniale che il delegato compie in confronto del delegatario.

A questa peculiare caratteristica funzionale è in certo senso legata un'importante distinzione che riguarda propriamente la delegazione promissoria: quella tra delegazione «pura» e delegazione «titolata». Questa distinzione si desume dalle disposizioni concernenti il regime della opponibilità delle eccezioni (art. 1271 c.c.). Lo schema legalmente tipico è quello della delegazione pura, ma la disciplina di questo tipo legale ha carattere dispositivo ed è quindi derogabile dalle parti che possono «titolare» la delegazione. La delegazione pura si distingue da quella titolata perché non fa espresso riferimento al rapporto di valuta e/o al rapporto di provvista e, quindi, non consente di opporre le eccezioni relative al rapporto dal quale si astrae.

La distinzione della delegazione in pura e titolata attiene (come si vedrà meglio) alla posizione rispettivamente di indipendenza o di dipendenza in cui l'obbligazione assunta dal delegato viene a trovarsi rispetto ai requisiti di validità e di efficacia dei sottostanti rapporti di base. Nella delegazione pura, ma non in quella titolata, si fa astrazione da quei requisiti.

Per questa sua peculiare caratteristica la delegazione è utilissima nel traffico giuridico. Essa si apprezza per la sua duttilità, specie quando si impiega la delegazione pura o astratta, senza fare alcun riferimento ai rapporti interni sottostanti, svincolando quindi da tali rapporti l'obbligo del delegato: non è perciò eccessivo considerare la delegazione pura, accolta nel nostro codice come schema tipico, una conquista della tecnica giuridica.

Ai sensi dell'art. 1268 c.c. la delegazione di debito è normalmente «cumulativa». Ciò significa che il debitore originario non è liberato dalla sua obbligazione e che il delegato gli si affianca come ulteriore debitore. Al vecchio debito si aggiunge il nuovo: la responsabilità del delegato, nuovo debitore, si cumula con quella del debitore originario, che però diventa sussidiaria.

È tuttavia possibile che il creditore liberi il debitore originario e in tal caso «un nuovo debitore è sostituito a quello originario» che viene liberato: il delegato diviene l'unico debitore.

Tradizionalmente si è contrapposta alla delegazione «passiva», o di debito (quella che la legge tipicamente prevede), la delegazione «attiva», o di credito (che la legge non prevede affatto). In questa seconda ipotesi, non sarebbe più un debitore (come nella passiva), ma un creditore a prendere l'iniziativa dell'operazione, delegando un terzo ad accettare una promessa obbligatoria fattagli dal proprio debitore e a rendersi così nuovo creditore di quest'ultimo.

Per evitare complicazioni, anche sul piano terminologico, è ormai usuale considerare in ogni caso come «delegato» colui che dovrà eseguire la prestazione e come «delegatario» colui che dovrà riceverla, si tratti di delegazione passiva o attiva; fermo sempre il termine «delegante» per indicare il soggetto che prende l'iniziativa dell'operazione.

Non tutti ritengono fondata tale distinzione: si tratterebbe, infatti, dello stesso fenomeno considerato da opposti punti di vista, secondo la diversa veste in cui si presenta il delegante prendendo l'iniziativa dell'operazione: di debitore (del delegatario) nella delegazione passiva; di creditore (del delegato) nella delegazione attiva.

Certo è, ed è assolutamente pacifico, che una tale figura non può identificarsi, né è peraltro assimilabile, con la cessione del credito, non avendosi nella delegazione attiva, come invece nella cessione del credito, una vicenda traslativa: finalità della delegazione attiva - secondo chi ammette tale figura - sarebbe, infatti, quella di «aggiungere» un nuovo creditore a quello originario o di «sostituire» (per asserita novazione) questo con il nuovo.

È significativo peraltro che il codice vigente non abbia previsto in alcun modo la delegazione attiva, limitandosi a prendere in considerazione la sola delegazione passiva. Può comunque chiedersi se alla delegazione attiva sia riconoscibile cittadinanza nel nostro ordinamento, quale fattispecie autonoma con una sua propria funzione specifica.

Ma a questo interrogativo si deve rispondere negativamente: qualificando la delegazione come «passiva» o «attiva», si rappresenta in realtà da un diverso punto di vista lo stesso fenomeno, non seguendone però sotto alcun aspetto diversità di disciplina. È quindi più esatto parlare di delegazione in unico senso.

5.2 *La delegazione nella tradizione romanistica*

Il diritto romano si riferisce alla delegazione come all'autorizzazione conferita dal delegante che permette al delegato di eseguire la prestazione o di obbligarsi nei confronti del delegatario creditore del delegante. I termini *delegare* e *delegatio* indicano, nell'etimologia latina, proprio l'attività dell'autorizzare e l'atto dell'autorizzazione e, di fatto, individuano in questo elemento essenziale - l'autorizzazione, lo *iussum* - la scaturigine del rapporto trilaterale che consente ad un debitore di estinguere la propria obbligazione e quella del suo particolare creditore adempiendo al creditore di quest'ultimo. I due rapporti isolati che legano il delegante al delegato e il delegatario al delegante si riuniscono, attraverso l'autorizzazione del delegante, in una fattispecie complessa che realizza la soddisfazione di tutti gli interessi sottostanti ed attua i rapporti di base.

Le fonti del diritto romano classico descrivono la delegazione non solo fermandosi alla prima attività giuridica, quella della *delegatio*, che instaura il rapporto fra i soggetti e che, da sola, è in grado di giustificarne gli effetti. Gli studiosi del diritto romano osservano come le fonti riconoscano alla *delegatio* la possibilità di realizzare un negozio di esecuzione ma anche una promessa

di adempimento. In questo senso, si riconosce al diritto romano la distinzione fra *delegatio dandi* (o *solvendi*) e *delegatio promittendi*.

La *causa solvendi* è la tipica ragione giuridica che lega i soggetti fra loro per obbligazioni già esistenti e che la delegazione porta a soddisfazione: il delegato è debitore del delegante, questi del delegatario. In questo caso, le cause che legano i tre soggetti (rapporti di valuta e di provvista) sono omogenee. Ma la *delegatio* è descritta nelle fonti del diritto romano anche per rapporti di diversa causa che legano il delegante al delegato e il delegatario al delegante. È il caso della fattispecie di delegazione *causa solvendi* e *causa credendi*, nella quale il delegato, debitore del delegante, paga al delegatario affinché quest'ultimo possa far credito al delegante, futuro debitore. Ovvero, ancora, si riconosce la fattispecie nella quale i rapporti sottostanti siano *causa solvendi* e *causa donandi*. Attraverso tale tipologia di delegazione il delegato, debitore del delegante, paga al delegatario per soddisfare una donazione del delegante nei confronti del delegatario.

5.3 La natura della delegazione: problematica e principali orientamenti dogmatici

Gli atti che compongono la complessa operazione delegatoria sono, come si è già notato: a) anzitutto la delega, elemento essenziale in ogni fattispecie delegatoria, *delegatio promittendi* o *solvendi* che sia; b1) nella *delegatio promittendi*, l'atto con cui il delegato si obbliga in confronto del delegatario, e cioè il negozio col quale si costituisce tra questi soggetti il cosiddetto «rapporto finale», o «di chiusura» della situazione triangolare sopra descritta; oppure b2) nella *delegatio solvendi*, il pagamento che il delegato esegue a favore del delegatario.

La controversia sulla natura del fenomeno delegatorio vede contrapposte due concezioni: l'una «unitaria», l'altra «atomistica».

Nella concezione unitaria, la delegazione si presenta come un'unica fattispecie negoziale: un negozio plurilaterale, la cui causa viene ravvisato nella c.d. *celeritas coniungendarum inter se actionum*, cioè nello scopo di concentrare in una sola prestazione, quella del delegante al delegatario, le due prestazioni che dovrebbero essere eseguite in base ai sottostanti rapporti interni, rispettivamente dal delegato al delegante e da questo al delegatario, quindi con la possibilità di eseguire *uno actu* due rapporti obbligatori. Nella struttura dell'unico negozio plurilaterale verrebbero a fondersi le manifestazioni di volontà delle tre parti: delegante, delegato e delegatario, tutte parimenti interessate al conseguimento di quell'unico scopo.

La teoria atomistica considera gli atti che compongono l'operazione nella loro individualità: si tratta di negozi strutturalmente distinti. La stessa teoria atomistica non esclude però la legittimità di una ricostruzione in certo senso unitaria dell'istituto, se si considera l'operazione delegatoria nel complesso dei suoi atti tra loro collegati in vista del risultato che con essa si può conseguire e che ne rappresenta in sintesi la essenziale funzione economico-giuridica, di strumento volto a realizzare un'attribuzione patrimoniale indiretta: del delegante al delegatario «per mezzo» del delegato.

La distinzione tra teoria unitaria e teoria atomistica sarà approfondita nel paragrafo dedicato alla causa della delegazione.

5.4. *La delega*

L'iniziativa del debitore, che assegna un nuovo debitore al proprio creditore, caratterizza la prima fase della complessa operazione delegatoria. Il delegante si rivolge, appunto con la delega, sia al «terzo» che viene delegato, sia al delegatario (suo creditore): è la c.d. «doppia autorizzazione».

La delega è fatta direttamente al delegato, e può atteggiarsi a «invito» oppure a «ordine» (nel diritto romano *iussum*): questo secondo termine è più appropriato quando vi è il previo impegno del delegato di darvi esecuzione (per esempio, in adempimento di un rapporto di mandato tra delegante e delegato).

È stata sempre discussa la natura degli atti di delega.

L'orientamento prevalente tende a ricondurre la delegazione nell'ambito del mandato. Lo schema dell'autorizzazione non sempre riesce a spiegare il fenomeno delegatorio. La semplice delegazione «su debito» (precisamente: sui due debiti del delegato verso il delegante e di quest'ultimo verso il delegatario) potrebbe essere spiegata in modo esauriente con lo schema dell'autorizzazione. Ma la delegazione «allo scoperto» (qualora cioè entrambi i rapporti di base, o almeno uno di essi, non consistano in preesistenti obbligazioni da adempiere) non sarebbe spiegabile se non facendo ricorso allo schema del mandato.

È così venuta a profilarsi una corrente intermedia che accoglie entrambi gli schemi, della autorizzazione e del mandato, per spiegare rispettivamente la delegazione «su debito» e la delegazione allo «scoperto».

Nella prima ipotesi il delegato agisce (perché autorizzato) nell'interesse proprio, e cioè per estinguere il debito che ha verso il delegante. Nella seconda ipotesi, invece, egli agisce (perché obbligato) esclusivamente nell'interesse («per conto») del delegante. Nel primo caso la dichiarazione del delegante è un ordine, il secondo caso invece riflette lo schema del mandato.

La tendenza a ricondurre la delegazione nell'ambito del mandato non può però essere seguita: essa non trova infatti alcun fondamento nel diritto positivo, ove la delegazione è istituito autonomo, per struttura e per funzione.

Nella complessa operazione delegatoria, la delega assume invero un ruolo fondamentale e del tutto peculiare, ben differente dal mandato, al quale può eventualmente riferirsi, ma rimanendo entità autonoma ed esplicando la propria tipica e autonoma funzione.

La delega è un atto unilaterale recettizio, un negozio giuridico con il quale il delegante predispone a favore del delegatario una attribuzione patrimoniale indiretta da compiere per mezzo del delegato; a tal fine costituisce fonte di legittimazione per delegato e delegatario, coinvolgendoli entrambi nel suo tipico, caratteristico effetto del «conteggio» di quella attribuzione nella sfera giuridica del delegante.

La delega è perciò elemento essenziale che svolge la sua tipica funzione in ogni operazione delegatoria: di debito o di pagamento, «su debito» o «allo scoperto». È quindi un elemento fisso, ricorrente in ogni fattispecie, elemento che regge l'intera operazione: su di essa è imperniato il meccanismo dell'attribuzione indiretta che l'operazione serve a realizzare.

Non vi è dubbio che il meccanismo delegatorio si ripercuota sui rapporti di base, ma le ripercussioni vanno spiegate all'interno di tali rapporti, facendo riferimento agli accordi intervenuti rispettivamente tra delegante e delegato nel rapporto di provvista e tra delegante e delegatario nel rapporto di valuta. La funzione della delega non è dunque quella di giustificare gli effetti che l'attribuzione posta in essere dal delegato in confronto del delegatario produce sui

rapporti interni, ma quella di permettere una attribuzione indiretta mediante il tipico effetto del «conteggio».

Quanto alla disciplina, per la delega non è prescritto alcun onere di forma.

La delega, inoltre, non perde efficacia per morte o sopravvenuta incapacità del delegante: anche quando si verificano tali eventi, il delegato può assumere l'obbligazione in confronto del delegatario o eseguire il pagamento a favore di questo (art. 1270, comma 2, c.c.).

La delega è revocabile, ma solo fino a quando il delegato non abbia assunto l'obbligazione in confronto del delegatario o non abbia eseguito il pagamento a favore di questo (art. 1270, comma 1, c.c.). Il delegante può tuttavia obbligarsi a mantenere ferma la delega per un certo tempo o sino a quando non vi sia attuazione (delega con clausola di irrevocabilità): la eventuale revoca è in tal caso senza effetto.

5.5. La delegazione di debito o promissoria (*delegatio promittendi*).

La struttura e la causa

Nella delegazione di debito, o a promettere, la seconda fase dell'operazione si attua con il negozio che delegato e delegatario concludono in esecuzione della delega, e per effetto del quale si costituisce tra loro il rapporto obbligatorio «finale». Con questo negozio, che si può chiamare «delegatorio», è il solo delegato ad assumere una obbligazione in confronto del delegatario e perciò esso può perfezionarsi non soltanto con una accettazione espressa da parte del delegatario medesimo (contratto), ma anche nel modo previsto dall'art. 1333 c.c., e quindi anche in forma di negozio unilaterale recettizio rifiutabile.

Per qualificare tale negozio occorre individuarne la causa. La ragione che vale a giustificare l'assunzione dell'obbligo da parte del delegato verso il delegatario sta nell'intento di entrambi di dare esecuzione alla delega, affinché si effettui, con il meccanismo del «conteggio», l'attribuzione patrimoniale che il delegante vuole compiere per mezzo del delegato in favore del delegatario.

La sequenza dei negozi che compongono la delegazione induce a riflettere sul fatto che questi ultimi, pur avendo una precisa autonomia e perfezione funzionale, vengono ad assumere un significato ulteriore loro conferito dalla nuova finalità che li accomuna: la realizzazione della delegazione quale unitaria manovra negoziale.

La delegazione, allora, può essere vista come una operazione unitaria, mediante la quale i singoli negozi che la realizzano convergono in un unico schema, perdendo il loro iniziale significato negoziale per assumerne uno diverso e superiore: quello, appunto, della delegazione.

Su questa impostazione strutturale della delegazione si è innestato il dibattito diretto alla ricerca della causa della delegazione, inteso non solo in funzione del singolo negozio che compone la delegazione, ma come operazione complessa le cui componenti strutturali sono dirette al perseguimento di un'unica causa.

Sotto la spinta della ricerca della causa si sono così delineati due distinti modi di intendere la delegazione. Tali opinioni si bipartiscono in base ad una visione 'unitaria' della causa attribuibile alla delegazione oppure alla considerazione di essa in termini 'atomistici', cioè segmentata in relazione ai tre distinti rapporti intercorrenti fra delegante, delegato e delegatario.

La teoria unitaria intende la delegazione come una fattispecie tipica, anche se non annoverata nella sezione del codice destinata alla disciplina dei con-

tratti nominati. La causa di essa sarebbe riscontrabile nella possibilità di realizzare due rapporti obbligatori attraverso un solo adempimento dando, così, contemporanea attuazione ad entrambi.

Ciò ha indotto a considerare la causa unitaria della delegazione come «causa generica» di attribuzione patrimoniale, alla quale di volta in volta le parti possono conferire il significato di assunzione del debito altrui, ma anche di donazione o di mutuo. Nella delegazione, cioè, la causa non deve necessariamente essere definita secondo un concetto statico di tipicità di realizzazione di interessi. Le parti sono spinte alla delegazione per ottenere una più rapida definizione dei reciproci rapporti obbligatori. Questo è uno scopo pratico che permette di realizzare la causa e gli effetti tipici dei rapporti di provvista e di valuta.

La teoria atomistica o analitica sulla causa della delegazione pone invece l'accento sulla rilevanza, nell'assetto di interessi delle parti, della regolamentazione dei segmenti strutturali che la compongono. Secondo questo punto di vista, la delegazione è solo il 'mezzo' attraverso il quale i soggetti realizzano gli assetti di interessi posti alla base dei reciproci rapporti. Attraverso lo schema della delegazione, le parti individuano l'assetto più conveniente per realizzare i diversi rapporti che, essendo la base strutturale della delegazione, non perdono la loro priorità causale rispetto ad essa. Anzi, è proprio la presenza di ciascuno di tali negozi a determinare il procedimento delegatorio il quale, se osservato dal punto di vista dell'accordo fra delegante e delegato ha una funzione *stipulandi* oppure, se considerato in relazione al diritto creato nei confronti del delegatario, ricopre una funzione *accipiendi*.

In questa prospettiva, la causa della delegazione rimane «astratta». Lo schema causale del negozio delegatorio, nella sua tipica conformazione, è quello caratteristico dei negozi cosiddetti neutri, cioè di quei negozi che presentano una causa in astratto indeterminata, ma determinabile in concreto: solo in tal senso può parlarsi di «astrattezza» negoziale.

L'interesse che muove la vicenda attributiva (con l'assunzione dell'obbligo da parte del delegato verso il delegatario) viene rappresentato in maniera generica. Lo schema si presenta di per sé «neutro» o «incolore», ma tuttavia suscettibile di ulteriore determinazione, integrabile *per relationem* con il suo fondamento sostanziale: la specifica ragione che ha indotto le parti al compimento del negozio.

È interessante verificare le differenze fra le due teorie, quella atomistica e quella unitaria.

La teoria unitaria individua una causa autonoma della delegazione ponendo essa in relazione ai rapporti di base, cioè al rapporto di provvista e a quello di valuta. Sotto questa luce, è consequenziale la visione di una delegazione diversa e 'altra' rispetto alle fonti che hanno originato il debito del delegato verso il delegante e quello del delegante verso il delegatario. Molteplici, infatti possono essere le fonti che determinano quei due rapporti obbligatori, ma esse non sono in grado di cedere la loro stessa funzione economico-sociale alla delegazione che, in ciò, si manifesta come operazione giuridica unitaria rispetto allo scopo estintivo dei rapporti di base.

La teoria atomistica, invece, ricerca la causa della delegazione in funzione degli atti – delega, negozio delegatorio di assunzione, atto di assegnazione – che compongono la struttura negoziale della delegazione. In sostanza, la teoria atomistica non si ferma ad osservare le dinamiche della delegazione rispetto ai rapporti di provvista e di valuta che con essa si intendono regolare.

Essa considera i singoli negozi che compongono la delegazione come autonomi rispetto ai rapporti di valuta e di provvista, nonostante confluiscono nello schema trilaterale della delegazione.

In questa teoria, dunque, si ritrova un metodo di indagine basato sull'importanza della confluenza di singoli atti – delega, negozio delegatorio di assunzione, atto di assegnazione – che da un lato costituiscono la struttura trilaterale della delegazione, e dall'altro mantengono una netta differenza funzionale rispetto ai rapporti di valuta e di provvista, pur essendo collegati dal perseguimento dell'unica funzione di realizzare la diversa attuazione dei rapporti di base offerta dalla delegazione, attraverso l'unico adempimento del delegato.

5.6 Il regime delle eccezioni opponibili dal delegato: la delegazione pura e la delegazione titolata.

La disciplina della delegazione trova il suo «fulcro» nell'art. 1271 c.c. che stabilisce il regime delle «eccezioni opponibili dal delegato» al delegatario. Da questa disciplina si desume la distinzione tra delegazione «pura» e delegazione «titolata». Tale distinzione attiene alla posizione di indipendenza (delegazione pura) o di dipendenza (delegazione titolata) in cui l'obbligazione assunta dal delegato venga a trovarsi rispetto alle condizioni di validità e di efficacia dei rapporti sottostanti di valuta e di provvista. Essa concerne più precisamente la conformazione dello schema causale del negozio delegatorio riguardo ai rapporti di base.

La delegazione è pura quando si fa astrazione dai sottostanti rapporti di base (i rapporti delegante-delegato e delegante-delegatario): la nuova obbligazione assunta dal delegato nei confronti del delegatario è del tutto indipendente dalle condizioni di validità e di efficacia dei detti sottostanti rapporti, salvo il caso che entrambi siano «viziati».

La delegazione invece è «titolata» quando l'obbligazione del delegato viene a dipendere dalle condizioni di validità e di efficacia dei rapporti di base.

Sia nella delegazione titolata, sia in quella pura, «il delegato può opporre al delegatario le eccezioni relative ai suoi rapporti con questo» (art. 1271, comma 1, c.c.). Sono quindi opponibili le eccezioni relative al negozio delegatorio (quello tra delegato e delegatario). Sono inoltre opponibili le eccezioni relative ad altri eventuali rapporti personali esistenti tra le stesse parti contraenti (delegato e delegatario), come, per esempio, l'eccezione di compensazione.

Il comma 2 dell'art. 1271 esclude, «se le parti non hanno diversamente patuito», l'opponibilità al delegatario delle eccezioni che il delegato avrebbe potuto opporre al delegante, quelle che di solito si considerano relative al rapporto di provvista del delegato con il delegante. È disposto che dette eccezioni siano inopponibili anche se il delegatario ne fosse stato a conoscenza. Esse son ritenute del pari inopponibili pur se il delegato si fosse obbligato verso il delegatario credendosi erroneamente debitore del delegante.

Il comma 3 dell'art. 1271 stabilisce che «il delegato non può neppure opporre le eccezioni relative al rapporto tra il delegante e il delegatario, se ad esso le parti non hanno fatto espresso riferimento».

I commi 2 e 3 dell'art. 1271 valgono a configurare la delegazione come pura, se non diversamente previsto dalle parti.

La delegazione pura astrae dai rapporti sottostanti di valuta e di provvista. Ma l'astrazione non è assoluta.

È infatti sempre opponibile da parte del delegato la c.d. «nullità della

doppia causa»: espressione comunemente intesa in senso onnicomprensivo, alludendosi a qualsiasi caso in cui entrambi i rapporti di base (di provvista e di valuta) non esistano o siano venuti meno.

La ragione della opponibilità della nullità della doppia causa, in deroga al principio dell'indipendenza del rapporto delegato-delegatario dai rapporti sottostanti, è ben spiegata nella Relazione al codice civile: quando entrambi i rapporti di base sono «viziati», viene meno il fondamento pratico-giuridico dell'operazione delegatoria che, in tal caso, non avrebbe alcuna utilità; non si giustificerebbe in alcun modo l'attribuzione patrimoniale che il delegato è chiamato a compiere.

La regola della nullità della doppia causa rivela quella che è la funzione normalmente assolta dalla delegazione: la sua potenzialità di creare una 'circolazione' delle situazioni debitorie, facilitandone le vicende solutorie attraverso la «concentrazione delle prestazioni». La delegazione, nella prassi, assolve ad una doppia funzione solutoria, in quanto duplici sono i rapporti obbligatori da estinguersi attraverso l'unica prestazione: il rapporto tra debitore delegante e creditore delegatario e il rapporto tra debitore delegante e terzo delegato.

La stessa esigenza di concentrazione si rispecchia nella possibilità offerta al debitore delegato di rifiutare l'adempimento che, in quanto riposi su rapporti di base inefficaci o inesistenti, sarebbe inutile in quanto sicuramente destinato alla ripetizione.

Se, in altre parole, la delegazione è lo strumento che permette la facilitazione della *solutio* attraverso la circolazione del debito, tanto più contraria alla sua natura sarebbe una imposizione al delegato di dover eseguire una prestazione non dovuta e lasciare a costui la successiva tutela dell'azione ripetitoria. In tale maniera, la circolazione creata dalla delegazione sarebbe destinata non più ad estinguere due obbligazioni con una sola prestazione ma – sul presupposto dell'inesistenza dei due rapporti di base – essa sortirebbe l'effetto di crearne una nuova, assolutamente estranea alla funzione solutoria: l'obbligazione restitutoria in favore del delegato.

La regola della nullità della doppia causa è diretta a regolare questa circostanza: evitare, cioè, che una fattispecie delegatoria, fondata su rapporti di provvista e di valuta entrambi invalidi o inefficaci, debba mantenere la sua efficacia vincolante per il delegato senza che questi possa reclamare il carattere indebito della sua prestazione. Attraverso l'eccezione della duplice invalidità, invece, il delegato ha la possibilità di evitare di essere messo nelle condizioni di dover adempiere, prima, nei confronti di chi sa non essere creditore e di richiedere, poi, la ripetizione. Si predilige, così, l'inattuazione della delegazione piuttosto che dar vita al circuito di azioni di ripetizione dell'indebito.

Nella disciplina sopra illustrata la delegazione è tipicamente configurabile come «pura», ma tale disciplina ha carattere dispositivo e quindi è derogabile dalle parti (delegato e delegatario) le quali possono titolare lo schema causale del negozio delegatorio facendo «espreso riferimento» all'uno o all'altro dei rapporti di base.

Con la delegazione titolata il rapporto delegato-delegatario si fa quindi dipendere dal titolo su cui è fondato l'uno o l'altro dei rapporti sottostanti, restando così esposto alle relative eccezioni.

Sul modo di titolare la delegazione, se si tiene conto alla lettera dei dati testuali sembra a prima vista esservi differenza a seconda che si tratti del rapporto di provvista o di quello di valuta.

Il principio della inopponibilità delle eccezioni relative al rapporto di provvista vige «se le parti (delegato o delegatario) non hanno diversamente pattuito»: per derogarvi occorre quindi una «pattuizione diversa». Per titolare il contratto delegatorio rispetto al rapporto di valuta è invece prescritto che le parti vi facciano «espresso riferimento».

5.7 La delegazione cumulativa: solidarietà, sussidiarietà e beneficium ordinis

La delegazione di debito di norma «cumulativa»: il nuovo debito assunto dal delegato viene a coesistere con quello originario del delegante; vi si aggiunge; il debitore-delegante non è mai *ipso facto* liberato: nella sostanza, il suo rapporto con il creditore-delegatario rimane inalterato, muta solo la sua veste debitoria che diventa sussidiaria.

Perciò si è soliti descrivere la delegazione cumulativa come una ipotesi di modificazione soggettiva dal lato passivo del rapporto obbligatorio, per «aggiunta» di una nuova obbligazione alla obbligazione originaria. La responsabilità del nuovo debitore si cumula quindi con quella del debitore originario; per questo aspetto può dirsi che si rafforzi la tutela del creditore. L'obbligazione del delegato, corrispondente per (identità di) oggetto a quella originaria che il delegante ha verso il delegatario, trova nel negozio delegatorio la propria autonoma fonte costitutiva. Il delegato è dunque tenuto verso il delegatario nei modi e nei limiti in cui ha assunto tale obbligazione. Se, come nella normalità, la delegazione è pura, l'obbligazione assunta dal delegato è indipendente dalle vicende dell'obbligazione originaria: così, per esempio, quest'ultima può estinguersi per prescrizione e invece rimanere in vita l'obbligazione del delegato; questi può opporre al delegatario soltanto le eccezioni fondate sul negozio in base al quale l'assunzione è avvenuta.

Il creditore che ha accettato l'obbligazione del terzo non può tuttavia rivolgersi al delegante, se prima non ha richiesto al delegato l'adempimento: e così dispone l'art. 1268, comma 2, c.c.. In virtù del *beneficium ordinis* accordato dalla norma, il nuovo debitore assume la posizione di obbligato principale e l'obbligazione del debitore originario diviene sussidiaria.

Non è prescritto però che il delegato debba essere escusso; è sufficiente una semplice richiesta di adempimento, rivolta al delegato e rimasta infruttuosa, perché il creditore possa procedere contro il debitore originario al quale non spetta dunque un beneficio di preventiva escussione (*beneficium excussionis*). Perciò si dice che la delegazione cumulativa opera *pro solvendo*: il delegante è cioè tenuto all'adempimento, qualora il delegato non adempia; il rischio dell'insolvenza del delegato grava quindi sul delegante.

In sintesi, l'effetto obbligatorio tipico della delegazione è quello di produrre un cumulo di responsabilità patrimoniale, nel senso di affiancare la nuova obbligazione del delegato a quella originaria del delegante.

La *ratio* della scelta legislativa del cumulo di responsabilità patrimoniali si spiega agevolmente con la necessità di evitare che la delegazione precluda definitivamente la possibilità per il delegatario di pretendere l'adempimento da colui che è stato il suo debitore originario. Si avrebbe, se così fosse, un'operazione negoziale con funzione solutoria, nella quale il creditore, per il solo fatto di accettare un nuovo debitore, perderebbe la possibilità naturale di compiere gli atti esecutivi verso il suo debitore originario.

In questo senso si delinea la precisa presa di posizione del legislatore co-

dice civile, che ha voluto fare della delegazione – insieme all’espromissione e all’accollo – un istituto diretto alla modificazione soggettiva del lato passivo del rapporto obbligatorio, senza però disporre ‘tout court’ una novazione dell’obbligazione. Si riscontra, così, nella delegazione un’operazione negoziale che ha, come effetto tipico minimo, quello di produrre uno spostamento del peso del debito dal debitore originario al terzo delegato. Eppure al creditore delegatario è conservata la possibilità di pretendere l’adempimento dal debitore originario in via sussidiaria, pur avendo egli, nella persona del delegato, il suo debitore principale.

È questo il dato positivo inconfutabile che emerge dalla disposizione di cui all’art. 1268, comma 2, cod. civ., in base al quale il creditore delegatario non può rivolgersi al delegante se prima non abbia richiesto l’adempimento al delegato.

L’effetto dello spostamento del peso del debito dal debitore originario al terzo è l’effetto tipico di tutte le fattispecie di ‘assunzione del debito altrui’, intesa quest’ultima quale categoria comprensiva anche della espromissione e dell’accollo.

E lo spostamento si realizza attraverso una degradazione, da principale a sussidiaria, dell’obbligazione del debitore originario.

La delegazione cumulativa, quindi, realizza una fattispecie di obbligazione solidale passiva, la cui modalità tipica è quella della sussidiarietà. La giurisprudenza riconosce come la solidarietà creata attraverso la delegazione – così come per le altre fattispecie di assunzione del debito altrui – sia caratterizzata da una graduazione fra i debitori in virtù della imposizione al creditore di una preventiva richiesta di adempimento da rivolgersi al debitore assuntore. L’assunzione del debito altrui produce una generale ipotesi di solidarietà “disuguale”. Nella delegazione, allora, si esplicita il rapporto esistente fra la solidarietà e la sussidiarietà nelle obbligazioni plurisoggettive.

5.8 Analogie e differenze tra delegazione e fideiussione. I negozi di intervento

Il cumulo di patrimoni fra delegante e delegato, determinato dalla regola dell’art. 1268 c.c., produce come effetto un aumento della garanzia patrimoniale che deriva al creditore in virtù della solidarietà fra condebitori (delegante e delegato). La solidarietà passiva, infatti, è legata ad una funzione di garanzia del credito in quanto la presenza della pluralità dei patrimoni dei condebitori determina in primo luogo una maggiore sicurezza per il creditore, in ragione del fatto che l’eventuale inadempimento di uno dei debitori può essere sopperito dal patrimonio dell’altro. Inoltre, la solidarietà rende più agevole la riscossione del credito in quanto al creditore è data la possibilità di rivendicare la pretesa per l’intero da ciascuno dei condebitori, senza dover frazionare la prestazione.

La peculiarità della delegazione cumulativa di realizzare un cumulo fra le responsabilità patrimoniali di delegato e delegante (solidarietà), unitamente alla peculiare graduazione dei debiti fra i due soggetti passivi (sussidiarietà), ha indotto a ragionare sulla possibilità che attraverso la delegazione si determini una forma di garanzia del credito. In particolare, la possibilità per il creditore di richiedere l’adempimento all’assuntore prima che al debitore originario ha posto in luce la caratteristica innegabile per la quale il creditore risulta garantito nel suo soddisfacimento perché non perde il suo debitore pur vedendolo degradare ad un ruolo sussidiario.

La delegazione cumulativa, pertanto, determina di fatto una oggettiva garanzia del credito in ragione dell'intervento del terzo nell'altrui rapporto obbligatorio e, soprattutto, nella possibilità di mantenere, sia pure in via sussidiaria, la garanzia sul patrimonio del debitore originario. La garanzia deriva direttamente dalla creazione dell'obbligazione plurisoggettiva dal lato passivo.

Il rafforzamento della garanzia del creditore, empiricamente determinato dalla presenza di due soggetti nel lato passivo del rapporto obbligatorio, è una caratteristica che accomuna la delegazione cumulativa alla fideiussione.

Anche la fideiussione, come la delegazione, è caratterizzata da una struttura trilaterale. Il fideiussore è identificato nell'art. 1936 c.c. per essere colui che si obbliga verso il creditore con il solo intento di garantire l'adempimento altrui. Ed anche il delegato è colui che assume l'obbligo altrui. Si può dire, perciò, che le fattispecie di assunzione del debito altrui, qual è la delegazione, e la fideiussione hanno in comune la caratteristica di essere 'negozi d'intervento'. Si tratta di negozi nei quali un soggetto differente rispetto al debitore originario risponde al posto (nel caso della delegazione liberatoria) oppure precedentemente (nella delegazione cumulativa) oppure ancora al fianco (nella fideiussione) del debitore.

L'intromissione del terzo nel rapporto obbligatorio accomuna delegazione e fideiussione, ma in un modo differente.

Il fideiussore si obbliga verso il creditore ponendosi in posizione accessoria rispetto all'obbligato principale, che rimane il debitore originario. Nella fideiussione, pertanto, il creditore non muta, in prima battuta, il suo principale debitore di riferimento. Egli può rivolgersi al fideiussore solo successivamente all'inadempimento del debitore principale. In questa maniera, l'obbligazione del fideiussore sorge solo per garantire il debitore principale, non certo per sostituirlo. L'unica causa individuabile nella fideiussione è, perciò, quella della garanzia.

Avviene diversamente nella delegazione. In essa, infatti, l'intervento del terzo in posizione di delegato produce il mutamento soggettivo del debitore di riferimento per il creditore. Il creditore delegatario, cioè, non può più rivolgersi in via principale al suo originario debitore – degradato in posizione sussidiaria – ma al nuovo debitore delegato.

Queste osservazioni inducono a porre l'accento su un dato: nella delegazione il terzo interviene quale debitore principale; il fideiussore, invece, si introduce nel rapporto obbligatorio quale debitore accessorio e la sua obbligazione riposa su un piano diverso rispetto a quella del debitore garantito.

Il differente ruolo ricoperto dal terzo nella fideiussione rispetto alla delegazione rivela anche la diversa funzione che lo sdoppiamento della posizione soggettiva passiva riveste nelle due fattispecie. Nella fideiussione, infatti, la duplicazione del rapporto obbligatorio è la caratteristica strutturale che consente la realizzazione della causa di garanzia. Il fideiussore si obbliga verso il creditore per creare la garanzia, divenendo parte di un proprio rapporto con il debitore (quello di garanzia), accessorio rispetto al rapporto obbligatorio garantito (quello tra debitore principale e creditore).

Nella delegazione cumulativa, invece, il terzo diviene parte dello stesso rapporto obbligatorio che lega il debitore originario al creditore: si realizza una modificazione soggettiva dal lato passivo.

La delegazione produce come effetto quella di alleggerire, degradandola, la posizione debitoria del secondo.

Una conferma di questa differente struttura e funzione delle due fattispe-

cie, dirette a regolare assetti di interessi diversamente caratterizzati, si può osservare anche volgendo lo sguardo alla loro struttura negoziale. Se, infatti, la delegazione è una operazione negoziale necessariamente trilaterale, la fideiussione può essere validamente ed efficacemente realizzata anche solo fra terzo garante e creditore. L'art. 1936 c.c., infatti, richiede al primo comma la sola intenzione del fideiussore ad obbligarsi verso il creditore e, al secondo comma, specifica che la garanzia può essere concessa anche se il beneficiario, cioè il debitore principale, non ne sia a conoscenza.

Infine, alla differenza di funzione e di struttura negoziale si aggiunge la particolare disciplina prevista per i rapporti interni fra terzo e creditore. Nella fideiussione, l'art. 1945 c.c. riconosce al fideiussore la possibilità di proporre al creditore le stesse eccezioni che a costui avrebbe potuto opporre il debitore originario. In altri termini, colui che interviene nell'altrui rapporto obbligatorio nella qualità di garante, di fronte all'inadempimento del debitore originario, adempie in ragione dell'obbligazione di garanzia assunta – quindi per causa rispetto al rapporto obbligatorio originario – ma, al tempo stesso, esercita le azioni a tutela del debitore originario. Le patologie o i casi di inefficacia relativi al rapporto fra creditore e debitore originario si estendono ad un rapporto diverso, quello fra creditore e fideiussore.

Nella delegazione, invece, il regime delle eccezioni proponibili dal soggetto terzo rispetto all'obbligazione originaria sono regolate dall'art. 1271 c.c., che prevede l'impossibilità per il delegato, salvo patto contrario, di far valere i motivi di eccezione scaturenti dal rapporto di valuta fra delegatario e delegante.

5.9 Delegazione e contratto autonomo di garanzia

Per l'effetto di rafforzamento della garanzia del creditore creato dal cumulo delle responsabilità patrimoniali di delegante e delegato, la delegazione presenta profili di similitudine con il contratto autonomo di garanzia.

Quest'ultimo è un prodotto dell'autonomia contrattuale che astrae la richiesta di adempimento, rivolta dal creditore al garante, dalle possibili eccezioni che il garante stesso potrebbe opporre in ragione del suo rapporto con il garantito. Anche il contratto autonomo di garanzia vede coinvolti tre soggetti e i loro relativi rapporti giuridici: il creditore può chiedere al garante, suo nuovo debitore in funzione del contratto autonomo, di adempiere a garanzia del rapporto di base esistente fra il creditore e il debitore.

L'analogia tra le due figure si basa sulla considerazione del fatto che il terzo garante (così come accade per il delegato) promettendo di pagare a prima richiesta e senza eccezioni, evita al debitore principale (nel caso della delegazione, al delegante) di dover adempiere verso il creditore. A questa sostituzione soggettiva si aggiunge, ad avvalorare l'equiparabilità delle due fattispecie di delegazione e di garanzia autonoma, il rafforzamento del creditore.

La somiglianza strutturale fra le due operazioni diventa ancora più stretta se si pensi che la disciplina della delegazione prevede espressamente l'astrazione del rapporto delegatorio dai rapporti di base, così come nel contratto autonomo di garanzia il creditore può avanzare richiesta di adempimento al terzo senza che debba in alcun modo giustificare causalmente la sua pretesa in funzione del rapporto di base.

Ferme questi profili di contatto, al contratto autonomo di garanzia si possono estendere le stesse considerazioni che hanno condotto a differenziare la

delegazione dalla fideiussione. Tra le due fattispecie esistono diversità funzionali ben rimarcabili.

Anche il terzo garante del contratto autonomo, così come in generale il fideiussore, non assume l'obbligazione del garantito, determinandone lo spostamento. Egli accetta di obbligarsi solo per «tenere indenne il creditore eseguendo una prestazione diversa, avente la funzione di garantire l'obbligazione principale».

Nel contratto autonomo di garanzia, in sostanza, il garante non può opporre eccezioni perché non assume l'obbligazione scaturente dal rapporto di valuta. La sua è una nuova obbligazione, sorta per una causa differente rispetto a quella che ha legato il creditore e il debitore originario.

Queste considerazioni inducono ad escludere che un'analogia fra delegazione e contratto autonomo di garanzia possa essere sempre praticata in ragione dell'impossibilità, nell'uno come nell'altro caso, per il terzo di opporre al creditore le eccezioni relative al rapporto fra quest'ultimo e il debitore originario.

5.10 La delegazione liberatoria

Nell'impianto della disciplina codicistica, la liberazione del delegante è un evento lasciato esclusivamente alla volontà delle parti e, in particolare, all'accettazione del delegatario, al quale, in base all'art. 1268 c.c., è riservata la facoltà di esprimersi in questo senso. La liberazione, pertanto, deve essere considerata come un atto riservato all'autonomia privata del creditore, diretto ad operare in maniera eccezionale rispetto alla regola del cumulo delle responsabilità patrimoniali dei soggetti passivi dell'operazione delegatoria.

Alla delegazione «cumulativa» si contrappone la delegazione «liberatoria». La liberazione del debitore originario (delegante) può essere sempre consentita, ma soltanto dal creditore (delegatario), con apposita dichiarazione che deve essere espressa, anche se non fatta per iscritto. Tale dichiarazione può essere contemporanea e persino contestuale all'assunzione del debito da parte del delegato, ma può anche essere successiva a tale assunzione.

La dichiarazione liberatoria del creditore può definirsi un «supplemento di fattispecie»: essa costituisce elemento non necessario, una variante legalmente tipica, ma prevista come del tutto eventuale, della complessa operazione delegatoria. È un atto unilaterale recettizio, ad effetto estintivo, non però puramente e semplicemente identificabile con la remissione: è vero che la liberazione produce l'estinzione dell'obbligazione, al pari della remissione, ma le norme dettate per quest'ultima fattispecie di estinzione dell'obbligazione non sono necessarie alla disciplina dei rapporti tra delegante e delegatario quando il creditore liberi il suo debitore originario. Non v'è quindi necessità di qualificare la liberazione come remissione.

L'art. 1268 c.c., come detto, concepisce l'effetto liberatorio come situazione eterogenea rispetto al programma tipico del cumulo delle responsabilità. La norma sottolinea tale eccezionalità facendo dipendere la liberazione da una espressa manifestazione di volontà da parte del creditore delegatario.

La norma, in particolare, fa riferimento ad una dichiarazione espressa pur senza specificare forme determinate. La regola generale della libertà di forma negli atti privati a contenuto patrimoniale è, pertanto, applicata anche alla disciplina della delegazione liberatoria, nonostante il richiamo alla necessità che la volontà liberatoria del creditore sia riconducibile ad una sua dichiarazione espressa.

Il fatto che non siano previste espresse regole di forma dell'atto di liberazione autorizza le parti a prevedere tale effetto senza doversi preoccupare di trasfondere la volontà del creditore in un atto formale ai fini della sua validità.

Si afferma spesso, in dottrina e in giurisprudenza, che la liberazione del debitore può comunque essere desunta da un atto del creditore, sia pure non direttamente inteso alla liberazione, ma che possa ritenersi manifestamente contrario alla sua intenzione di continuare ad esercitare il credito. Si tratterebbe, in particolare, di applicare anche alle fattispecie di delegazione liberatoria la possibilità di riconoscere efficacia alla manifestazione di volontà indiretta, desumibile da un comportamento concludente al quale possa essere attribuita univocamente l'intenzione negoziale e, nel caso di specie, la volontà di dimettere il credito nei confronti del delegante.

Dalla norma, però, si arguisce un rigore del legislatore nel richiedere una dichiarazione espressa, anche se non comprovata dalla forma scritta. Ciò è cosa ben diversa rispetto all'ammettere che da un comportamento concludente possa desumersi la liberazione del debitore.

5.11 La speciale disciplina della delegazione liberatoria

Il codice civile detta alcune speciali regole per la disciplina della delegazione liberatoria: si tratta di norme che sono in tutto o in parte comuni all'espressione e all'accollo, qualora anche in queste fattispecie vi sia liberazione del debitore originario.

A) La prima di queste regole riguarda la «insolvenza del nuovo debitore». Stabilisce il comma 1 dell'art. 1274 c.c. che il creditore non ha azione contro il debitore originario liberato in seguito a delegazione se il delegato diviene insolvente.

La regola principale disposta dall'art. 1274 c.c. in merito alla liberazione del debitore originario deve essere individuata nella irrilevanza dell'insolvenza sopravvenuta del nuovo debitore. Con la liberazione, infatti, il creditore assume il rischio di estromettere il debitore originario da ogni possibile pretesa creditoria derivante dalla delegazione.

La *ratio* della norma è di immediata percezione: al momento della liberazione, il creditore ha la possibilità di valutare in concreto la solvibilità del nuovo debitore che gli viene proposto e, in particolare, spesso il nuovo debitore è accettato proprio in virtù della maggiore garanzia di adempimento offerta.

La regola dell'assunzione del rischio dell'insolvenza sopravvenuta risponde ad un generale principio di auto-responsabilità dei soggetti nelle operazioni negoziali che li coinvolgono, in base al quale le conseguenze dell'attività negoziale di un soggetto devono ricadere su se stesso, per come egli le abbia determinate con le sue dichiarazioni.

Il rischio della sopravvenuta insolvenza del delegato grava sul creditore che, avendo accettato un nuovo debitore e avendo liberato il debitore originario, non può più rivolgersi a quest'ultimo. Per questo si può affermare che la delegazione liberatoria opera *pro soluto* (non *pro solvendo*, come invece la delegazione cumulativa).

In due casi determinati, tuttavia, l'ordinamento ammette la possibilità che il creditore possa invocare la responsabilità patrimoniale del debitore originario ed esercitare nei suoi confronti l'azione di adempimento.

Il primo caso è quello previsto dall'art. 1274, comma 1, c.c.: il creditore si

riserva espressamente azione di adempimento contro il debitore originario in caso di insolvenza sopravvenuta del nuovo debitore.

Il caso della riserva del creditore di esperire l'azione di adempimento nei confronti del debitore originario pone dei problemi interpretativi circa la natura della responsabilità del debitore stesso, il quale, sia pure liberato, può essere successivamente richiesto di adempiere al posto del nuovo debitore insolvente.

La riserva del creditore può essere interpretata, dal punto di vista della natura negoziale, come una condizione risolutiva posta all'atto di liberazione. In questo modo, la liberazione del delegante rimarrebbe travolta dall'avverarsi dell'evento risolutivo rappresentato dalla insolvenza sopravvenuta del nuovo debitore. Così discorrendo, allora, la responsabilità del delegante in seguito all'insolvenza sopravvenuta del delegato mantiene lo stesso titolo, rappresentato dalla responsabilità sussidiaria prevista dall'ordinamento in caso di delegazione. L'atto di liberazione, infatti, è diretto ad evitare la responsabilità cumulativa del primo debitore. Ma là ove l'avversarsi dell'evento risolutivo rappresentato dall'insolvenza travolga gli effetti liberatori dell'atto del creditore, è consequenziale ritenere che la responsabilità cumulativa prevista dall'ordinamento si riaffermi in tutta la sua efficacia.

Se questa può essere ritenuta la ricostruzione interpretativa più rigorosamente aderente al dato normativo, occorre tuttavia dar conto di un'autorevole dottrina secondo cui la responsabilità del debitore originario, in questo caso, muti il suo titolo: diviene una garanzia fideiussoria offerta dal debitore originario in favore del creditore circa l'adempimento del nuovo debitore. Il debitore originario, per effetto della riserva, rimane obbligato in una residua veste fideiussoria, condizionata al verificarsi dell'insolvenza del delegato e quindi con il beneficio della preventiva escussione di quest'ultimo. In questa diversa prospettiva è dunque applicabile l'art. 1944, comma 2, c.c. ed è pure applicabile l'art. 1945 che consente al fideiussore di opporre al creditore le eccezioni non strettamente personali opponibili dal debitore principale.

Il secondo caso in cui l'ordinamento ammette la possibilità che il creditore possa invocare la responsabilità patrimoniale del debitore originario ed esercitare nei suoi confronti l'azione di adempimento è il seguente.

Il debitore originario non è liberato, se il delegato era insolvente al tempo in cui assunse il debito in confronto del creditore. Il codice vigente innova al riguardo rispetto a quanto era stabilito in quello abrogato: non è data al creditore una mera azione di regresso; ora, è addirittura la liberazione del debitore originario che non viene a prodursi.

Si assiste all'attenzione dell'ordinamento per la tutela degli interessi del creditore all'atto della liberazione. Il legislatore, infatti, pone la solvibilità del terzo assunto quale presupposto legale di efficacia dell'atto volto alla liberazione del delegante. In questa maniera il creditore risulta favorito dal fatto che, nonostante la liberazione abbia testimoniato la sua inavvedutezza nella tutela dei suoi interessi, l'ordinamento gli assicura l'inefficacia della liberazione e, perciò, la possibilità di esercitare l'azione verso il debitore originario.

Ciò significa che la dichiarazione liberatoria del creditore, se manca il presupposto rappresentato dalla solvibilità del nuovo debitore, è priva di effetto: è *tamquam non esset*. L'effetto liberatorio è escluso in radice per una tipica valutazione legale e la delegazione è da considerare *ab origine* cumulativa. Non vi è quindi in questa ipotesi reviviscenza del debito originario che non è mai venuto meno (così come non sono mai venute meno le relative garanzie).

La successiva cessazione dell'insolvenza del delegato non vale di per sé a produrre l'effetto liberatorio. Non è però da escludere che, cessata l'insolvenza del delegato, il creditore possa con successiva espressa dichiarazione liberare il debitore originario. D'altronde, la norma contenuta nell'art. 1274, comma 2, c.c., non sembra inderogabile; essa deve considerarsi dispositiva, e si può ammettere che il creditore, mostrandosi a conoscenza dello stato di insolvenza del delegato al tempo della assunzione del debito in suo confronto, liberi ugualmente il debitore originario.

B) La liberazione del debitore originario da parte del creditore comporta l'estinzione delle garanzie annesse al credito, se colui che le ha prestate non consente espressamente a mantenerle: così dispone l'art. 1275 c.c. con norma che riguarda non solo la delegazione, ma anche l'espromissione e l'accollo, per il caso in cui il debitore originario venga liberato. La Relazione al codice civile sottolinea che questa uniforme soluzione normativa ha trovato fondamento in elementari esigenze pratiche, a prescindere da dannosi apriorismi. Per il mantenimento delle garanzie occorre dunque il consenso espresso di «colui che le ha prestate»: così dice in genere l'art. 1275 che quindi si riferisce sia al debitore che al terzo. La *ratio legis* è evidente: non si può costringere il debitore originario che abbia prestato una garanzia e tanto meno il terzo garante (fideiussore, datore di pegno o di ipoteca) a rispondere per il nuovo debitore.

C) In caso di invalidità della nuova obbligazione, qualora cioè l'obbligazione assunta dal nuovo debitore verso il creditore sia dichiarata nulla o sia annullata, e il creditore avesse liberato il debitore originario, l'obbligazione di questo «rivive», ma il creditore non può valersi delle garanzie prestate da terzi.

La *ratio* di questa norma (dettata anche per l'espromissione e per l'accollo) è di intuitiva evidenza: la delegazione non va a buon fine e quindi deve rivivere l'obbligazione originaria con le relative garanzie prestate dal debitore.

Non rivivono invece le garanzie prestate dai terzi, salvo che colui che le ha prestate non abbia consentito espressamente a mantenerle all'atto della liberazione del debitore originario.

5.12 La delegazione di pagamento (delegatio solvendi)

La delegazione di pagamento (o *delegatio solvendi*), prevista dall'art. 1269 c.c., si configura quando il debitore delega un terzo solamente per eseguire un pagamento. L'incarico, conferito dal debitore delegante ad un terzo, ha ad oggetto l'esecuzione del pagamento a beneficio del creditore delegatario. Il pagamento, in funzione dell'incarico conferito, ottiene l'effetto di estinguere l'obbligazione del delegante.

Dal tenore letterale del comma 1 dell'art. 1269 c.c. è possibile ricavare i tre segmenti in grado di definire la fattispecie: 1) l'oggetto della delega è il pagamento, cioè l'esecuzione del debito, non già la sua assunzione; 2) il terzo delegato, nella delegazione di pagamento, non assume l'obbligazione verso il delegatario, salva la sua precisa scelta di obbligarsi facendo ricadere la fattispecie nella disciplina ordinaria della delegazione di debito di cui all'art. 1268 c.c. (la legge ammette che anche in questa ipotesi il delegato possa obbligarsi verso il creditore); 3) il delegante può vietare che il delegato, anziché rimanere mero esecutore del pagamento, si obblighi verso il creditore mutando la natura della delegazione.

La lettera della disposizione rende l'idea precisa sull'intenzione del legisla-

tore di creare una forma di delegazione di natura esecutiva, non diretta alla creazione di una nuova obbligazione, bensì all'investitura di un nuovo soggetto tenuto al pagamento, da affiancare al debitore originario.

Regole comuni per *delegatio promittendi* e *solvendi* riguardano la «estinzione della delegazione» (art. 1270 c.c.), più propriamente la sorte della delega in date ipotesi: il delegante può revocare la delega fino a quando il delegato non abbia eseguito il pagamento a favore del delegatario (comma 1) e il delegato può eseguire il pagamento a favore del delegatario anche dopo la morte o la sopravvenuta incapacità del delegante (comma 2).

Dalle disposizioni concernenti la *delegatio solvendi* può desumersi agevolmente la natura di questa fattispecie, della quale viene messa in risalto la finalità solutoria. Ciò nel senso che normalmente la *delegatio solvendi* presuppone una obbligazione del delegante verso il delegatario, scaduta o prossima a scadere, e ne predispone l'adempimento ad opera di un terzo delegato *ad hoc*.

Non è superfluo ribadire che dal punto di vista funzionale (e qui si considera la funzione essenziale dell'operazione) le due specie di delegazione, *promittendi* e *solvendi*, sono accomunabili: in entrambe il meccanismo delegatorio è imperniato sulla delega. Ma la diversità degli schemi non è trascurabile: la delegazione di pagamento è certamente differente dalla delegazione di debito, sia dal punto di vista strutturale, che per la sua finalità specifica.

Anche nella *delegatio solvendi* si ha una delega che viene a legittimare, per un verso, il terzo delegato a pagare e, per l'altro, il creditore delegatario a ricevere il pagamento, ma ovviamente non si costituisce (come invece nella delegazione di debito) un rapporto obbligatorio diretto tra delegato e delegatario.

Il delegato che, senza avere assunto alcun obbligo verso il delegatario, esegue il pagamento a favore di questo, non adempie un debito proprio. Ciò è di tutta evidenza se egli non sia debitore del delegante; ma qualora lo fosse, non si avrebbe adempimento del suo debito verso il delegante, semmai adempimento del debito del delegante verso il delegatario.

La figura del delegato che paga non deve confondersi con quella del terzo che adempie (in proprio) l'obbligo altrui (art. 1180 c.c.). Si evidenzia, fra le due fattispecie (delegazione di pagamento e adempimento del terzo), una particolare coincidenza nel fatto che in entrambi i casi vi è un soggetto, estraneo al rapporto fra il creditore ed il suo debitore, che intende adempiere al posto di quest'ultimo per soddisfare le pretese creditorie del primo e, con ciò, estinguere l'obbligazione. In entrambi i casi, poi, il terzo dichiara al creditore di adempiere nell'interesse del debitore, in maniera che il computo del pagamento avvenga a beneficio del debitore.

La principale differenza fra le due fattispecie – adempimento del terzo e delegazione di pagamento – si può rinvenire nel fatto che il delegato esegue il pagamento non già in funzione della sua volontà di estinguere il debito altrui ma, più propriamente, per eseguire l'incarico impartitogli dal delegante. E, soprattutto, tale volontà esecutiva è dichiarata al creditore che, proprio in forza dello iussum, accetta la prestazione a computo del delegante. È, perciò, la menzione fatta dal debitore di adempiere in ragione dell'incarico a far ricadere la fattispecie nella delegazione perché, al contrario, l'adempimento è attratto dalla disciplina di cui all'art. 1180 c.c..

Nella delegazione di pagamento, il delegato è strumento del delegante il quale adempie appunto per suo mezzo e perciò l'eventuale ripetizione dell'indebito spetta al delegante, mentre nell'adempimento del debito altrui spetterebbe al terzo che ha eseguito (in proprio) la prestazione.

Il terzo delegato per eseguire il pagamento può anche obbligarsi verso il creditore, salvo che il debitore delegante l'abbia vietato (art. 1269, comma 1, c.c.). In tal caso, la *delegatio solvendi* «si converte» in *delegatio promittendi*: il delegato assume l'obbligazione verso il delegatario. A tale fattispecie diventa quindi applicabile la disciplina della delegazione di debito.

6. L'espromissione: cumulativa e liberatoria

L'espromissione è il negozio mediante il quale un terzo (espromittente) assume nei confronti del creditore (espromissario) l'obbligazione del debitore (espromesso) senza delega di quest'ultimo (art. 1272 c.c.).

Dalla definizione si evince con immediata evidenza ciò che caratterizza l'espromissione e che la differenzia dalla delegazione: la spontaneità dell'iniziativa dell'espromittente, il quale si obbliga nei confronti del creditore non come delegato del debitore, ma come autonomo interventore.

L'espromissione si distingue dall'adempimento del terzo (art. 1180 c.c.) proprio perché l'espromittente non esegue un'attività solutoria, ma assume un'obbligazione.

Anche l'espromissione, al pari della delegazione, è un negozio di intervento, con cui il terzo assume il debito altrui e rafforza la posizione del creditore.

L'effetto naturale dell'espromissione, come quello della delegazione, è l'acquisto da parte del creditore di un ulteriore debitore, l'espromittente, che si aggiunge a quello espromesso: i due debitori sono obbligati in solido, con un effetto di rafforzamento delle ragioni creditorie (espromissione cumulativa).

Resta ferma la distinzione tra espromissione e fideiussione: valgono qui le osservazioni svolte con riguardo alla delegazione. Se il terzo interventore assume l'obbligazione a titolo di garanzia, il negozio va qualificato come fideiussione e la nuova posizione debitoria è quella del fideiussore.

Il debitore originario, cioè l'espromesso, diviene condebitore solidale assieme all'espromittente, ma in posizione di sussidiarietà rispetto a quest'ultimo. All'espromesso il creditore non può quindi rivolgersi senza avere prima richiesto inutilmente l'adempimento all'espromittente. Pur non essendoci una norma sull'espromissione che preveda la sussidiarietà con *beneficium ordinis*, trova applicazione analogica la regola della delegazione, poiché come la delegazione anche l'espromissione ha la normale finalità di sostituire il nuovo debitore nell'esecuzione della prestazione.

Il creditore espromissario può liberare il debitore espromesso, nel qual caso l'espromissione è detta liberatoria. A tal fine occorre una dichiarazione espressa dell'espromissario (1272, comma 1, c.c.).

La disciplina dell'espromissione non prevede che l'espromesso liberato sopporti il rischio dell'insolvenza del nuovo debitore. Se quindi l'espromittente è insolvente il creditore non può agire contro il debitore originario, salvo che nel liberare quest'ultimo si fosse riservato tale diritto.

L'impossibilità per il creditore insoddisfatto di agire contro il debitore originario in caso di insolvenza del nuovo debitore consegue alla normale definitività della vicenda traslativa dell'obbligazione. Se ormai il debito fa capo esclusivamente ad un altro soggetto, è il creditore che sopporta il rischio dell'insolvenza dell'unico, nuovo obbligato.

Nella delegazione (e nell'accollo) il debitore liberato sopporta il rischio dell'insolvenza del nuovo debitore se questi era insolvente già al momento di assumere l'obbligazione. Questa regola si spiega in ragione del ruolo attivo

svolto dal debitore originario, il quale delega o si accorda con il soggetto destinato a sostituirlo. Nell'espromissione, invece, l'iniziativa muove dal nuovo debitore e se il creditore decide di liberare il debitore originario lo fa a suo rischio esclusivo.

A seguito dell'espromissione liberatoria le garanzie si estinguono, salvo che il garante acconsenta al loro mantenimento (1275 c.c.). Questa regola è comune alla delegazione e all'accollo.

La dichiarazione di nullità e l'annullamento dell'espromissione liberatoria fanno rivivere l'obbligazione in capo al debitore originario (1276 c.c.). Anche questa regola è comune alla delegazione e all'accollo.

La reviviscenza dell'obbligazione originaria, però, non comporta reviviscenza delle garanzie prestate dai terzi.

6.1 La struttura dell'espromissione

La differenza tra le due tipologie di espromissione (cumulativa e liberatoria) si ripercuote sulla struttura dell'atto realizzativo. L'espromissione cumulativa, infatti, può prescindere dal consenso del creditore: si tratta di un negozio dal quale derivano obbligazioni a carico di una sola parte (l'espromittente). L'operazione, quindi, si può realizzare anche attraverso lo schema delineato dall'art. 1333 c.c., che nella più moderna lettura si configura come negozio giuridico unilaterale recettizio rifiutabile.

È ricorrente in dottrina l'affermazione che l'espromissione liberatoria, invece, postulando il consenso del creditore e configurandosi la liberazione come una controprestazione, ha natura di contratto bilaterale. Si tratta di un contratto a favore di terzi, e precisamente a favore del debitore espromesso. Questa qualificazione consente all'espromesso di rifiutare l'effetto liberatorio, ai sensi dell'art. 1411 c.c.. Sul punto, la giurisprudenza si mostra però contraria.

In realtà, per l'espromissione liberatoria valgono le stesse considerazioni svolte per la delegazione. La dichiarazione liberatoria del creditore può definirsi un «supplemento di fattispecie»: essa costituisce elemento non necessario, una variante legalmente tipica, ma prevista come del tutto eventuale, dell'espromissione. È un atto unilaterale recettizio, ad effetto estintivo, non però puramente e semplicemente identificabile con la remissione.

Anche l'espromissione liberatoria, quindi, può prescindere dal consenso del creditore, assumendo la struttura del negozio giuridico unilaterale recettizio, rifiutabile da parte del creditore.

6.2 L'espromissione come negozio parzialmente astratto: il regime delle eccezioni

Si è detto che l'assunzione del debito da parte dell'espromittente rafforza la posizione del creditore. Altro interesse che l'espromissione è diretta a realizzare è quello dell'espromittente inerente al suo rapporto con il debitore originario. Ad es., l'espromittente ha un debito verso quest'ultimo, e tramite l'espromissione intende estinguerlo.

Come per la delegazione può dirsi quindi che l'espromissione ha una « doppia causa » rappresentata dal rapporto di provvista (espromittente-debitore originario) e dal rapporto di valuta (espromissario-debitore originario).

L'espromissione, nella sua configurazione ordinaria, prescinde però dal rapporto di provvista. L'espromittente è cioè validamente obbligato quale che sia

il suo rapporto con il debitore originario. A differenza della delegazione pura, però, l'obbligazione dell'espromittente dipende dal rapporto di valuta tra debitore originario e creditore.

L'espromissione è dunque un negozio parzialmente astratto. Ciò può anche esprimersi dicendo che l'espromissione è parzialmente titolata.

In altri termini, l'espromissione è indipendente dal rapporto di provvista (quello cioè che intercorre tra debitore espromesso e terzo espromittente), e astrae da tale rapporto, ma non dal rapporto di valuta (quello cioè tra debitore e creditore).

La natura parzialmente astratta (e quindi parzialmente titolata) dell'espromissione si evince dal regime delle eccezioni dettato dall'art. 1272, comma 2, c.c.. L'espromittente, salvo diversa pattuizione, non può opporre al creditore le eccezioni relative ai suoi rapporti con l'espromesso, cioè le eccezioni relative al rapporto di provvista.

Può, invece, opporgli le eccezioni che allo stesso avrebbe potuto opporre il debitore originario: si tratta delle eccezioni basate sul rapporto di valuta (quali, ad esempio, l'inesistenza o l'avvenuta estinzione dell'obbligazione).

Si avverte qui una differenza rispetto alla disciplina della delegazione, dove normalmente il delegato non può opporre le eccezioni relative al rapporto di valuta. La differenza tra espromissione e delegazione si spiega in base al rilievo che quest'ultima è un'operazione di assunzione del debito che muove dall'iniziativa del debitore. Nella pratica commerciale l'esigenza di facilitare al debitore l'iniziativa di far intervenire un terzo come obbligato ha avuto come costo il riconoscimento di una più sicura posizione del creditore nei confronti del nuovo debitore.

Tale esigenza è estranea all'espromissione, dove il terzo assume di sua iniziativa l'obbligazione del debitore, senza delega di quest'ultimo.

Non tutte le eccezioni relative al rapporto di valuta possono essere opposte dall'espromittente. Anzitutto, non possono essere opposte le eccezioni personali al debitore originario, ossia le eccezioni che presuppongono una specifica legittimazione del soggetto (es., l'eccezione volta all'annullamento del contratto per vizio del consenso).

L'espromittente non può neppure opporre le eccezioni che il debitore originario avrebbe potuto opporre sulla base di fatti sopravvenuti all'espromissione (art. 1272, comma 3, c.c.). Questa regola può spiegarsi in base all'idea che l'obbligazione principale è ormai quella dell'espromittente: le vicende favorevoli al debitore originario, divenuto debitore sussidiario, non devono pregiudicare il preminente diritto del creditore verso il nuovo obbligato. Questa regola segna anche i limiti della norma, nel senso che essa non concerne l'adempimento eseguito dal debitore originario, né le altre forme di estinzione soddisfattiva dell'obbligazione, le quali liberano il debitore originario e possono costituire oggetto di eccezione da parte dell'espromittente (Bianca).

L'art. 1272, comma 3, c.c. esclude invece che l'espromittente possa opporre al creditore l'eccezione di compensazione che a quest'ultimo avrebbe potuto opporre il debitore originario.

6.3 *L'espromissione titolata*

Nella configurazione codicistica l'espromissione è concepita come parzialmente titolata. Ma tale disciplina ha carattere dispositivo e, quindi, è derogabile dalle parti, che possono titolare lo schema causale del negozio delegatorio

facendo «espreso riferimento» anche al rapporto di provvista (cioè quello tra debitore espromesso e terzo espromittente).

Con l'espromissione totalmente titolata il rapporto espromittente-espromissario si fa dipendere dal titolo su cui è fondato il rapporto sottostante di provvista, restando così esperibili le relative eccezioni.

6.4 Il rapporto tra espromittente ed espromesso

L'espromittente che paga al creditore può avere un diritto di rivalsa nei confronti del debitore espromesso. Questo diritto può avere titolo nel rapporto intercorrente tra debitore espromesso e terzo espromittente. L'espromittente, ad esempio, è mandatario del debitore originario: in tal caso la rivalsa spetta all'espromittente in base al rapporto di mandato, ai sensi degli artt. 1719 e 1720 c.c..

In mancanza di un precedente rapporto, trovano comunque applicazione le norme relative alla solidarietà passiva e al regresso. La costituzione del vincolo solidale tra l'espromittente e l'espromesso consente al primo di avvalersi dell'azione di regresso prevista a favore del condebitore solidale e della surrogazione legale.

7. L'accollo: le diverse figure e l'unità minima effettuale.

L'accollo costituisce, con la delegazione e l'espromissione, una delle tre fattispecie tipiche di assunzione del debito altrui.

L'accollo, in particolare, è un contratto tra il debitore (accollato) e un terzo (accollante), in forza del quale quest'ultimo assume il debito che il primo ha nei confronti del creditore, il quale rimane estraneo (ed è, perciò, terzo) rispetto alla convenzione di accollo. Per effetto dell'accollo, dunque, l'accollante è obbligato verso l'accollato a procurargli la liberazione, cioè a tenerlo indenne dal peso del debito.

Quello appena enunciato è lo schema causale minimo dell'accollo, la sua minima unità effettuale: si tratta del c.d. accollo semplice o interno, con efficacia circoscritta alle sole parti, con esclusione, quindi, di qualunque effetto nei confronti del creditore, il quale non può far valere alcuna pretesa nei confronti dell'accollante.

Questa forma di accordo non realizza una modificazione soggettiva del rapporto obbligatorio: unico soggetto obbligato nei confronti del creditore rimane il debitore originario.

Diverso è a dirsi nel caso di accollo esterno.

L'assunzione del debito altrui mediante accollo, oltre che per effetto della convenzione interna tra debitore e terzo, può realizzarsi anche in forza di una convenzione aperta all'adesione del creditore (art. 1273 c.c.), il quale acquista il diritto nei confronti dell'accollante. L'accollo con efficacia esterna può assumere svariate configurazioni e può attuarsi con modalità diverse: l'assunzione, infatti, può essere cumulativa ovvero liberatoria, a seconda che il debitore originario rimanga, oppure no, obbligato (in solido) con l'assuntore; la liberazione del debitore originario, a sua volta, può avvenire in forza di una espressa dichiarazione del creditore ovvero può costituire condizione espressa dell'accollo, nel qual caso l'adesione del creditore vale liberazione (art. 1273, 2° co., c.c.). Infine, le parti, nella loro autonomia, possono anche stipulare un accollo con effetto novativo.

Il termine “accollo” designa, quindi, fattispecie negoziali di diverso contenuto. Ma, in ognuna di esse ricorrono due dati costanti: sul piano strutturale, la convenzione interna tra debitore e terzo; su quello funzionale, l’assunzione del debito altrui.

Ne segue che di fronte alla concreta fattispecie, per stabilire se l’accollo sia interno o esterno (e, in quest’ultimo caso, se sia cumulativo, liberatorio o novativo) occorre aver riguardo alla volontà delle parti, cioè del debitore e dell’assuntore. Nel dubbio, secondo l’opinione dominante, si dovrà propendere per l’accollo interno, in forza della regola per cui, in principio, i negozi producono effetto soltanto tra le parti (art. 1372 c.c.). Accollo esterno potrà esservi solamente se la volontà del terzo di assumere il debito sarà comunicata al creditore: un atto, infatti, deve considerarsi recettizio tutte le volte che modifica, estingue o crea una situazione giuridica soggettiva. Pertanto, fino a quando la comunicazione della convenzione non sia avvenuta, non potrà esservi che accollo meramente interno.

Si è detto che in ogni forma di accollo ricorre la convenzione interna tra debitore e terzo, in forza della quale quest’ultimo si obbliga a tenere indenne il primo dal peso del debito. Ma talvolta è la stessa legge a porre a carico di un soggetto il debito altrui (c.d. accollo ex lege), a seguito di un negozio, intervenuto tra vecchio e nuovo obbligato, che non cade direttamente sul debito, ma che ha per oggetto un complesso di diritti o di rapporti patrimoniali a cui il debito inerisce. Anche per l’accollo legale, come per quello convenzionale, sono previste molteplici configurazioni, a seconda che si tratti di accollo interno o di accollo esterno, sia esso cumulativo o liberatorio (Troisi).

7.1. *L’accollo semplice o interno.*

Il legislatore, pur prevedendo, come si è appena detto, svariate ipotesi di accollo legale semplice o interno, non disciplina espressamente la convenzione di accollo con efficacia circoscritta alle parti. L’assenza di una disciplina espressa si giustifica in considerazione del principio stesso di autonomia privata e di quello per cui gli atti di autonomia, di regola, producono effetti soltanto tra le parti. In altre parole, l’accollo con efficacia interna, non importando alcuna deroga al principio secondo cui il negozio non produce effetti rispetto ai terzi, non rende necessaria una specifica previsione normativa.

Si tratta di un contratto atipico, in forza del quale l’accollante si obbliga verso l’accollato a tenerlo indenne dal peso del debito, senza assumere però il debito stesso di fronte al creditore, e senza, quindi, provocare alcuna modificazione soggettiva passiva del rapporto obbligatorio originario.

L’obbligazione dell’accollante può avere diverso contenuto: egli può assumere genericamente l’obbligo di procurare al debitore la liberazione, e, salvo diversa pattuizione, ha piena libertà nella scelta del modo in cui dare esecuzione all’accollo: così, ad es., può pagare il debito come terzo (art. 1180 c.c.), stipulare con il creditore una *datio in solutum* (art. 1197 c.c.), e così via; oppure può assumere con lui obblighi specifici: ad esempio, l’obbligo di pagare il debito come terzo, di assumere il debito mediante espromissione (art. 1272 c.c.), di procurare al debitore la somma da pagare o la cosa da prestare, di ricostituire il valore perduto nel patrimonio del debitore, e così via.

7.2 *L'accollo esterno: la causa*

Nel sistema del codice civile (artt. 1273 e 1235), se le parti stipulano un acollo destinato a spiegare efficacia esterna, sono configurabili tre tipi di acollo: cumulativo, privativo, novativo.

La struttura di questi tre tipi di acollo varia in dipendenza dei relativi regolamenti d'interessi, in applicazione del principio secondo cui la struttura di un atto dev'essere adeguata alla sua funzione.

Sotto il profilo della causa, si discute sulla possibilità di individuare la funzione dell'accollo nell'assunzione 'tout court' del debito altrui.

In senso affermativo muovono quanti ritengono che la funzione costante dell'accollo (così come dell'espromissione e della delegazione) sia l'assunzione del debito altrui. Possono variare, di volta in volta, i profili causali specifici, ma si tratta pur sempre di un negozio che presenta una causa propria del tipo.

In direzione analoga alla tesi fino ad ora esposta si è espressa in alcuni arresti la Cassazione che ha, infatti, affermato, sia pure con riferimento specifico all'espromissione, che il profilo causale si sostanzia nell'assunzione del debito altrui.

In una diversa prospettiva, si fa notare che è una tautologia ritenere che l'assunzione del debito altrui sia la causa dei negozi di assunzione del debito altrui. E si afferma che individuare la causa dell'accollo nell'assunzione del debito altrui significa fare una commistione tra causa del negozio ed effetto che esso è in grado di produrre. L'assunzione del debito è, infatti, effetto negoziale che può essere prodotto da una pluralità di negozi causali.

Si precisa che l'assunzione dell'obbligo altrui non esaurisce lo schema causale del negozio di acollo perché ad esso fa sempre riscontro una determinata modificazione di un rapporto interno tra accollante e accollato. Si ritiene, cioè, che il negozio di acollo sia un negozio autonomo: la causa del negozio di acollo, concluso fra vecchio e nuovo debitore consiste nella sua intrinseca destinazione a creare un obbligo nuovo dell'accollante, che dovrà esplicarsi nella direzione del creditore, e a modificare il rapporto interno esistente fra l'accollante e l'accollato. Il che, del resto, corrisponde all'intento normale delle parti, perché in effetti il nuovo debitore, accettando di assumersi un obbligo verso un terzo, intende estinguere non un rapporto obbligatorio cui egli è estraneo e che continua a restare per lui un elemento senza rilievo, ma solo, per lo meno di solito, un obbligo nascente dal negozio sottostante con il debitore originario.

Secondo altra parte della dottrina, è opportuno discorrere della causa dell'accollo distinguendo a seconda che si faccia riferimento al rapporto di valuta o a quello di provvista. Quanto a quest'ultimo, la causa è il concreto interesse che giustifica il trasferimento del debito dal vecchio al nuovo debitore, così che dovrebbe individuarsi a seconda dello schema contrattuale di riferimento (es. donazione, compravendita). Nel primo caso, invece, la causa è da collegare all'interesse che giustifica l'impegno dell'assuntore in favore dell'accollatario e lo schema al quale riferirsi dovrebbe essere quello generale del contratto a favore di terzo.

Una teoria intermedia considera l'accollo come un negozio dotato di una funzione generica, costante e tipica, consistente nell'assunzione del debito altrui. La causa specifica è variabile e coincide con il complessivo sistema di interessi che, nel caso concreto, determina le parti a convenire l'assunzione, da parte dell'accollante, del debito dell'accollato.

È evidente, in questa prospettiva, l'analogia con la delegazione e con l'espromissione.

L'accollo può essere caratterizzato da una doppia causa.

Causa dell'accollo è il concreto interesse che giustifica il trasferimento del debito dal vecchio al nuovo debitore. Causa dell'accollo è anche l'interesse che giustifica l'impegno dell'accollante in favore dell'accollatario.

Questi interessi ineriscono ai due rapporti di base, il rapporto di provvista, intercorrente tra debitore e accollante, e il rapporto di valuta, intercorrente tra debitore e accollatario. In questo senso può parlarsi anche per l'accollo di una «doppia causa».

Con riguardo al rapporto di provvista, la causa dell'accollo può essere costituita, ad esempio, da un'operazione di finanziamento che preveda il rilevamento dei debiti del finanziato anziché il versamento di una somma di denaro. Anche lo spirito di liberalità può integrare la causa dell'accollo se il terzo rileva il debito dell'obligato originario per spirito di liberalità nei suoi confronti.

Anche per l'accollo si pone il problema di stabilire se si tratti di un negozio astratto, come la delegazione pura, oppure titolato (ovvero parzialmente titolato, come l'espromissione).

Per stabilire la natura dell'accollo occorre considerare le norme che disciplinano il regime delle eccezioni (v. *amplius infra*).

7.3 Accollo cumulativo.

Se la convenzione di accollo tra debitore e terzo viene portata a conoscenza del creditore, questi può aderire alla convenzione, rendendola irrevocabile a suo favore (art. 1273, 1° co.).

Secondo il costante orientamento della giurisprudenza e l'opinione della dottrina dominante, l'accollo è regolato secondo lo schema generale della stipulazione a favore di terzo (art. 1411), stipulazione, come meglio diremo, contenuta nel contratto «in base al quale l'assunzione è avvenuta» (art. 1273, 4° co.), che consente al debitore-stipulante e all'assuntore-promittente di attribuire un diritto al creditore (terzo rispetto alla stipulazione conclusa in suo favore) senza la sua partecipazione alla stipulazione. L'adesione del creditore non è, perciò, elemento costitutivo della fattispecie, ma vale puramente e semplicemente a rendere irrevocabile la stipulazione a suo favore.

Questa costruzione trova conferma nella Relazione ministeriale al codice civile, ove si legge che l'accollo è una «tipica applicazione del contratto a favore di terzo, le regole del quale sia in ordine al momento e al modo in cui il creditore acquista il diritto, sia in ordine alle eccezioni, che il nuovo debitore può opporre al creditore che beneficia della stipulazione a suo favore, sono espressamente richiamate».

Questa costruzione è giustificata sia dal ricorrere dei requisiti propri del contratto a favore di terzi (l'interesse del debitore-stipulante e il favor per il creditore-terzo), sia dalla coincidenza degli effetti dell'adesione del creditore e del regime delle eccezioni.

Quanto all'interesse del debitore-stipulante, esso consiste nell'ottenere dal terzo-promittente l'assunzione dell'obbligazione verso il proprio creditore: assunzione, ad esempio, corrispettiva alla prestazione dell'accollato nei confronti dell'accollante, come accade nella vendita con accollo del mutuo, dove l'interesse del venditore-accollato (ad es., debitore originario di un istituto di

credito) consiste, in attuazione della *causa vendendi*, nello scambio della titolarità del diritto di proprietà del bene oggetto della vendita con l'assunzione del suo debito verso la banca da parte del compratore-accollante.

Il *favor* per il creditore-terzo consiste, poi, nella cosiddetta moltiplicazione soggettiva dell'obbligazione: un nuovo debitore - il cui patrimonio viene assoggettato ai poteri conservativi ed esecutivi del creditore - si aggiunge all'originario, che rimane obbligato in solido col primo. Il creditore non ottiene un vantaggio meramente economico, ma acquista una pretesa nei confronti dell'assuntore.

Quanto alla coincidenza degli effetti dell'adesione del creditore (art. 1273, 1° co.), si afferma che tale adesione altro non è se non la dichiarazione del terzo di voler profittare della convenzione a suo favore (art. 1411, 2° co.). Pertanto, essa non è elemento perfezionativo dell'accollo, ma è negozio giuridico autonomo che ha l'effetto di rendere irrevocabile il diritto costituito a suo favore.

La convenzione di accollo, come si è detto, una volta ricevuta dal creditore, è senz'altro produttiva dell'effetto acquisitivo a suo favore: si tratta, peraltro, di un effetto instabile, suscettibile cioè di caducazione a seguito di due diversi tipi di vicende: il rifiuto del destinatario (creditore-accollatario) e la revoca dello stipulante (debitore originario-accollato). L'adesione dell'accollatario, quale atto integrativo dell'efficacia della convenzione (confermativo di un diritto già acquisito), consuma il suo potere di rifiuto ed estingue, insieme, il potere di revoca dell'accollato, rendendo, in tal modo, stabile il suo acquisto.

Se il creditore aderisce all'accollo, accetta implicitamente il nuovo debitore nel ruolo di obbligato principale, con la conseguenza della degradazione del debito originario da principale a sussidiario (in analogia a quanto previsto per la delegazione dall'art. 1268, 2° co.), sì che egli avrà l'onere di richiedere preventivamente l'adempimento all'accollante (anche se non è tenuto ad escuterlo preventivamente), e solo dopo che la richiesta sia risultata infruttuosa potrà rivolgersi all'accollato (*beneficium ordinis*).

Fino a quando il creditore non abbia aderito alla convenzione, questa può essere revocata (o modificata).

Può accadere che il creditore non aderisca alla convenzione stipulata a suo favore: l'esercizio del potere di rifiuto (atto unilaterale recettizio, eliminativo dell'efficacia esterna della stipulazione e, perciò stesso, dell'acquisto del diritto), a tutela dell'intangibilità della sua sfera giuridica, consuma il suo potere di aderire alla convenzione. Conseguentemente, in applicazione dell'art. 1411, 3° co., l'obbligazione assunta dall'accollante, salvo patto contrario, rimane a beneficio dell'accollato: in altre parole, la mancata adesione del creditore riassegna alla prestazione promessa dall'accollante la sua originaria direzione "interna", restando a beneficio dello stipulante-debitore originario.

7.3.1 Accollo cumulativo, *beneficium ordinis* e applicabilità dell'art. 1268 c.c.

L'accollo è, di regola, cumulativo, nel senso che al debitore originario, che non viene liberato, si affianca l'accollante.

Uno dei problemi più dibattuti in tema di accollo cumulativo è relativo alla possibilità di considerare l'accollato obbligato in via sussidiaria rispetto all'accollante. La disciplina dell'accollo nulla prevede al riguardo.

La Cassazione afferma che «nell'accollo cumulativo il creditore non può

rivolgersi indifferentemente all'accollante o all'accollato o ad entrambi, ma prima di rivolgersi all'accollato ha l'onere di chiedere l'adempimento all'accollante senza essere tuttavia tenuto ad escuterlo, agendo in executivis, e solo dopo che la richiesta sia risultata infruttuosa può rivolgersi all'accollato».

Più nel dettaglio, si precisa che nell'accollo cumulativo, che richiede l'adesione del creditore, deve ricevere applicazione analogica la regola stabilita per la delegazione dall'art. 1268, comma 2, cod. civ., ai sensi della quale l'obbligazione del delegante degrada ad obbligazione sussidiaria, di tal che il creditore ha l'onere di chiedere preventivamente l'adempimento all'accollante.

La giurisprudenza evidenzia che la dottrina ha argomentato in questo senso richiamando: la compatibilità di sussidiarietà e solidarietà; l'unità del fenomeno dell'assunzione del debito altrui; la disciplina di alcune ipotesi tipiche di accollo cumulativo (artt. 1408, comma 2; 2356; 2481 cod. civ.); alcune argomentazioni di carattere sistematico.

Segnatamente, nell'accollo cumulativo il peso definitivo del debito è destinato a gravare interamente sull'accollante, sicché lo schema appropriato è quello dell'obbligazione solidale passiva ad interesse unisoggettivo, la cui modalità tipica è la sussidiarietà. Si aggiunge, altresì, che l'indicato orientamento dottrinale è recepito anche in considerazione della circostanza che, se il creditore aderisce all'accollo, accetta implicitamente il nuovo debitore nel ruolo di obbligato principale, con la conseguenza che l'applicazione della regola della degradazione dell'obbligazione dell'accollato ad obbligazione sussidiaria è pienamente giustificata.

7.4 Accollo privato

L'accollo privato è previsto dall'art. 1273, comma 2, c.c., in base al quale l'adesione del creditore importa liberazione del debitore originario solo se ciò costituisce condizione espressa della stipulazione o se il creditore dichiara espressamente di liberarlo.

Nella seconda ipotesi, la liberazione del debitore non è effetto dell'accollo come stipulazione tra assuntore e debitore (che, in sé, è semplicemente negozio di assunzione del debito altrui), ma della successiva dichiarazione unilaterale del creditore (terzo rispetto alla stipulazione conclusa a suo favore). Non viene cioè alterata la struttura del contratto di accollo.

Maggiore complessità, sia sul piano della struttura sia su quello della funzione, presenta, invece, la prima ipotesi. Nell'accollo propriamente privato, ossia programmato come tale tra debitore e terzo assuntore, la liberazione del debitore originario è posta al creditore, che rimane terzo rispetto alla stipulazione, quale condizione per l'assunzione esterna dell'obbligazione. L'adesione del creditore, in tal caso, è non soltanto dichiarazione di "voler profittare" della stipulazione (che diventa irrevocabile a suo favore), ma, dati i termini della convenzione a cui aderisce, realizza contemporaneamente l'evento dedotto in condizione (volontaria), comportando la liberazione del debitore originario. Se, invece, il creditore rifiuta di aderire alla convenzione di accollo, non realizzando la condizione apposta ad essa, la convenzione sarà definitivamente inefficace (senza che l'accollo esterno, in quanto programmato come liberatorio, possa "convertirsi" in accollo interno), a meno che il debitore-accollato, nel solo interesse del quale la condizione di liberazione è stabilita (c.d. condizione unilaterale), rinunci ad avvalersene.

Con la liberazione del debitore si verifica anche l'estinzione delle garanzie

eventualmente prestate da un terzo, perché non è indifferente per il garante la persona del debitore, a meno che colui che le ha prestate non consente espressamente a mantenerle (art. 1275). Non si estinguono, invece, né le garanzie reali prestate dall'accollante, né quelle prestate dal debitore stesso, in forza del principio di responsabilità per l'iniziativa dell'operazione (ex art. 1274, 3° co.).

Peraltro, la successione del terzo assunto nella stessa situazione giuridica soggettiva passiva, già facente capo al debitore originario, permette al creditore di mantenere intatti gli eventuali privilegi che assistano il suo credito, in considerazione del legame tra i privilegi stessi e la causa dell'obbligazione originaria.

Va, infine, sottolineato che nel solo acollo condizionato alla liberazione del debitore originario (ex art. 1274, 3° co., che non fa menzione dell'acollo incondizionato), se l'accollante era insolvente al tempo in cui assunse il debito, il debitore originario "non è liberato" (e ciò, per impedire che l'acollo diventi uno strumento di collusione tra accollante e accollato a danno del creditore); se, invece, l'accollante diviene insolvente successivamente, il creditore non può agire contro il debitore originario, salvo che ne abbia fatto espressa riserva.

Se la convenzione di acollo è dichiarata nulla o è annullata - sia, oppure no, essa condizionata - l'obbligazione del debitore originario "rivive", ma il creditore non può avvalersi delle garanzie prestate da terzi (art. 1276). È opinione pacifica (37) che analoghe conseguenze si producano, nonostante il silenzio della legge, anche quando la convenzione di acollo venga meno per rescissione, risoluzione o per revocazione ex art. 2901.

7.5 L'acollo novativo

La convenzione di acollo, può produrre non una successione a titolo particolare, ma, se programmata come assunzione novativa, l'estinzione dell'obbligazione originaria in funzione della costituzione di una nuova obbligazione, che rimane insensibile a qualunque vicenda relativa all'obbligazione precedente (c.d. novazione soggettiva: art. 1235). Nell'acollo novativo, che rispetto all'acollo propriamente privativo presenta per il creditore l'ulteriore vantaggio dell'inopponibilità delle eccezioni fondate sul rapporto originario, l'estinzione di tale rapporto è posta al creditore quale condizione (volontaria) per l'assunzione esterna dell'obbligazione. Il creditore, che rimane terzo rispetto alla stipulazione conclusa a suo favore, chiamato ad aderire a un acollo novativo, opera una valutazione comparativa degli interessi tra la conservazione del rapporto originario, che comporta il mancato acquisto dell'obbligazione nei confronti del terzo assunto, e l'estinzione dello stesso, che gli consente di acquistare la nuova ragione di credito.

Nonostante il dichiarato intento del legislatore - mediante il rinvio dell'art. 1235 agli artt. 1268 ss. - di «non attribuire nessun rilievo pratico alla distinzione tra novazione e successione nel debito», è opinione prevalente che la necessità di distinguere tra novazione e successione non risulta superata. Benché il regime delle eccezioni fondate sul contratto in base al quale l'assunzione è avvenuta e la sorte delle garanzie - gli aspetti tradizionalmente considerati più significativi - ricevano una disciplina uniforme, si ritiene che la distinzione conservi rilevanza per la soluzione di una serie di problemi non considerati, e dunque non regolati, dal legislatore, quali, ad esempio, la decorrenza del ter-

mine di prescrizione dell'obbligazione dell'assuntore in caso di novazione; la durata del termine di prescrizione dell'obbligazione dell'assuntore, nel caso in cui il debito originario sia sottoposto a prescrizione breve; la sorte dei privilegi generali, legati alla causa dell'obbligazione; l'opponibilità delle eccezioni fondate sul rapporto di valuta; il rispetto della clausola compromissoria e del pactum de non petendo, eventualmente stipulati tra creditore e debitore originario.

7.6. L'accollo *ex lege*

Oltre all'accollo volontario, di cui si è finora trattato, il sistema prevede numerose ipotesi in cui l'assunzione del debito altrui mediante accollo si produce in forza di una previsione normativa (che prescinde dalla volontà negoziale), normalmente in conseguenza di un negozio che non cade direttamente sul debito ma su di un bene o un complesso di beni o di rapporti patrimoniali a cui il debito inerisce. Tali ipotesi normative trovano il loro fondamento nell'esigenza di responsabilizzare l'acquirente in ordine a debiti inerenti al bene o alla posizione giuridica acquisita (es., artt. 2560, 2° co.; 2112, 2° co.) o nell'esigenza di rendere direttamente responsabile il soggetto nel cui interesse l'obbligazione è stata contratta (es., artt. 2031, 1719) o, ancora, nell'esigenza di rafforzare la garanzia del creditore (es., artt. 1762, 2° co.; 1717, 1° co.).

L'utilità dogmatica della categoria dell'accollo legale è ravvisata nella possibilità di applicare, accanto alla disciplina delle singole fattispecie, i principi regolatori dell'accollo convenzionale, al fine di completarne la disciplina. Si pensi, ad esempio, all'applicabilità dell'art. 1273, 4° co., sia nel punto in cui circoscrive l'obbligo dell'assuntore "nei limiti in cui ha assunto il debito", sia nel punto in cui ammette l'opponibilità delle eccezioni «fondate sul contratto in base al quale l'assunzione è avvenuta»; si pensi, ancora, all'applicabilità dell'art. 1275, sul destino delle garanzie prestate per il debito assunto, e dell'art. 1276, sulle conseguenze dell'invalidità del negozio a cui per legge è connesso l'accollo, e così via.

Come si è detto all'inizio, anche per l'accollo legale, come per quello convenzionale, sono previste molteplici configurazioni, a seconda che si tratti di accollo interno (ad es., artt. 668, 1° co.; 1010, 1° co.; 1917; 2031, 1° co., c.c.) o di accollo esterno, sia esso cumulativo (ad es., artt. 1546; 1717, 1° co.; 1762, 2° co.; 2356; 2481 c.c.) o liberatorio (ad es., artt. 1408, 1° co.; 1599; 1602; 1918; 2558, 1° co.; 2610, 1° co., c.c.).

Casi di accollo *ex lege* liberatorio sono considerati quelli che si verificano quando la legge impone ad un soggetto di rilevare da un debito un altro soggetto, ma senza trasferire l'obbligo al primo e senza accordare al creditore un'azione diretta contro di lui.

Il riferimento è, per esempio, all'art. 1010 c.c., nella parte in cui prevede che l'usufruttuario dell'eredità o di una quota della stessa è obbligato a pagare per intero, o in proporzione della quota, le annualità e gli interessi dei debiti o dei legati dai quali l'eredità sia gravata. L'usufruttuario dell'eredità adempie ad un obbligo altrui, cioè dell'erede, ed è infatti solo verso quest'ultimo che i creditori possono agire.

Si ha accollo liberatorio *ex lege* quando la legge dispone il trasferimento del debito ad un nuovo soggetto, mentre l'originario obbligato esce dal rapporto. È il caso previsto dall'art. 2558 cod. civ., dove a tutela della continuità di impresa e in deroga al regime generale della cessione del contratto, si prevede

che, se i contratti non hanno carattere personale, la successione è disposta indipendentemente dal consenso del ceduto. La particolarità di questi casi è legata anche alla circostanza che la successione non avviene soltanto nei contratti con prestazioni corrispettive ineseguite, menzionati nell'art. 1406 c.c..

Il terzo contraente ha la possibilità di recedere per giusta causa entro tre mesi dal trasferimento. Tale rimedio, però, interviene in un rapporto che è già passato all'acquirente, senza che la mancata dichiarazione di voler recedere possa configurarsi come elemento di perfezione nella successione del contratto.

I casi più frequenti di accollo ex lege integrano un'assunzione cumulativa che è disposta, per lo più, per una delle seguenti ragioni: a) per rafforzare la garanzia del creditore; b) a seguito della trasmissione dell'interesse per il quale l'obbligazione fu contratta; c) per il formarsi di una comunione di interessi col debitore originario 181.

Un esempio riconducibile alla lett. a) è quello dell'art. 1717 c.c.. In questa ipotesi, in particolare, sottrarre al creditore la garanzia del primo obbligato significherebbe tradire l'affidamento riposto dal creditore stesso nell'esecuzione del contratto da parte dell'alto contraente. Ai sensi della disposizione in oggetto il mandatario che, nell'esecuzione del mandato, sostituisce altri a se stesso, senza esservi autorizzato o senza che ciò sia necessario per la natura dell'incarico, risponde dell'operato della persona sostituita.

L'autorizzazione dunque «equivale all'espressa dichiarazione di liberare il debitore originario»; invece, «quando sia mancata l'autorizzazione, la sostituzione produce l'effetto dell'accollo cumulativo degli obblighi gravanti sul mandatario».

Un caso di accollo ex lege previsto a seguito della trasmissione dell'interesse per il quale l'obbligazione fu contratta e, come tale, riconducibile alla lett. b) dell'elenco prima proposto, è quello al quale si riferisce l'art. 1546 cod. civ. in tema di vendita di eredità. Ivi si legge che il compratore, se non vi è patto contrario, è obbligato in solido con il venditore a pagare i debiti ereditari. La norma non è diretta a regolare la ripartizione interna dei debiti e pesi ereditari fra erede e compratore, ma ad attribuire ai creditori un nuovo debitore.

Le parti, infatti, non possono convenzionalmente stabilire che resti obbligato solo l'erede, perché ai creditori non può essere sottratta la garanzia costituita dai beni ereditari. Il creditore deve rinunciare espressamente alla responsabilità dell'alienate, affinché questi, nel caso di vendita di eredità, sia liberato. Vale, dunque, in questo caso la previsione dell'art. 1273, comma 2, c.c..

Allo stesso gruppo di ipotesi di accollo ex lege va ricondotto anche l'art. 2560 cod. civ. Ivi si prevede che l'alienante non è liberato dai debiti, inerenti all'esercizio dell'azienda ceduta, anteriori al trasferimento, se non risulta che i creditori vi abbiano consentito. Nel trasferimento di un'azienda commerciale risponde dei debiti suddetti anche l'acquirente, se essi risultano dai libri contabili obbligatori. Parte della dottrina interpreta la norma in oggetto avendo come punto di riferimento l'art. 1273 cod. civ.. Segnatamente, si ritiene che vadano messe in evidenza non solo le deroghe dell'art. 2560 cod. civ. rispetto all'art. 1273 cod. civ., ma anche i punti in cui le due discipline coincidono.

Quanto al primo aspetto, quello cioè delle deroghe, si nota che in base all'art. 2560 cod. civ. non è necessaria l'espressa adesione per l'acquisto del nuovo debitore, ma l'adesione, anche se la stipulazione è incondizionata, comporta la liberazione dell'antico debitore e cioè dell'alienante. Si è fatto notare però che «di rilievo maggiore della deroga all'art. 1273 cod. civ. è

però il punto in cui la disciplina generale dell'accollo e quella particolare della cessione di azienda coincidono» e cioè la circostanza che in entrambi i casi il terzo risponde nei limiti in cui ha assunto il debito. La responsabilità dell'acquirente dell'azienda è limitata, infatti, ai debiti che risultano dai libri contabili obbligatori.

7.7 *L'accollo di debiti futuri*

Anche i negozi di assunzione del debito altrui sono assoggettabili al disposto degli artt. 1346-1348 cod. civ., in base ai quali la prestazione di cose future può essere dedotta in contratto e l'oggetto non deve necessariamente essere determinato al momento della conclusione del contratto, potendo lo stesso risultare anche solo determinabile e futuro

In particolare, l'art. 1348 cod. civ. si ritiene applicabile non solo ai beni, ma anche ai diritti futuri, intesi come diritti su cose future o diritti derivanti da fattispecie negoziali o legali non ancora perfezionate.

Il quadro normativo rende quindi ammissibile l'accollo di debiti futuri, anche l'accollo esterno: si tratta di un contratto a favore di terzo in cui l'attualità del diritto dell'accollatario, data la stipulazione in suo favore, non contrasta con la non contestuale esistenza dell'obbligo del debitore originario. Il terzo è obbligato verso il creditore nei limiti in cui ha assunto il debito e, conseguentemente, il diritto dell'accollatario di pretendere la prestazione futura anche dall'accollante non può che divenire esigibile nello stesso momento nel quale lo sarebbe verso il debitore originario, e cioè quando il rapporto di valuta viene effettivamente ad instaurarsi.

Una questione molto dibattuta, nel caso di accollo di debiti futuri, è quella relativa all'ammissibilità della determinazione unilaterale del contenuto del rapporto di valuta.

Potrebbe verificarsi, infatti, che sia l'accollato, in concreto, a determinare, in tutto o in parte, la prestazione dell'accollante e che quest'ultimo, a sua volta, assuma un impegno senza rendersi conto dell'effettiva portata dello stesso; impegno che potrebbe poi risultare per lui particolarmente gravoso. Di qui muove la tesi contraria all'ammissibilità dell'accollo di debiti futuri: la soluzione negativa risponde all'esigenza di evitare che una parte sia soggetta all'arbitrio dell'altra quanto alla determinazione del contenuto del contratto, tanto più che il codice civile prevede solo la possibile determinazione del contenuto del contratto ad opera di un terzo e non di uno dei soggetti titolari del rapporto.

Anche quanti negano l'accollo di debito futuro non escludono che effetti analoghi possano essere ricondotti ad una sorta di negozio preliminare di accollo.

7.8. *Accollo e fideiussione*

L'assunzione cumulativa del debito, che si può realizzare con l'accollo, comporta la duplicazione delle posizioni debitorie e, conseguentemente, il rafforzamento della posizione del creditore che vede accresciute le possibilità di soddisfazione del suo interesse.

Tali circostanze inducono a chiedersi se, e in che termini, all'accollo possa attribuirsi una funzione di garanzia e quali siano, in particolare, le affinità e le diversità con la fideiussione.

Possono qui essere riprodotte le considerazioni svolte con riguardo al rapporto tra delegazione e fideiussione. Analoghe differenze intercorrono tra accollo e fideiussione.

Un dato è costantemente richiamato dalla dottrina, concorde nell'evidenziare che l'accollante assume il debito dell'obligato originario, mentre il fideiussore si limita a fornire una garanzia accessoria rispetto all'obligazione principale. In altri termini, l'accollo è caratterizzato dall'appropriazione dell'altrui debito da parte del nuovo debitore, che ne assume peso economico e titolarità.

Nella fideiussione, invece, il garante assume un debito proprio, tanto è vero che l'oggetto dell'obligazione del garante può non coincidere con quello dell'obligazione garantita e, tra l'altro, il peso economico e giuridico del debito continua a gravare sull'originario titolare.

Lo spostamento del peso del debito in capo al nuovo debitore varrebbe a segnalare che non è conferente, per i negozi di assunzione del debito altrui, il richiamo alla garanzia in senso tecnico.

Le differenze tra accollo e fideiussione si riflettono sulla disciplina applicabile.

Riguardo al regime delle eccezioni, l'art. 1945 c.c. consente al fideiussore di opporre al creditore tutte le eccezioni che spettano al debitore principale, salva quella derivante dall'incapacità. L'accollante, invece, in base al disposto dell'art. 1273 c.c., può opporre al creditore solo le eccezioni fondate sul contratto in base al quale l'assunzione è avvenuta.

Quando il terzo assume un'obligazione di tipo fideiussorio trova applicazione l'art. 1239, comma 1, c.c., ai sensi del quale la liberazione del debitore originario determina l'estinzione dell'obbligo del fideiussore; esito evidentemente contrastante con la logica e la disciplina dell'accollo.

7.9 Il regime delle eccezioni

Come per la delegazione e l'espromissione, anche per l'accollo si pone il problema di stabilire se si tratti di un negozio astratto, come la delegazione pura, oppure titolato (ovvero parzialmente titolato, come l'espromissione).

Per stabilire la natura dell'accollo occorre considerare le norme che disciplinano il regime delle eccezioni.

Il codice civile, al riguardo, consente all'accollante di opporre all'accollatario le eccezioni che avrebbe potuto opporre al debitore originario (1273, comma 4, c.c.): si tratta delle eccezioni relative al rapporto di provvista. All'accollante è dato pertanto eccipere l'invalidità dell'accollo, giovandosi dei rimedi contrattuali contro l'inadempimento del debitore originario, e far valere le clausole del contratto di accollo, nei limiti del quale egli è obbligato.

L'eventuale nullità, annullamento o risoluzione del «contratto in base al quale l'assunzione è avvenuta» fa venir meno la stessa assunzione, con la conseguenza che, nei confronti del creditore (che ha aderito alla convenzione che regola «il rapporto di provvista»), cade la modificazione soggettiva passiva della preesistente obligazione.

Ciò spiega perché l'accollante può opporre al creditore-accollatario «le eccezioni fondate sul contratto in base al quale l'assunzione è avvenuta» (art. 1273, 4° co.), tra cui quelle causali, fondate cioè sul difetto genetico o funzionale di questo contratto; nonché quelle relative ad «altri rapporti» tra assunto e debitore originario, sempre che siano stati richiamati nella convenzione di

accollo, ad integrazione dei “limiti” dell’assunzione stessa ex art. 1273, comma 4, c.c..

L’accollo è quindi un negozio titolato rispetto al rapporto sottostante di provvista. Si tratta di stabilire se l’accollo sia astratto o titolato rispetto all’altro rapporto sottostante: quello di valuta.

La disciplina dell’istituto non prevede nulla al riguardo. Si pone il problema di interpretare il silenzio del legislatore.

Esso può essere interpretato nel senso dell’impossibilità di far valere le eccezioni relative al rapporto tra debitore accollato e creditore accollatario. Mentre la disciplina dell’espromissione prevede l’esperibilità delle azioni relative al rapporto di valuta, altrettanto non è nell’accollo, dove il legislatore ha disposto solo l’opponibilità delle eccezioni relative al rapporto di provvista: *ubi voluit dixit, ubi noluit tacuit*.

In questa prospettiva, l’accollo astraie da rapporto di valuta: si tratterebbe quindi di un negozio parzialmente titolato, in relazione al solo rapporto di provvista.

Può però essere avanzata una diversa interpretazione de dato normativo. Dal contenuto dell’accollo può desumersi il contrario: l’accollante può opporre al creditore le eccezioni che a quest’ultimo potrebbe o avrebbe potuto opporre il debitore originario. Ciò può essere considerato conseguenza implicita e automatica del fatto che l’accollo è un contratto con il quale una parte assume la posizione debitoria dell’altra verso il creditore: una più grave posizione debitoria dell’accollante andrebbe al di là del contenuto del negozio di accollo, che si configura quindi come titolato.

Quando l’accollo non è novativo, quindi, l’accollante possa opporre all’accollatario anche le eccezioni fondate sul rapporto di valuta, comportando l’assunzione del debito altrui la successione particolare dell’assuntore nella stessa situazione debitoria originaria.

Al riguardo, è stato autorevolmente dimostrato come la causalità dell’accollo - cioè, la dipendenza funzionale dell’obbligazione dell’accollante dal «contratto in base al quale l’assunzione è avvenuta» (e la conseguente opponibilità delle relative eccezioni) - sia compatibile con lo schema della successione nel debito, secondo cui l’obbligazione nella quale l’accollante subentra rimane causalmente collegata al suo negozio d’origine (tra debitore originario e creditore). Il meccanismo dell’accollo è, infatti, perfettamente simmetrico a quello dei negozi che producono il trasferimento dei diritti, solo che, qui, oggetto del trasferimento è un debito; e come il negozio traslativo, ad esempio, del diritto di credito rappresenta per l’acquirente il titolo costitutivo non del diritto ma dell’acquisto derivativo di esso, così l’accollo non è fattispecie costitutiva di un’obbligazione nuova dell’assuntore verso il creditore, ma semplicemente titolo del subingresso dell’assuntore nella preesistente obbligazione. In altre parole, l’accollo giustifica causalmente soltanto la modificazione soggettiva, che è il solo nuovo effetto che si produce (nella direzione accollante-accollatario) ed è quindi il solo effetto che esige una nuova giustificazione causale.

Questa ricostruzione comporta, come si è accennato, una serie di corollari: innanzitutto, riguardo al regime delle eccezioni opponibili dall’accollante all’accollatario, segnatamente quelle fondate sul rapporto di valuta che l’accollante si è assunto, subentrando nella stessa posizione debitoria originaria; e, poi, con riguardo alla posizione del creditore, la possibilità di far valere, anche nei confronti dell’assuntore, i privilegi generali che, eventualmente, assistevano il diritto del creditore nei confronti del debitore originario.

In applicazione analogica delle norme sull'espromissione (1272 c.c.), non sono invece opponibili le eccezioni personali al debitore originario né quelle relative a fatti successivi all'accollo, né possono essere opposti in compensazione i crediti del debitore originario verso l'accollatario.

8. Le modificazioni oggettive del rapporto obbligatorio. La surrogazione reale

Il rapporto obbligatorio può subire modificazioni anche sotto il profilo oggettivo. Si tratta di mutamenti che possono riguardare il titolo e il contenuto dell'obbligazione.

Una forma particolare di modificazione oggettiva è rappresentata dalla c.d. surrogazione reale, fattispecie in forza della quale ad un oggetto del rapporto se ne sostituisce un altro.

La funzione dell'istituto è di conservare l'originaria situazione giuridica consentendone, per quanto possibile, l'ulteriore realizzazione. Con il meccanismo surrogatorio si verifica la conservazione di una preesistente situazione giuridica, alla quale, in date circostanze sopravvenute, l'ordinamento concede ulteriore protezione. Il diritto "si trasferisce" su un'altra cosa e, quindi, non si estingue, ma rimane in vita e mantiene inalterata la propria natura, pur modificandosi nell'oggetto.

Il meccanismo surrogatorio, dunque, è un congegno di cui, in certi casi, viene dotato il diritto soggettivo per la fondamentale esigenza di effettività della tutela giuridica; esso opera come rimedio legale, assicurando la continuità pratico-giuridica della situazione originaria nella sua "componente di valore". Perciò quando una cosa è sostituibile con un'altra, o, se perita, è addirittura ripristinabile, non si può escludere che il diritto preesistente rimanga in vita, trasferendosi su quella che in via surrogatoria ne prende il posto.

Il meccanismo surrogatorio, con il suo tipico effetto conservativo, opera sempre come rimedio che assicura l'ulteriore realizzazione della situazione giuridica. Ma perché ne sia possibile il funzionamento, occorre che l'oggetto del diritto (il bene in senso giuridico) consenta il mutamento del suo elemento materiale (la cosa). Occorre cioè che questo elemento materiale sia, per dir così, fungibile o, al limite, convertibile in valore pecuniario: allora si ha un vero mutamento "nel" (l'oggetto del) diritto, ossia uno svolgimento interno della situazione giuridica, non un mutamento "del" diritto, una sua "trasformazione", o tanto meno una "novazione".

Il prototipo della figura in esame è la "surrogazione dell'indennità alla cosa", disciplinata dall'art. 2742 c.c.: l'indennità di assicurazione si sostituisce alla cosa che forma oggetto di garanzia reale (privilegio, pegno o ipoteca) in caso di perimento o deterioramento della cosa medesima. Tale surrogazione costituisce un rimedio adeguato affinché la sicurezza del credito non venga meno in caso di eventi pregiudizievoli per la sorte della garanzia reale. La ratio è da ravvisare nell'esigenza di ulteriore tutela dei creditori muniti di garanzia reale: un efficiente strumento di garanzia dev'essere congegnato in modo da salvaguardare il creditore dal rischio di perdere tale garanzia, e il costo della relativa copertura non può non considerarsi a carico del garante (debitore o terzo); così, l'assicurazione contro i danni, attraverso il meccanismo surrogatorio, diventa idoneo strumento di questa ulteriore tutela.

Anche l'art. 1017 c.c., in materia di usufrutto, in caso di perimento della cosa sulla quale insiste il diritto reale, introduce un meccanismo surrogatorio

reale in forza del quale l'usufrutto si trasferisce sull'indennità dovuta dal responsabile del danno.

una regola di carattere più generale è dettata dall'art. 1259 c.c., il quale, con riferimento all'impossibilità sopravvenuta della prestazione, prevede il subentro del creditore nei diritti spettanti al debitore in dipendenza del fatto che ha causato l'impossibilità, garantendo inoltre al primo la possibilità di esigere dal secondo quanto questi abbia conseguito a titolo di risarcimento.

