**DIRITTO CIVILE**

**Prima Lezione (7-10-2014)**

Cos’è il diritto civile? Perché il diritto civile? Lo scopriremo alla fine del corso. Noi abbiamo già studiato le istituzioni di diritto privato e la materia di cui si occupa il diritto civile è la stessa di cui si occupava l’esame di istituzioni di diritto privato. Allora perché il diritto civile? Perché il diritto civile è un esame che rappresenta un approfondimento di alcuni argomenti scelti dal docente, di alcuni argomenti di diritto privato, approfondimenti di carattere monografico. Quindi noi faremo ragionamenti discutibili (come tutti i ragionamenti), per formare una mentalità, per formare il giurista. Il corso di diritto civile storicamente è l’unico corso monografico, tutti gli altri corsi sono istituzionali (istituzioni di diritto commerciale per es. ).

Il diritto civile quindi è l’unica materia che offre questa visione su come si ragiona intorno agli istituti di diritto.

Noi conosciamo le nozioni di base, le nozioni fondamentali. Dobbiamo ordinarle, approfondirle. Quindi noi abbiamo scelto alcuni istituti di diritto privato e cercheremo di approfondirli, di scendere il più possibile all’interno, di smontare i meccanismi (come funziona, se funziona o se deve funzionare in altro modo).

Per la natura dell’esame del diritto civile non conta la risposta, non c’è una risposta esatta, ma conta il ragionamento. Studieremo l’accollo e vedremo alcune riflessioni. Tra queste c’è n’è una la quale sostiene che l’accollo è una stipulazione a favore del terzo. Da quest’affermazione derivano, come poi vedremo, delle conseguenze applicative piuttosto importanti.

Per es all’esame potrebbero chiedere “l’accollo come stipulazione a favore del terzo”: l’accollo è una stipulazione a favore del terzo, dunque è un’applicazione dello schema generale del contratto a favore del terzo. La risposta sarebbe magnifica se si dovesse affrontare un esame di istituzioni di diritto privato, ma insufficiente per l’esame di diritto civile, perché non è importante la risposta ma riprodurre e ripercorrere il ragionamento che ha portato a quella risposta. Che poi è un ragionamento discutibile perché altri studiosi di questa materia ritengono che invece l’accollo non sia stipulazione a favore del terzo. Allora qual è la risposta esatta?!?!?! Per il prof. ovviamente la sua, ma quello che conta è ripercorrere il ragionamento che lo ha portato a quell’affermazione. È un ragionamento convincente? Beh allora si può dire che le cose stanno così. Ragionamenti il più possibile convincenti perché servono a convincere il giudice che ci deve dare torto o ragione.

Il primo argomento che troviamo nei Saggi di Cicala, il primo saggio è quello sulla CAUSALITA’ DELLA CESSIONE DEL CREDITO.

Cos’è la cessione del credito? La cessione del credito è un istituto disciplinato dall’art 1260 ss. c.c. “il creditore può trasferire a titolo oneroso o gratuito il suo credito anche senza il consenso del debitore, purchè il credito non abbia carattere strettamente personale o il trasferimento non sia vietato dalla legge”. Dunque 1260 🡪contratto di cessione del credito.

Chi cede il credito? Il titolare; e chi è il titolare del credito? Il creditore. Allora il creditore cede il credito cioè lo trasferisce ad un altro, un terzo. Il creditore che cede il credito si chiama CREDITORE CEDENTE; il terzo che acquista il credito si chiama CREDITORE CESSIONARIO; il debitore che si contrappone al creditore cedente si chiama DEBITORE CEDUTO. Abbiamo un cedente, cessionario e ceduto.

Quali sono le parti del contratto di cessione del credito? Il cedente e il cessionario. È necessaria che ci sia anche la partecipazione contrattuale del debitore ceduto? No, non è necessaria. Al debitore ceduto la cessione del credito deve essere notificata. Perché deve essere notificata? Perché qualora non fosse notificata, il debitore ceduto potrebbe liberarsi pagando al cedente invece che al cessionario. Quindi l’effetto della cessione del credito si produce nel momento in cui si forma il consenso rispetto alla cessione del credito e il consenso è la fusione delle volontà del cedente e del cessionario. Il debitore ceduto è estraneo alla cessione del credito.

Allora il punto, la questione che adesso vogliamo porci è la seguente: la cessione del credito è un negozio astratto o causale? Cioè è un negozio che ha una causa? E se si, se ha la causa, qual è la causa della cessione del credito?

La cessione del credito come negozio causale: perché la cessione del credito sia un negozio causale dovrebbe discendere da un principio generale del nostro ordinamento. Sappiamo che nell’ordinamento privatistico italiano non esistono i negozi senza causa, i cd. negozi astratti, che invece esistono in altri ordinamenti stranieri, ad es. nell’ordinamento tedesco. In Germania il trasferimento del diritto, sia del diritto di credito sia del diritto reale avviene mediante un negozio astratto. Un atto astratto di trasferimento. Un atto astratto di trasferimento che si accompagna a un contratto causale che è di natura meramente obbligatoria; ci si obbliga da soli. Il trasferimento in senso proprio, l’effetto del trasferimento, quello che viene chiamato “l’effetto reale”, si ha con un altro atto che è un atto astratto. In Germania si ripropone in tal modo quella differenza tra titulus e modus adquirendi che è tipica della tradizione romanistica.

Una cosa è il titulus e altra cosa è il modus. Il titulus è il contratto dal quale sorge l’obbligo di trasferimento; il modus è l’atto astratto con cui si trasferisce.

Nel nostro ordinamento invece, che pure è largamente ispirato dalla tradizione romanistica, tuttavia non abbiamo seguito alla lettera quella tradizione, perché noi abbiamo fatto un’altra scelta, una scelta che è stata voluta dal codice Napoleonico, il codice al quale si ispirano tutti i codici dell’Europa moderna che non si richiamano alla tradizione pandettistica del mondo germanico. Cioè in Europa per gli ordinamenti invece che si fondano su codici, quindi non sulla tradizione del precedente come è sostanzialmente quello inglese, anglosassone, sugli ordinamenti codicistici, cioè le due grandi famiglie sono quella germanica e quella francese. Quella germanica deriva sostanzialmente dalle Pandette, dalla tradizione pandettistica, cioè quella tradizione culturale dell’800 in cui molti studiosi si misero ad interpretare le pandette di Giustiniano(quindi vediamo come la tradizione romanistica arriva in tutti gli ambiti) e poi la tradizione è stata codificata nel codice civile tedesco.

Altro settore, specialmente il settore cd. latino, Francia-Italia, è influenzato da un’altra tradizione, la tradizione francese. La tradizione francese è stata fortissima , perché Napoleone conquistò tutta l’Europa e con la forza delle sue armi impose una certa visione culturale, la visione della libertà individuale, della forza della volontà, della capacità dell’uomo con la sua volontà di crescere.

Questo è il sostrato culturale, che sta sotto il codice Napoleonico.

In quel codice si avviò la fusione tra titulus e modus adquirendi, cioè questa distinzione propria del diritto romano e che attraverso la tradizione pandettistica è arrivata nel codice tedesco, nel codice francese è questa distinzione. Nel contratto, in un unico contratto ci sta tutto: ci sta sia la parte, per così dire, obbligatoria sia

Infatti la definizione che noi diamo del contratto di compravendita qual è ? il contratto di compravendita è un contratto da cui scaturiscono effetti obbligatori ed effetti reali. L’effetto reale è 34.44 ; l’effetto obbligatorio è l’obbligo di consegnare, l’obbligo di pagare. L’obbligo di consegnare, non l’obbligo di dare, cioè l’obbligo di trasferire la proprietà; quello si trasferisce nel momento stesso in cui noi sottoscriviamo il contratto.

Quindi nel nostro ordinamento l’effetto traslativo è un effetto che è inserito dentro il contratto, partecipa della sua causa, e partecipa anche dei problemi che questo eventuale contratto ha.

L’effetto reale…quando parliamo dell’effetto reale non parliamo dell’effetto che consiste nel trasferimento del diritto reale. L’effetto reale significa l’effetto traslativo -di qualsiasi tipo- (???)

L’effetto reale significa che è un effetto che si produce automaticamente con il raggiungimento del consenso. Una volta che si fondono insieme le due volontà espresse dalla proposta e dall’accettazione e si conclude perciò il contratto, immediatamente si produce l’effetto reale, cioè l’effetto del trasferimento.

Per il diritto tedesco invece, come per la tradizione romana, il contratto obbliga e basta, il contratto può produrre soltanto effetti obbligatori, quindi io mi posso obbligare a trasferire la proprietà ma attraverso il contratto non la trasferisco la proprietà, mi obbligo a trasferirla. E in che modo la trasferisco? Modus adquirendi, con una modalità attuativa di quell’obbligo che rappresenta l’atto di trasferimento. Per es. per quanto riguarda i diritti reali relativi agli immobili nell’ordinamento tedesco il trasferimento avviene con la cd. intavolazione, che è una cosa simile alla nostra trascrizione. La nostra trascrizione non serve a niente ai fini dell’effetto reale; serve a rendere pubblico l’effetto che si è già verificato, ma l’effetto non deriva dalla trascrizione; se io non trascrivo comunque sono diventato proprietario. Invece in Germania non è così: se non faccio l’intavolazione (che è una cosa un po’ diversa dalla trascrizione, ma simile), se non scrivo dentro la tavola, nel libro dei beni immobiliari, se non scrivo il trasferimento, l’atto traslativo, l’effetto traslativo non si produce. Quindi l’effetto traslativo non è conseguenza del contratto, ma è conseguenza di quest’altro atto, che è l’atto traslativo (modus adquirendi diverso dal titulus).

Con questo tipo di soluzione che hanno adottato i tedeschi la circolazione del diritto è molto più sicura perché il titolare è quello che sta scritto nell’atto di intavolazione. Da noi no. Tanto è vero che da noi sorge il problema del doppio acquisto immobiliare: io sono proprietario di un appartamento, lo vendo oggi a Tizio e lo vendo tra una settimana a Caio. Se Tizio non l’ha già trascritto (probabilmente in una settimana non risulta già dai registri della trascrizione), Caio come fa a sapere che il suo dante causa non è più titolare del diritto? Non è più il titolare del diritto, perché se il diritto si è trasferito col consenso, evidentemente la seconda volta 39.40

Però cosa succede? Che se il secondo acquirente trascrive prima del primo, ha acquistato il secondo e non il primo.

Se noi abbiamo fatto una scelta diversa da quella tedesca, per cui l’effetto traslativo si produce con il consenso, allora io oggi trasferisco il mio appartamento ad uno di voi, oggi non sono più il proprietario perché il diritto si è trasferito. L’ho fatto col consenso? Allora si è trasferito. Però io tra 7 gg posso vendere lo stesso diritto ad un altro soggetto; non potrei ma lo faccio lo stesso, e questo soggetto può accertare che io ho venduto già ad un altro? No, perché va a controllare i registri e vede che non c’è scritto nulla, non risulta nulla. Forse adesso una settimana è sufficiente perché il sistema è meccanizzato, ma prima era necessario almeno un mese. Quindi in questo caso ho venduto senza essere il proprietario, perché se il diritto di proprietà si è trasferito per il mero consenso, perché il contratto consensuale ha anche efficacia reale, perché questo è il principio mutuato dall’ordinamento francese e che è stato incardinato nella nostra legislazione, cosa facciamo? Abbiamo venduto niente, avremmo fatto un contratto nullo perché non sono legittimato a vendere una cosa che non più. E tuttavia, dice il legislatore, se il secondo acquirente ha trascritto prima del primo, acquista il secondo. È una cosa molto contraddittoria. Da chi ha acquistato il secondo?!?! La trascrizione è elemento del trasferimento? No. E allora come è possibile??? È un mistero.

Ed è questo l’inconveniente del sistema che noi abbiamo adottato, ed è un inconveniente che non si presenta in Germania. Io posso aver fatto un contratto obbligatorio dopo aver fatto il primo, ma non ho ancora trascritto niente, perché se risulta dall’intavolazione che l’appartamento è intestato a Tizio, Tizio fino a che è scritto lì è l’unico proprietario. Posso fare tutti i contratti che voglio, sono contratti obbligatori, non ho adempiuto ad un’obbligazione, ci sarà il risarcimento del danno, ma non si crea questo problema per cui c’è questo diritto di proprietà pallidino di cui ho disposto male e che però si incardina in testa a chi ha trascritto per primo pur avendo acquistato per secondo.

Quindi il nostro è un sistema un po’ curioso per il sorgere di questi problemi, può far venire fuori queste incongruenze. Resta il fatto che noi abbiamo fatto questa scelta.

Il contratto non è soltanto obbligatorio, non obbliga solamente, ma trasferisce. Quindi nel nostro ordinamento l’atto traslativo è dentro al contratto, e dunque partecipa della causa del contratto.

Quindi non esiste l’atto traslativo astratto. E se non esiste l’atto traslativo astratto, non esiste nemmeno la cessione del credito astratta, perché la cessione del credito è un contratto traslativo?!? Si , perché trasferisce un diritto, il diritto di credito, e dunque perché dovrebbe essere astratto?!?, quando nel nostro ordinamento l’atto traslativo è causale, perchè il legislatore ha fatto la scelta di contrarre dentro al contratto anche l’atto traslativo, di richiamare dentro al contratto anche l’atto traslativo. Titulus e modus adquirendi coincidono nel nostro ordinamento. Quindi non possiamo dire che titulus è causale e modus no, è astratto, perché da noi titulus e modus sono la stessa cosa, quindi come è causale qualsiasi altro contratto traslativo, così è causale il contratto di cessione del credito.

L’art recita che “il creditore può trasferire a titolo oneroso o gratuito”, quindi già nella definizione della cessione del credito c’è il riferimento alla causa, oneroso o gratuito; è la causa tipica che caratterizza i contratti traslativi, che o sono onerosi (vendita-permuta)o sono gratuiti(donazione).

Però questa idea della cessione del credito come di un contratto che ha la stessa causa ordinaria di un qualsiasi contratto traslativo per molto tempo ha avuto difficoltà ad affermarsi in Italia perché si riteneva che la cessione del credito fosse qualcosa di diverso rispetto al contratto di compravendita, di permuta, al contratto di donazione e si è perciò cercato di individuare questa diversità, di costruirla. Un autore, che ha avuto anche un certo successo molti decenni fa, ha fatto una proposta: ha detto che per la cessione del credito dobbiamo individuare due profili causali: una causa generica, che consiste nel generico interesse alla circolazione del credito, e una causa specifica che consiste nell’interesse concreto per cui quel credito lo si vuole far circolare🡪lo si vuole far circolare perchè si vuole fare un regalo a qualcuno; lo si vuole far circolare perchè si vuole ricavarne una somma di denaro; lo si vuole far circolare perché lo si vuole scambiare con un’altra cosa. Questa è la causa specifica, però accanto a questa causa specifica esisterebbe anche una causa generica, che dovrebbe consistere nel generico interesse alla circolazione del credito. Quindi da ciò deriverebbe una diversità tra il contratto traslativo che ha per oggetto il credito e tutti gli altri contratti traslativi. Gli altri contratti traslativi sono la vendita, la permuta. La cessione del credito invece non può essere ricondotta alla vendita, permuta, alla donazione.

Secondo questa impostazione non potrebbe la cessione del credito essere ricondotta a quelle strutture generali, negoziali che conosciamo, ma ha una sua specificità. Questa specificità dovrebbe risiedere nel fatto che in merito alla cessione del credito andrebbero individuati due motivi causali: la causa generica, che corrisponde al generico interesse della circolazione del credito, e una causa specifica che consisterebbe nell’interesse concreto per cui quel credito lo si fa circolare.

Ha senso questa affermazione? Di fronte a questa affermazione non abbiamo niente da dire? È una costruzione convincente o c’è qualcosa che non va in questo ragionamento? Quest’affermazione ci convince o c’è qualcosa che scricchiola o fa acqua da tutte le parti?

Per il prof. fa acqua da tutte le parti, perché che significa causa generica? Generico interesse alla circolazione del credito? Noi stiamo parlando di interesse, quindi l’interesse è qualcosa di concreto, non è una forma. Nel mondo degli interessi concreti, non nel mondo giuridico che è un mondo di forme, ritualizzate…nel mondo degli interessi concreti, che stanno sotto al diritto, esiste l’interesse alla generica circolazione del credito? Cioè noi siamo interessati a che il nostro credito circoli; ma che senso ha?!?!potremmo essere interessati a che il credito circola perchè da questo trasferimento possiamo ricavare , e lo vogliamo regalare, quindi vogliamo dare un beneficio, un arricchimento ad un amico. Ma esiste in un piano già pre-giuridico degli interessi, l’interesse al generico trasferimento del credito? Evidentemente no.

Il prof aggiunge anche un’altra cosa: facciamo l’ipotesi che questo fantomatico interesse generico alla circolazione del diritto davvero possa essere reale. Perché se ne deve parlare solo con riferimento al diritto di credito? Cioè in base a quale criterio si dovrebbe fare questa sorta di selezione? Perché quando si parla di credito esiste il generico interesse alla circolazione; quando si parla di diritto reale non c’è il generico interesse alla circolazione?!? E perché?

Allora. A) Non esiste il generico interesse alla circolazione perché non siamo in grado di rinvenirlo nel mondo concreto degli interessi.

B) Ammettiamo per un attimo che questo generico interesse alla circolazione del credito esista, ebbene in base a quale criterio dovrebbe parlarsene soltanto con riferimento al diritto di credito e non con riferimento a qualsiasi diritto? Non ce n’è, non c’è nessuna ragione. Però per questa via tracciata dalla individuazione di questa duplicità di profili causali, generico e specifico, non si va da nessuna parte, perché non è in grado questa strada di indicarci una specificità della cessione del credito rispetto a qualsiasi contratto di trasferimento, a titolo oneroso o gratuito.

Dunque non c’è alcuna ragione per ritenere che la cessione del credito sia qualcosa di diverso da un comune contratto traslativo, a titolo oneroso o gratuito.

E di fatti, noi di questa affermazione abbiamo una conferma leggendo le definizioni dettate dal legislatore in tema di donazione, di vendita e di permuta.

Art 769 c.c. per quanto riguarda la donazione: “la donazione è il contratto col quale, per spirito di liberalità, una parte arricchisce l’altra , disponendo a favore di questa di un suo diritto o assumendo verso la stessa un’obbligazione”. Sta scritto di diritto reale? Sta scritto “di un suo diritto” Quindi io posso regalare a mio figlio un appartamento o un credito. Nel 769 non c’è scritto che dispone di un suo diritto reale; dice solo “di un suo diritto”.

Art 1470, che è la definizione della compravendita: “ la vendita è il contratto che ha per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa o il trasferimento di un altro diritto verso il corrispettivo di un prezzo”🡪nella definizione della compravendita noi leggiamo che c’è il riferimento non soltanto al trasferimento della proprietà di una cosa, ma anche il trasferimento di un altro diritto.

Art 1552 c.c. , che definisce la permuta:”la permuta è il contratto che ha per oggetto il reciproco trasferimento della proprietà di cose o di altri diritti da un contraente all’altro”.

Allora pare che non ci sia più alcun dubbio. Basta controllare le definizioni di donazione, di vendita e di permuta per renderci conto che la donazione, la vendita e la permuta possono riguardare sia il trasferimento della proprietà di una cosa sia il trasferimento di un qualsiasi altro diritto, e dunque, ovviamente, anche il diritto di credito.

Che significa questo? Che la cessione del credito non è altro che un comune contratto traslativo, oneroso o gratuito, cioè o vendita del credito, o permuta del credito o donazione del credito. Non c’è altro.

Cos’è la cessione del credito? Un contratto speciale? Un contratto ad hoc che ha una sua specifica causa ? insieme alla vendita, alla permuta, alla donazione, all’appalto, la somministrazione, c’è anche un contratto tipico che è la cessione del credito? No, la cessione del credito non è un contratto tipico a se stante. La cessione del credito è da ricondurre ad uno dei tipi contrattuali previsti dal legislatore per il trasferimento dei diritti, che siano essi diritti reali di proprietà, siano altri diritti reali, siano altri diritti di tipo non reale cioè diritti di credito.

La nozione di donazione (art 769), la nozione di vendita (art 1470), la nozione di permuta (art 1552) ci segnalano che la vendita, la permuta, la donazione possono avere ad oggetto sia il trasferimento della proprietà di una cosa sia il trasferimento di un diritto di credito.

Fino a poco fa se avessimo fatto un es. di un contratto di compravendita, avremmo certamente fatto l’es. di un contratto di compravendita dell’auto, di un appartamento, ecc. difficilmente avremmo pensato alla vendita del credito. E così anche per la donazione e per la permuta.

Un ragazzo fa una domanda a proposito del mercato azionario e il prof risponde: la cessione del credito è un es. che abbiamo fatto dello sconto bancario. Quello è un contratto di compravendita del credito, cioè tutti i commercianti, tutti gli imprenditori scontano i loro crediti in banca, perché io ho un credito dal mio fornitore o dal mio cliente al 31 dicembre e invece ho bisogno di denaro subito, per pagare la merce, per pagare i dipendenti. Quindi cosa si fa? Si sconta il credito in banca. È un contratto previsto dal c.c. , il contratto di sconto bancario. Ma il contratto di sconto bancario che contratto è ? è un contratto di compravendita del credito, in cui il compratore (cioè il cessionario) acquista il credito. La specificità è solo qui, ma è un contratto di compravendita del credito in cui il valore del credito, quindi il prezzo del credito, è dato in funzione della solvibilità del debitore, della durata del credito, delle eventuali garanzie di cui il credito è fornito. Noi stiamo parlando di credito; l’azione è qualcosa di più complesso. Quindi l’azione non la userei come esempio tipico di compravendita del credito. L’es. tipico di compravendita del credito diffusa è quello dello sconto bancario; è il tipico sistema di autofinanziamento di imprese. L’impresa si finanzia liquidando oggi il suo credito.

Il credito ha sempre una scadenza proiettata per il futuro(ho un credito che mi verrà pagato ad es. il 31 dicembre). Il credito è il diritto ad ottenere una prestazione proiettata nel futuro. Un soggetto potrebbe avere un credito di un milione al 31 dicembre; ma potrebbe averne bisogno oggi; sulla base di alcune garanzie, la banca può fare una valutazione, quindi sarà un milione detratto il fatto che ne godi subito. Sostanzialmente è una forma di finanziamento, liquidando oggi il credito.

Con quale strumento tecnico viene operato questo finanziamento? Mediante la cessione del credito.

Quindi è un contratto di compravendita del credito, attraverso una valutazione di un prezzo, e quel prezzo rappresenta la misura del valore del credito attualizzato. Bisogna considerare anche la durata del credito (una cosa è se viene pagato in 5 anni e altra se viene pagato in 10 giorni).

Quindi la cessione del credito può essere contratto di compravendita, o contratto di permuta o un contratto di donazione.

La cessione del credito è un comune contratto; anche se si chiama “cessione del credito” non è diverso dalla compravendita, o dalla permuta o dalla donazione. È una compravendita, una permuta o una donazione che ha ad oggetto un credito.

Che significa questo? Che le norme che si applicheranno saranno o quelle della compravendita o della permuta o della donazione. Quindi la normativa della cessione del credito è una normativa che va combinata con la disciplina dello specifico tipo contrattuale al quale la cessione del credito viene ad essere ricondotto. Quindi se la cessione del credito è in concreto la vendita del credito, allora si applicheranno le norme sulla cessione del credito (artt.1260 ss.), che sono norme specifiche che riguardano il fatto che si cede un credito che coinvolge anche un terzo che è il debitore (questa è la specificità), però le norme di riferimento, la disciplina del contratto noi la andiamo a trovare in altra parte del codice. Gli artt. 1260 ss. non esauriscono la disciplina della cessione del credito, per cui quella disciplina si combina con la disciplina del tipo al quale la cessione del credito deve essere ricondotta in concreto. Quindi se la cessione del credito di cui stiamo parlando è la vendita del credito, allora si applicherà la disciplina degli artt 1470 ss. più gli artt. 1260 ss. ; si tratta di permuta, allora 1552 più 1260; si tratta di donazione, 769 più 1260.

Il fatto di aver colto che il contratto di compravendita può riguardare anche un credito, che la permuta può riguardare anche un credito deve indurci anche a correggere le correnti delle più diffuse definizioni di vendita e di permuta che ci sono in giro. Perché in genere quelle definizioni sono fatte senza consapevolezza del fatto che la vendita e la permuta possono riguardare anche un credito e in particolare possono riguardare anche un credito pecuniario.

Vediamo la definizione manualistica della vendita. Come si distingue la vendita dalla permuta? La vendita è quel contratto in cui un bene viene preso in considerazione per le sue utilità dirette e un altro bene, cioè una somma di danaro, rappresenta la misura del valore…cioè un bene viene preso in considerazione per le sue utilità dirette e un altro è preso in considerazione per le sue utilità indirette, perché rappresenta la misura del valore.

La permuta invece sia il bene che viene ceduto sia il bene che viene ricevuto sono presi in considerazione per le utilità dirette che si possono trarre. Allora la differenza vendita e permuta, secondo le definizioni correnti e ancora diffuse a livello manualistico, sarebbe in ciò: che mentre nella vendita ci sarebbe un bene preso in considerazione per le sue utilità dirette, nel caso della permuta tutti e due i beni che partecipano allo scambio sono presi in considerazione per la loro utilità diretta.

È vera questa affermazione? No, perché così non ci facciamo entrare dentro la permuta per es. di un credito pecuniario, perché un credito pecuniario, proprio perché è un credito pecuniario non può essere preso in considerazione per le sue utilità dirette, perché la pecunia in sé non ha nessuna utilità diretta, ma ha sempre un’utilità indiretta. È uno strumento per comprarsi beni che soddisfano nostri interessi concreti, veri. Il denaro è un mezzo, uno strumento, a meno che non viene preso in considerazione per il suo valore numismatico, allora è diverso, perché diventa oggetto in sé, e allora in quel caso avrebbe un’utilità diretta, è un bene da cui si può trarre un’utilità diretta perché darebbe la soddisfazione di far parte di una collezione. Quindi avrebbe utilità dirette, perché si trae da questo bene utilità dirette, così come si trae un’utilità diretta dall’acquisto di un quadro perché soddisfa esigenze di bellezza, soddisfa anche istinti spirituali non solo materiali.

Il danaro è sempre un bene preso in considerazione per la sua utilità indiretta e allora se noi facciamo quel tipo di affermazione e distinguiamo vendita e permuta come abbiamo fatto prima, allora nella permuta noi avremmo mai un possibile scambio di una cosa con un credito o uno scambio con due beni di credito.

Allora come i deve correggere quella definizione? È importante perché ci servirà anche in futuro.

Nella compravendita noi abbiamo un prezzo; nella vendita cioè la somma di danaro è misura del valore dell’altro bene. Quando invece non c’è un prezzo allora non siamo in presenza di una vendita, ma di permuta.

Questo è un problema concreto quando ci troviamo di fronte all’ipotesi in cui vi è lo scambio di due beni pecuniari. In questo caso è una permuta perché lo scambio di due beni pecuniari significa che ciascun bene è stato misura del valore dell’altro, perché nella permuta non c’è un prezzo e un’altra cosa che invece non è prezzo. Sono tutti e due “prezzi”, ciascuno è misura del valore dell’altro, quindi è una permuta. Se invece io trasferisco un bene dietro corrispettivo di un credito pecuniario, in questo caso è una vendita, perché in questo caso il trasferimento del credito pecuniario funziona da misura del valore perché c’è un prezzo, appunto rappresentato dal credito pecuniario che trasferisco in corrispettivo del trasferimento di un altro bene.

Le norme della permuta sono molto simili a quelle della vendita, ma comunque la differenza c’è. Allora se ci troviamo di fronte al caso in cui un soggetto cede la sua motocicletta e riceve un credito da 5 mila euro che scade il 15 aprile. Qui abbiamo fatto una permuta o una vendita? Come facciamo a capire se stiamo nell’uno o nell’altro. E questo ci serve perché dobbiamo sapere se dobbiamo applicare le norme dell’art 1470 o quelle dell’art 1552, oltre a quelle del 1260 ss. che riguardano il trasferimento del credito. Probabilmente possiamo dire che siamo in presenza di una compravendita perché abbiamo trasferito un bene e c’è un prezzo, perché c’è un accredito pecuniario che in quanto pecunia serve a misurarlo. Se invece trasferisco un credito pecuniario che scade a fine novembre con un altro credito pecuniario che scade a dicembre, evidentemente ho fatto una permuta perché qui non c’è un prezzo ma ce ne sono due; c’è uno scambio di beni di utilità che sono comunque l’una misura dell’altra, ma non c’è un prezzo che rappresenta il prezzo e che con la sua esistenza qualifica quel contratto come vendita.

Quindi possiamo definire la cessione del credito come comune contratto traslativo; è un negozio causale. La causa qual è ? la causa di un comune contratto traslativo a titolo oneroso (vendita, permuta)o gratuito (donazione). Siamo sicuri di questo perché la conferma l’abbiamo leggendo le definizioni di donazione, vendita e permuta. Quelle nozioni fanno esplicito riferimento al credito come possibile oggetto della vendita, della permuta e della donazione. Dunque nulla ci impedisce di dire che la cessione del credito è un comune contratto traslativo che si conclude tra cedente e cessionario, il cui effetto è quello reale, nel senso del diritto romano, del trasferimento immediato del diritto di credito nel momento stesso in cui si determina il consenso. Si sottoscrive il contratto e si produce il trasferimento del diritto di credito, quindi effetto reale. Effetto reale cioè effetto automatico, in questo senso, che il credito circola come circola il diritto reale. Si muove, come si trasferisce la proprietà si trasferisce il credito; come si permuta la proprietà si permuta il credito; come si dona la proprietà si dona il credito.

Certo qualche specificità ci deve essere perché una cosa è vendere un appartamento e una cosa è vendere un credito verso Tizio, che poi è il creditore ceduto.

Il legislatore ha previsto di integrare la disciplina prevista per la vendita, permuta e donazione con le norme proprie della cessione del credito.

Queste nozioni sono importanti anche per risolvere i problemi per la cessione del contratto. Questa riflessione che abbiamo fatto per la cessione del credito è strumentale per la cessione del contratto, che a sua volta è strumentale per l’accollo.

**II LEZIONE 8-10-2014**

Vi ricorderete certamente che il tema di cui ci stiamo occupando è quello della causa della cessione del credito. La cessione del credito ha una causa o è un negozio astratto? La risposta è : è un contratto causale. Qual è questa causa? È una causa specifica, propria della cessione del credito (sicché la cessione del credito è un altro contratto nominato che si aggiunge ai contratti nominati che già esistono nel codice) oppure è una versione particolare di un normale contratto nominato traslativo già noto al nostro ordinamento.

Qual è la risposta? La risposta è che la causa della cessione del credito è quella di un comune contratto traslativo. Dunque la cessione del credito coincide con uno dei tipi già previsti dal nostro codice (tipi legali) che sono preordinati a determinare l’effetto della circolazione del diritto, l’effetto del trasferimento del diritto.

Dunque la cessione del credito è vendita del credito, permuta del credito, donazione del credito.

L’art. 1260 che disciplina la cessione del credito richiama questa cosa, quando si riferisce al titolo oneroso o gratuito sulla cui base si determina l’effetto del trasferimento del credito senza il consenso del debitore ceduto. Quindi il negozio di cessione del credito è un negozio bilaterale che si conclude tra il creditore originario e il nuovo creditore, tra il cedente ed il terzo cessionario che acquista il credito, contratto dunque che non vede la partecipazione contrattuale del debitore ceduto, prescinde il contratto dalla volontà del debitore ceduto, e la causa di questo contratto è la comune causa traslativa (vendita, permuta, donazione).

C’è stato un tentativo di individuare una specificità della causa della cessione del credito che rendesse questo contratto diverso dal contratto di vendita, di permuta, di donazione. L’abbiamo visto ieri: vi ho detto che qualcuno ha fatto questo tentativo sostenendo che nel contratto di cessione del credito esisterebbe la possibilità di individuare un profilo causale genetico che corrisponderebbe ad un generico interesse alla circolazione del credito. Questo profilo causale sarebbe di per sé inidoneo a reggere sul piano degli effetti, deve dunque questo profilo combinarsi con un altro profilo causale, con un altro segmento della causa, con un’altra parte della causa che sarebbe questa volta rappresentata dalla causa della vendita della permuta e della donazione, cioè la causa specifica che corrisponde allo specifico interesse concreto che induce i contraenti a concludere il contratto. Quindi ci sarebbe questa duplicità di profili causali che si combinano, si fondono tra di loro, si sommano tra di loro per formare la causa della cessione del credito. E questo sarebbe una specificità rispetto alla causa della vendita, della permuta e della donazione perché nella vendita nella permuta e nella donazione invece questo profilo generico della causa non sarebbe individuabile.

Come abbiamo criticato quest’opinione?

Dicendo: ma scusate perché non è individuabile anche con riferimento agli altri contratti di compravendita di permuta e di donazione? Se è possibile isolare all’interno della causa ordinaria 5.05 una parte di questa causa che corrisponde ad un generico interesse alla circolazione del diritto di credito, ebbene allora questo generico interesse alla circolazione del diritto dovrebbe essere individuabile anche quando l’oggetto del trasferimento non è il diritto di credito bensì un altro diritto, per esempio il diritto reale \_\_\_\_\_ 5.28.

Come si fa a discutere un ragionamento di questo genere? Perché questo generico interesse alla circolazione del diritto è individuabile soltanto quando si tratta di diritti di credito e non anche quando si tratta di diritti reali?

Non si riesce proprio a capire, non c’è una spiegazione ed è anche irragionevole sostenerlo. Se è possibile individuare un generico interesse alla circolazione del diritto di credito, e allora si deve dire che esiste un generico interesse alla circolazione del diritto tout court, quindi tutti i diritti. Ma allora per questa via scomparirebbe qualsiasi specificità della causa della cessione del credito rispetto alla causa della vendita, della permuta, della donazione.

È così?

Secondo argomento: che significa generico “interesse alla circolazione del diritto di credito”?

Che esiste, lo possiamo concretare, lo possiamo vedere sul piano concreto degli interessi questo generico interesse alla circolazione del credito o è soltanto un’espressione verbale che non significa niente?

A ben vedere è un’espressione verbale che non significa niente.

In che consiste questo generico interesse alla circolazione del credito? In concreto esiste un generico interesse? NO, in concreto esiste il concreto e specifico interesse a far circolare il diritto di credito perché lo si vuole vendere, perché lo si vuole scambiare, perché lo si vuole donare. Non esiste la possibilità di individuare un generico interesse alla circolazione che non sia invece l’interesse concreto a far circolare il diritto perché lo si vuole scambiare con prezzo, perché lo si vuole scambiare con un’altra cosa (quindi a titolo oneroso), oppure a titolo gratuito perché lo si vuole donare.

Quindi è confermato - dopo quell’excursus che abbiamo fatto ieri e che molto sinteticamente vi ho riassunto stamane – che la causa della cessione del credito non può che essere la causa di un comune contratto traslativo, dunque la cessione del credito è vendita del credito, permuta del credito, donazione del credito.

Del resto vi ho fatto notare… i discorsi che facciamo sono sempre discorsi che prendono le mosse dalle norme del codice civile innanzitutto, non possiamo fare discorsi astratti che non abbiano un ancoraggio concreto alla disciplina civilistica… allora quel discorso che abbiamo fatto e che io oggi ho sinteticamente riassunto è un discorso che si àncora, che si basa, che si fonda sulla lettura delle norme che sono quelle che definiscono la donazione, quelle che definiscono la compravendita, quelle che definiscono la permuta.

Sono tutte norme queste in cui è contenuto il riferimento esplicito al diritto di credito. Quando si dice che con il contratto di compravendita si dispone, si trasferisce il diritto di proprietà o un altro diritto evidentemente si intende con questa espressione (che è un’espressione ampia) riferirsi a qualsiasi diritto.

E lo stesso è riscontrabile leggendo la norma che definisce la permuta (1552) e la norma che definisce la donazione (760). Allora dobbiamo anche abituarci a leggere il codice, a leggere la norma e a capire come si desume un certo ragionamento leggendo la norma, perché tutto quello che facciamo è verificare questa realtà fenomenica che è al di fuori di noi. E qual è la realtà fenomenica di cui noi ci occupiamo?

Le norme del codice civile. Lo studioso di fisica si occupa degli elementi della natura, lo studioso di chimica si occupa degli elementi naturali che determinano delle reazioni chimiche, il giurista positivo (non il filosofo e il sociologo) (“positivo”, cioè che si occupa del diritto positivo) esamina la realtà del codice civile. Quella è la realtà che è sotto osservazione. Quindi quando dobbiamo enucleare i principi delle norme dobbiamo innanzitutto individuare le norme, leggerle e riflettere sulla lettura delle norme.

Noi ci occupiamo prevalentemente del codice civile ma naturalmente la disciplina del diritto civile non si esaurisce nel codice civile. Esistono tantissime leggi speciali successive al codice che hanno ingombrato il campo di osservazione con una serie di norme a valanga. Noi abbiamo la fortuna che le cose di cui ci occupiamo sono sostanzialmente ancora disciplinate dal codice civile, che è un codice armonioso, che ha una sua logica, che rappresenta un sistema in senso proprio e che è scritto tra l’altro benissimo in italiano. Prima della promulgazione del codice, che è stato scritto da un pool di civilisti di estremo prestigio dell’epoca, il codice venne sottoposto ad un pool di professori della letteratura italiana, per cui è stato riletto da professori di letteratura italiana. Quindi non sono quelle leggi pasticciate e mal scritte che adesso vengono sfornate continuamente dal Parlamento italiano. È una cosa fatta bene il codice. Magari per alcuni aspetti ed in alcuni settori può essere superato: per es. tutta la parte del diritto di famiglia è stata rimaneggiata più volte perché la famiglia si evolve storicamente e alcuni principi del ‘42 adesso sarebbero anacronistici; così anche in altri settori. Però nel caso del diritto delle obbligazioni e dei contratti, sostanzialmente il nucleo fondante della disciplina è quello che sta scritto nel codice civile.

Allora abituiamoci anche ad aprire il codice e a leggerlo!

Già ieri ho richiamato la vostra attenzione leggendo queste norme (769, 1470, 1552) (donazione, vendita, permuta) sul fatto che, leggendo attentamente quelle norme, risulta chiaramente che dentro quelle definizioni c’è il riferimento esplicito del legislatore al credito come oggetto del trasferimento, perché altrimenti il legislatore non avrebbe scritto “la vendita è quel contratto con il quale una parte trasferisce il diritto reale su una cosa dietro un prezzo o dietro un altro diritto”. Avrebbe scritto soltanto “si trasferisce il bene”. E invece non è così. Si dice anche “o di un altro diritto”. Quindi evidentemente, se stiamo attenti alle parole che compongono quella disposizione di legge, ci rendiamo conto che dentro quella disposizione di legge c’è certamente il riferimento al diritto di credito. Cosa che è sfuggita per molti anni anche agli studiosi. Se prima di questa lezione avessi chiesto ad uno di voi di fare un esempio di contratto di compravendita, assai difficilmente mi avreste fatto come esempio quello della vendita di un credito alla banca (o di qualsiasi altra cessione) perché nessuno immagina che quello è un contratto di vendita.

Invece adesso sappiamo che è così. E vi ripeto: il fatto che mancasse questa consapevolezza ha in qualche modo influito anche sulla definizione di vendita e sulla definizione di permuta, con conseguenze pratiche di non poco conto come già avevo fatto notare ieri rinviando ad oggi l’approfondimento di questo specifico profilo.

Qual è la definizione corrente di vendita? (per lo meno fino a qualche anno fa; adesso con il contributo che è stato dato sulla cessione del credito, probabilmente non è più questa la definizione).

Fino a qualche anno fa i manuali istituzionali e anche gli studiosi più attendibili definivano la vendita distinguendola per il fatto che nel caso della vendita siamo in presenza di uno scambio di un bene preso in considerazione per le utilità dirette (di regola il corrispettivo di un prezzo), laddove invece nella permuta si ha uno scambio tra due beni che sono tutti e due presi in considerazione per le utilità dirette che se ne possono trarre. Se fossero queste le definizioni esatte di vendita e di permuta, noi dentro queste definizioni non ci potremmo mai far entrare la vendita del credito pecuniario o la permuta di due crediti pecuniari. Quindi ripeto: cos’è la vendita? La vendita è quel contratto in cui una parte scambia un bene che è considerato per le utilità dirette che possono essere tratte da questo bene e una quantità di denaro; nel caso invece di permuta siamo in presenza di uno scambio di due beni tutti e due presi in considerazione come beni dai quali trarre utilità dirette.

Se voi nella definizione sottolineate quest’aspetto del bene preso in considerazione per le utilità dirette che ci può dare, allora dentro questa definizione non ci può mai entrare il credito pecuniario.

È evidente che questa definizione è stata elaborata senza tener conto del fatto che la vendita può riguardare anche un credito (e dunque anche un credito pecuniario) e che la permuta può riguardare anche due crediti e quindi due crediti pecuniari. Perché questo? Perché il credito pecuniario, pur essendo un bene, è certamente un bene che non viene mai preso in considerazione per le utilità dirette che può dare. Perché? Perché il denaro non ha nessuna utilità diretta; esistono utilità dirette ricavabili dal denaro? No. Io posso ricavare utilità dirette da un appartamento perché lo abito, possa ricavare utilità dirette da un cavallo perché lo cavalco, da una motocicletta perché la uso, da un’automobile, perché queste sono le utilitarie ricavabili da un bene, cioè c’è un bene che può essere utilizzato direttamente dal proprietario per ricavarne un godimento attraverso questa utilizzazione diretta. Ma nel caso del credito pecuniario – che pure è un bene perché è un valore che sta nel patrimonio del titolare - non possiamo dire che è un bene che ha utilità dirette, perché dal danaro si possono trarre soltanto utilità indirette, non dirette, cioè il denaro è soltanto la misura di un valore che mi serve per comprare beni direttamente utilizzabili. Il denaro - a meno che io non sia Paperon de’ Paperoni che aveva una passione per il denaro in sé (faceva il bagno nella vasca piena di dollari d’oro) e ricavava dal contatto con il denaro un godimento diretto perché è un personaggio dei fumetti - ma nessuna persona sana di mente realmente può godere di utilità dirette attraverso il denaro, a meno che il denaro non sia denaro ma siano monete che abbiano un valore diverso. È chiaro che, se io sono un collezionista di monete antiche e spendo il mio denaro per comprare monete antiche e farne una collezione, allora è ovvio che io traggo da quelle monete …. . Il denaro certamente utilità dirette non ce ne può dare; ce ne può dare tantissime indirette: ovviamente serve per procurarci tutti i beni che direttamente ci servono (la casa, il cibo, il vestiario, il divertimento, l’automobile, gli ornamenti), però è utilità indiretta che serve a procurarmi qualcosa.

Direttamente, se io metto intorno a me € 50, mi può piacere vederli ma non è che posso trarre utilità diretta da quel denaro!

Allora, se noi nella definizione di vendita e di permuta, enfatizziamo il fatto che la differenza tra vendita e permuta sarebbe nella circostanza che in un caso vi è un bene preso per la sua utilità diretta che viene scambiato con il prezzo mentre nell’altro sono tutti e due beni che vengono scambiati tra di loro per le utilità dirette che si possono trarre da quei beni, evidentemente cacciamo fuori dalla definizione di vendita e di permuta la vendita e la permuta che hanno per oggetto il diritto di credito. Perché?

Perché, se c’è il diritto di credito, il diritto di credito va verso un credito pecuniario, anzi il più delle volte quello che ci importa è proprio il credito pecuniario.

Quindi vedete come quella insufficienza di comprensione del fenomeno che io ieri vi ho segnalato e vi ho segnalato anche oggi dicendovi “guardate, io sono convintissimo che, se vi avessi chiesto di fare un esempio di vendita e di permuta, nessuno di voi mi avrebbe parlato del credito (meno che mai del credito pecuniario), non è soltanto un’insufficienza, una incapacità di cogliere il problema da parte degli studenti ma è un problema che ha riguardato addirittura gli studiosi del diritto civile, i quali non avevano consapevolezza di questo dato, tanto è vero che hanno elaborato una definizione di vendita e una definizione di permuta che si basa sostanzialmente su una visione dell’oggetto della vendita e su una visione dell’oggetto della permuta che esclude l’inserimento – dentro la vendita e la permuta - del credito pecuniario.

Allora, una volta che invece noi abbiamo avuto questa consapevolezza perché oramai abbiamo appreso che le cose stanno così, leggiamo il 769 il 1470 il 1552, ci ricordiamo le sollecitazioni che abbiamo avuto da altri autori di cui vi ho chiarito il pensiero, e allora diciamo che la vendita la permuta e la donazione possono avere per oggetto il trasferimento di un diritto reale ma anche il trasferimento di un diritto di credito, e dunque anche del diritto di credito pecuniario.

Ma allora quelle definizioni teoriche di vendita e di permuta non funzionano più, perché sono definizioni che non comprendono tutte le possibili vendite e tutte le possibili permute. Una definizione ha senso se comprende tutte le ipotesi riconducibili a quella fattispecie, se no non è una definizione, è un’approssimazione; se io definisco, con quella definizione devo comprendere tutte le possibili ipotesi di vendita e di permuta.

Allora quelle definizioni che io prima vi ho riferito non vanno bene, e dunque vanno corrette. E in che modo vanno corrette? Enfatizzando non più il lato del bene che si trasferisce o che si scambia ma il fatto che vi sia o non vi sia il prezzo. Cioè la differenza tra vendita e permuta è soltanto questa; non che in un caso si trasferisce un bene preso in considerazione per le sue utilità dirette dietro corrispettivo di un prezzo mentre nell’altro caso si scambiano due beni tutti e due presi considerazione per le utilità dirette che se ne possono ricavare; non è questo il punto. Il punto è che nella vendita esiste il prezzo, cioè si scambia un bene contro un prezzo, cioè con una quantità di denaro che rappresenta la misura del valore; nel caso invece della permuta manca il prezzo, non c’è una quantità di denaro che rappresenta la misura del valore perché ogni bene è misura del valore dell’altro. Quindi nel caso della permuta si scambiano due beni e basta, di cui ognuno misura il valore dell’altro: io scambio la mia motocicletta con un trattore. Allora, usando un termine improprio per capirci, è come se il prezzo del trasferimento della motocicletta fosse stato un cavallo, è come se il prezzo del trasferimento del cavallo fosse stata la motocicletta. Non è il prezzo però (!), perché non è una quantità di denaro, è un altro bene. Allora vedete: ciascun bene è misura del valore dell’altro, quindi c’è uno scambio tra due beni di cui ognuno è misura del valore dell’altro (ovviamente del valore della prospettazione soggettiva delle parti che hanno concluso il contratto). Io intendo permutare il mio cavallo da corsa con un \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ 2724: sono equivalenti questi beni? Lo decidiamo noi se sono equivalenti. Riteniamo che siano equivalenti. Io scambio il giocatore Balottelli con due giocatori X e Y che secondo me sono equivalenti.

Quindi, quando si parla di scambi di beni, vengono considerati equivalenti sulla base di una valutazione soggettiva. Poi in qualche modo è una valutazione che viene anche data dal mercato, però sono le parti che decidono in fin dei conti quale è il reale valore di scambio di un bene.

E posso scambiare anche due diritti di credito pecuniario: scambio un credito pecuniario di € 1 milione al 31 dicembre con un credito pecuniario ad avere € 700.000 al 30 ottobre.

Ho fatto una vendita o una permuta? Sono due crediti pecuniari. Ma esiste un prezzo in senso proprio? No, perché noi abbiamo scambiato due crediti pecuniari di cui ognuno è la misura del valore dell’altro, non c’è un prezzo. Invece, se scambio un bene (la mia motocicletta) con un credito pecuniario, tu paghi la motocicletta, l’acquisti pagandola attraverso la cessione di un credito. Qui siamo in presenza di una permuta o di una vendita? Di una vendita perché quel credito pecuniario, essendo pecunia, rappresenta il prezzo del trasferimento della motocicletta.

Cioè la differenza tra vendita e permuta sta soltanto nel fatto che, quando c’è vendita, è necessario avere la possibilità di individuare l’esistenza di un prezzo; se invece non c’è un prezzo ma c’è semplicemente lo scambio di due beni di cui ciascuno è prezzo dell’altro (uso impropriamente il termine “prezzo” solo per farvi rendere conto il più possibile di quello di cui stiamo parlando), quando ciascun bene è il prezzo dell’altro è diverso perché non siamo più all’interno di una vendita ma siamo all’interno della permuta.

Non è irrilevante qualificare un contratto come vendita o come permuta perché – a parte le norme dettate in tema di cessione del credito che si applicano sempre quando si dispone di un credito – se la cessione del credito in concreto è una vendita, allora si applicherà anche le norme sulla vendita; se invece è una permuta, si applicheranno le norme sulla permuta, che sono abbastanza simili rispetto a quelle della vendita ma non sono proprio le stesse.

Quindi, per capire qual è la regolamentazione giuridica di una fattispecie, quando noi dobbiamo ricondurre questa fattispecie al regolamento giuridico e disciplinarla, una volta che abbiamo individuato che si tratta di una cessione del credito, siamo certamente di fronte ad una necessità di applicare le norme dell’articolo 1260. Ma non solo. Dobbiamo pure stabilire se il trasferimento è a titolo oneroso o a titolo gratuito e, se è avvenuto a titolo oneroso, dobbiamo vedere se si tratta di vendita o di permuta. E come facciamo a vedere se si tratta di vendita o di permuta? Ce lo devono dire le parti? Cioè le parti devono scrivere sul contratto “contratto di compravendita” e quindi per il solo fatto che lo hanno scritto diventa vendita??

Non è così! La qualificazione giuridica del contratto non dipende dal nome usato dalle parti. Le parti potrebbero aver scritto “vendita” e invece è una permuta; potrebbero aver scritto “permuta” e invece è una vendita; le parti potrebbero aver scritto qualsiasi cosa perché le parti non sono dei giuristi (le parti sono imprenditori, cittadini qualsiasi), quindi non sono tenute a fare una qualificazione corretta.

Quindi il nomen iuris utilizzato dalle parti, il nome giuridico che le parti hanno utilizzato (molto spesso lo si utilizza nelle intestazioni dell’atto, quindi nel documento che contiene il contratto) non significa niente, non serve ai fini dell’interpretazione del contratto. Per capire se quel contratto è davvero una permuta o una vendita, bisogna leggerne il contenuto, esaminarne il regolamento perché, esaminando il regolamento, si enuclea la causa: se la causa è quella della vendita, siamo in presenza di una vendita; se la causa è quella della permuta, siamo in presenza di una permuta. E come si enuclea la causa? Da dove si evince?

Qualcuno dice che la causa è la sintesi degli effetti essenziali di un contratto.

Quindi noi studiamo il regolamento e vediamo quali sono gli effetti che le parti hanno voluto: se le parti hanno voluto come effetto il trasferimento di un diritto (reale o di credito non importa) dietro corrispettivo di una somma di denaro che rappresenti il prezzo e quindi la misura del valore del trasferimento di quel diritto, siamo in presenza di una vendita; se invece, leggendo il regolamento ed enucleando dal regolamento contrattuale gli effetti che quel contratto è destinato a produrre per volontà delle parti, si enuclea invece che le parti hanno voluto scambiare un diritto con un altro diritto o un bene con un altro bene senza prevedere un prezzo (senza che ci fosse una quantità di denaro che rappresenta la misura del valore del bene trasferito), allora siamo in presenza di una permuta perché la causa evidentemente è la causa permutandi. Questo indipendentemente dal nomen che è stato usato.

Allora quali sono gli effetti significativi (facciamo un ulteriore passo avanti) per stabilire questa distinzione alla luce di tutte le cose che abbiamo detto?

L’effetto significativo è che sia o non ci sia il prezzo: se c’è il prezzo, è vendita, se non c’è il prezzo è permuta. E ciò che caratterizza la vendita è lo scambio di cosa contro prezzo (NB: “cosa” in senso giuridico, non cosa in senso materiale, può essere anche “un bene non cosa” come il diritto di credito).

Quindi se io scambio un diritto di credito dietro corrispettivo di un prezzo (io ti cedo il mio credito ad avere 1 mil di euro al 31-12-2015, tu però me lo pagherai oggi € 700.000), allora abbiamo fatto una vendita.

Se invece scambiamo due beni e non c’è il prezzo, allora siamo in presenza di una permuta.

Se si scambia un credito pecuniario dietro corrispettivo di un altro credito pecuniario (io scambio il mio credito pecuniario ad avere 1 mil di euro al 31-12-2015 con un credito pecuniario a ottenere € 700.000 al 31-12-2014), che contratto è questo? Voi vi trovate di fronte a questo contratto: quali sono le regole che disciplinano questo contratto? Lo dovete inquadrare. Come lo inquadrate?

 Andate a vedere il regolamento contrattuale, le parti che cosa hanno voluto, enucleate l’oggetto, il regolamento, quelli che sono gli effetti essenziali del contratto. E qual è l’effetto essenziale del contratto?

Lo scambio di questi due crediti pecuniari. C’è il prezzo? NO, perché sono due crediti pecuniari, di cui l’uno è il prezzo dell’altro, quindi non c’è un prezzo. Siamo nella stessa situazione in cui vi trovereste se lo scambio riguardasse due cose in senso proprio.

Allora tutte queste precisazioni e queste comprensioni di prospettiva sono la naturale conseguenza di una constatazione che adesso vi sembra ovvia. Ora che siamo consapevoli che la cessione del credito può essere vendita donazione o permuta, allora dobbiamo adattare le definizioni di vendita e di permuta a questa constatazione. E allora in questa prospettiva esce fuori la necessità di distinguere tra vendita e permuta sottolineando l’esistenza o la inesistenza del prezzo: se c’è il prezzo, siamo in presenza di una vendita; se non c’è il prezzo (perché nulla può fungere da prezzo, cioè ci sono due prezzi per così dire, due valori che vengono ritenuti equivalenti, di cui ciascuno è il valore dell’altro), allora siamo in presenza di una permuta.

Poi vedrete che queste considerazioni che ora stiamo facendo sono considerazioni che ci serviranno molto in prosieguo per costruire in maniera corretta (secondo me) la natura e l’efficacia della cessione del contratto (che è cosa diversa dalla cessione del credito: con la cessione del credito noi trasferiamo un credito; nella cessione del contratto noi trasferiamo un contratto a prestazioni corrispettive di cui siamo parte. Nel momento in cui trasferisco quella porzione di contratto di cui sono titolare ad un terzo cessionario, c’è bisogno del consenso del contraente ceduto?

A questa domanda la giurisprudenza come risponde? SI, ci vuole il consenso del contraente ceduto.

Noi che cosa diremo alla fine del nostro discorso? Che non ci vuole il consenso del contraente ceduto.

E per risolvere questo problema ovviamente ho bisogno di capire alcune cose, per esempio bisogno di capire come funziona la cessione del credito e poi ho bisogno di capire come funziona l’accollo di cui parleremo immediatamente dopo.

Domanda: se nella permuta ogni bene è misura del valore dell’altro, nel momento in cui sono due crediti pecuniari ad essere scambiati, automaticamente quella quantità di denaro, essendo misura dell’altro….

Prof.: Qual è il prezzo? Ognuno è il prezzo dell’altro, quindi è proprio quello che succede quando c’è la permuta, in cui ogni bene è prezzo dell’altro. Naturalmente qui uso “prezzo” in maniera impropria perché il prezzo in senso proprio è la somma di denaro e basta. Qui invece non c’è una somma di denaro, c’è un credito (ancorché pecuniario). Però mentre io posso considerare vendita lo scambio della motocicletta con un credito pecuniario (laddove il credito pecuniario è il prezzo perché rappresenta la misura del valore del bene), quando io ho due beni che vengono scambiati tutti e due l’uno come misura del valore dell’altro non c’è più un prezzo, ce ne sono due, è come se ce ne fossero due.

Domanda: e nella vendita?

Prof.: nella vendita invece c’è un prezzo perché io scambio. È ovvio che in qualche misura c’è sempre un’equivalenza perché lo scambio prevede un’equivalenza però, nel caso della vendita, io ti cedo il bene, ti vendo la motocicletta e tu - anziché pagarmela subito 9000 euro – mi dai il tuo credito pecuniario di 8000 euro. Allora qui c’è un trasferimento di un diritto e dall’altra parte c’è un pagamento di un prezzo. È chiaro che qui il pagamento avviene attraverso la cessione di un credito, però questa cessione del credito è un credito pecuniario, quindi in qualche misura rappresenta il valore del bene in qualità di prezzo.

Nell’altro caso invece (nel caso in cui c’è lo scambio di due crediti pecuniari), qui siamo in presenza di due crediti di scambio in cui ognuno è misura del valore dell’altro ma nessuno è prezzo rispetto all’altro.

Domanda: ma quindi non esiste la vendita di un credito per avere un altro credito? C’è sempre un altro bene? acquistare un bene cedendo un credito in cambio del prezzo… questa differenza mi sfugge con la permuta..

Prof: se io vado in banca, do il mio credito e la banca mi dà dei soldi, io ho una vendita del credito, ho venduto il mio diritto. Nell’altro caso invece non è che ho venduto il credito: io ho usato il credito per pagare come prezzo l’acquisto della motocicletta. Allora in questo caso siamo sempre in presenza di una cessione del credito che rappresenta il prezzo di una compravendita. Cioè noi possiamo avere vendita del credito (nel senso che io vendo il credito) in quanto cedo il credito e la cessione del credito ha come proprio prezzo una somma di denaro. Nel caso in cui io vendo non il credito ma vendo una cosa e pago questa cosa con un credito pecuniario, noi siamo in presenza sempre di una vendita perché in questo caso noi abbiamo la possibilità di individuare il prezzo che è rappresentato dal credito pecuniario che viene offerto come prezzo del trasferimento. Quando invece io cedo due crediti (io cedo il credito alla motocicletta e questo credito alla motocicletta mi viene pagato con un credito pecuniario), qui il discorso è più complicato. Qui siamo in presenza dello scambio di due crediti: siamo in presenza di una permuta o di una vendita?

Io anche qui direi che, siccome viene scambiato un credito non pecuniario con un credito pecuniario, il credito pecuniario funziona da prezzo del trasferimento del credito pecuniario. Se invece io ho uno scambio di due crediti pecuniari o di due crediti non pecuniari, allora evidentemente è una permuta perché qui nessuno è prezzo dell’altro.

Insomma il problema è tutto qua: se c’è qualcosa che possa valere come prezzo oppure no.

Allora, se io cedo un credito ad avere la motocicletta e tu per pagarmi questo credito ad avere la motocicletta mi dai un credito pecuniario, allora io posso dire che qui - anche se c’è stato uno scambio tra due crediti - però io ho pagato la cessione del credito non pecuniario con la cessione di un credito pecuniario; e la cessione del credito pecuniario - proprio perché si tratta di pecunia (cioè si tratta di una quantità di denaro che rappresenta il valore del credito ceduto) - entra dentro un scambio che può essere assimilato ad una vendita. Se invece io cedo il credito alla motocicletta dietro credito ad avere la consegna del campo, allora qui niente è prezzo rispetto all’altro, siamo in presenza di uno scambio in cui ogni cosa è valore dell’altra ma nessuna è prezzo dell’altra (perché non c’è un prezzo).

Così, se io scambio due crediti pecuniari (scambio il mio credito pecuniario ad avere X lire con un altro credito pecuniario), allora qui pure siamo in presenza di due crediti tutti e due pecuniari ma, proprio perché sono tutti e due pecuniari, nessuno è la misura del valore dell’altro come prezzo (cioè non c’è un prezzo, o per meglio dire ognuno è prezzo dell’altro). Ma quando ci sono due prezzi (cioè due valori che si scambiano), allora è oggetto della permuta, non della vendita.

Domanda: quindi prezzo si identifica necessariamente con un diritto di credito pecuniario?

Prof. O con la pecunia o con un diritto di credito alla pecunia.

Domanda: e non è la stessa cosa dire “prezzo” o “diritto di credito pecuniario”?

Prof. Si, infatti l’ho detto; è sempre moneta anche se io trasferisco una cosa dietro corrispettivo di un credito pecuniario. Proprio perché è la stessa cosa ho detto che è vendita perché, se io trasferisco un credito pecuniario in cui è convenuto il prezzo del trasferimento dell’altro credito non pecuniario, ho fatto una vendita. Il problema è quando siamo in presenza di due crediti non pecuniari o di due crediti pecuniari che vengono scambiati.

Domanda: quindi quando c’è un diritto di credito pecuniario è sempre vendita a meno che…..

Prof. NOOOO!! Ipotesi A: credito non pecuniario con credito pecuniario (credito ad avere la motocicletta dietro un prezzo): in questo caso è una vendita. Invece io trasferisco un credito pecuniario dietro un altro credito pecuniario: allora qui non c’è una vendita perché siamo in presenza di uno scambio di due crediti in cui nessuno è il prezzo dell’altro o - per meglio dire - ognuno è il prezzo dell’altro, e quindi non è una vendita ma è una permuta.

Domanda: quando c’è un diritto di credito pecuniario è sempre vendita, a meno che non ci siano due diritti di credito pecuniario..

Prof: no, detto così non è corretto. Dovete usare una terminologia più rigorosa perché se no ci mettiamo su una strada pericolosa perché diremmo che perché vi sia vendita e non permuta c’è bisogno che o vi sia il pagamento del prezzo oppure vi sia il pagamento di un credito pecuniario (cioè di un credito che contiene il prezzo) e che rappresenti il prezzo del trasferimento dell’altro bene; se invece io trasferisco due crediti pecuniari (scambio due crediti pecuniari), è evidente che nessuno è il prezzo dell’altro o forse ognuno è prezzo dell’altro perché non c’è un prezzo, c’è lo scambio che è tipico della permuta. Cioè se io trasferisco questo codice dietro corrispettivo di un altro codice, certamente ho fatto una permuta perché manca il prezzo, però è evidente che comunque qui sono scambiati dei valori, quindi comunque ho fatto uno scambio in cui una cosa è misura del valore dell’altro.

Quindi questa idea che ci sia uno scambio di valori è inscindibile, c’è sempre un contratto di scambio: io scambio un codice e tu mi dai “Guerra e pace”. Ho scambiato un bene librario con un altro. E posso scambiare anche il credito ad avere il codice con il credito ad avere “Guerra e pace”. Sempre permuta è perché ognuno è valore dell’altro ma nessuno è prezzo dell’altro, perché non c’è un prezzo.

Perché non c’è un prezzo anche se c’è un valore? Perché io so che “Guerra e pace” vale 15 euro e il codice pure vale 15 euro, quindi nella mia mente il valore l’ho stabilito, però non ci sono i 15 euro, non c’è il prezzo. Quando invece io scambio il codice non con “Guerra e pace” ma con il credito pecuniario ad avere 15 euro, allora il prezzo lo tengo perché quel credito pecuniario - proprio perché è pecunia (cioè un insieme di denaro) - può rappresentare il prezzo di questo scambio e quindi posso dire che siamo in presenza di una vendita.

Altra ipotesi: io scambio un credito pecuniario con un altro credito pecuniario. Qui c’è pecunia contro pecunia. Posso dire che quel contenuto di pecunia che sta dentro ciascun credito pecuniario è il prezzo dell’altro? NO, perché non è il prezzo; è comunque stato preso in considerazione ciascuno come valore dell’altro, ha lo stesso significato ontologico del codice scambiato con “Guerra e pace”.

Non è che, siccome siamo in presenza di due crediti pecuniari, allora è vendita. Non è così. È una permuta.

Se invece il credito pecuniario è scambiato con un altro credito però non pecuniario oppure con un altro (res in senso proprio), allora è evidente che quel credito pecuniario rappresenta la misura del valore in quanto prezzo.

Insomma una volta il credito pecuniario funziona come prezzo, un’altra volta il credito pecuniario non funziona come prezzo; dipende dalle circostanze; non è che ogni volta che il credito è pecuniario e viene ceduto in corrispettivo di un’altra cosa è per ciò stesso il prezzo di quest’altra cosa. Bisogna vedere che cosa si riceve: perché, se io ricevo una cosa di cui il credito pecuniario può essere prezzo, allora è vendita; ma, se io ricevo come cosa un altro credito pecuniario, allora non posso più parlare di prezzo perché è come se ci fossero due prezzi perché, se lo vedo da qua, il mio è il prezzo dell’acquisto, se lo vedo da là il mio è il prezzo dell’altro acquisto. Quindi sono due prezzi. Quando ci sono due prezzi siamo in presenza di una vendita (dicendolo terra terra)?

Cioè, se io scambio un credito pecuniario con un altro credito pecuniario, qual è il prezzo? Non c’è, o quanto meno ce ne stanno due. Allora già questo non è vendita.

Domanda: quindi nel nostro ordinamento il prezzo si identifica con una somma di denaro che rappresenta la misura del valore dell’altra …. Quindi, se nel nostro ordinamento non ci fosse il denaro ma per es. il grano fosse considerato un bene che misura gli altri beni, allora il grano sarebbe denaro….

Prof: no, detto così non funziona perché il grano sarebbe denaro, quindi noi paghiamo i 6000 euro in grano. È un’altra cosa quando noi invece utilizziamo il grano come grano, cioè io voglio il grano. Per comprarmi 100 q di grano sono disposto a cedere il mio trattore: io ti do il trattore e tu mi dai 100 q di grano.

Qual è il prezzo in questa ipotesi? È ovvio che il trattore è il prezzo dell’acquisto del grano, e il grano è il prezzo dell’acquisto del trattore, ma non è il prezzo perché non è una somma di denaro, è un’altra cosa. Allora, se io scambio questi due valori, avrò una permuta.

Allora, se io scambio un credito pecuniario X con un credito pecuniario Y, sempre ho scambiato dei valori, non dei prezzi, perché nessuno può essere prezzo dell’altro in senso proprio: ognuno è valore dell’altro, è misura del valore dell’altro allo stesso modo in cui ho scambiato il trattore con il grano. Ontologicamente è la stessa cosa. Non ho preso il denaro in considerazione come prezzo, cioè il contenuto pecuniario di quel credito non è il prezzo dell’acquisto oppure lo è nella misura in cui è prezzo dell’acquisto del trattore la cessione del grano. Non è il prezzo però! È misura del valore, non è il prezzo; è un’altra cosa.

Insomma bisogna distinguere un bene che è misura del valore dell’altro da quel particolare bene che si chiama denaro che - in quanto misura del valore - diventa prezzo. È un problema concettuale. È ovvio che sul piano pratico è la stessa cosa perché comunque io faccio uno scambio tra valori che io considero equivalenti: o io ti cedo il credito di 100 quintali di grano e tu mi paghi 10.000 euro, oppure io ti do 100 q di grano e tu mi dai in corrispettivo il trattore, sempre ho fatto uno scambio tra valori, però una volta ho fatto una vendita e una volta ho fatto una permuta. È la stessa cosa sul piano dello scambio: comunque ho scambiato due valori che le parti hanno considerato tra di loro equipollenti. Io scambio 100 q di grano con il trattore. Evidentemente lo ritengo equivalente dal mio punto di vista.

E l’altro che accetta questo scambio ha ritenuto a sua volta equivalente il trattore con 100 q di grano.

Quindi è ovvio che c’è uno scambio di valori. Però, se faccio una cosa del genere, ho fatto una permuta.

Se invece vado al mercato e vendo i 100 q di grano e qualcuno mi dà un prezzo (cioè mi dà dei soldi oppure un credito pecuniario), allora ho fatto una vendita. Sempre uno scambio di valori ho fatto, non è che stiamo parlando di cose così distanti tra di loro, però una volta lo qualifichiamo giuridicamente come vendita ed un’altra volta lo qualifichiamo giuridicamente come permuta. Perché?

Perché il legislatore ha inteso distinguere l’ipotesi in cui lo scambio riguardi due entità che le parti considerano omogenee tra di loro (di valore omogeneo), altra volta invece il legislatore ha ritenuto di disciplinare in maniera diversa quello scambio in cui le parti si scambiano due cose ma una delle due cose è un prezzo. È chiaro che non è che stiamo parlando di una cosa bianca e di una cosa nera: stiamo all’interno di un grigio, siamo all’interno di una fascia di cose contigue, che si somigliano e che si appartengono; proprio perché si appartengono poi diventa difficile cogliere queste sottili distinzioni. Però un giurista è chiamato a fare sottili distinzioni, perché altrimenti non sarebbe in grado di distinguere contratti così vicini tra di loro. La permuta e la vendita sono contratti molto vicini, tanto è vero che il legislatore - quando disciplina la permuta – dice “in quanto compatibili si applicano le norme sulla vendita”, quindi evidentemente il legislatore si rende conto che stiamo parlando di cose molto vicine, tanto vicine da poter richiamare la disciplina della vendita. E tuttavia per quanto vicine sono distinte e noi dobbiamo - col nostro occhio di lince - riuscire a capire qual è questa distinzione. Può essere una distinzione anche minuta ma è una distinzione minuta da cui derivano delle conseguenze; saranno pure delle conseguenze minute, ma fino ad un certo punto, perché ci sono delle conseguenze perché comunque ci sono delle norme che si applicano nella vendita e non si applicano nella permuta o comunque delle regolette un po’ diverse; sono solo “un po’” diverse ma comunque potete vincere o perdere una causa, non è una cosa da poco. Può sembrare da poco ma non lo è.

Allora dobbiamo imparare a distinguere questi differenze sottili. Questo è il compito di un civilista.

Un civilista non va a spanne. Voi dovete acquistare questa forma mentis, non tanto sapere qual è l’opinione di qualcuno; dovete acquistare quella forma mentis che vi induce a penetrare fino alle pieghe più minute di questa materia fluida e cercare di coglierne le differenze (se ci sono). A questo tipo di lavoro sarete chiamati in tante occasioni professionali.

Allora, fermo restando che la vendita e la permuta sono due contratti assai simili e contigui, però hanno delle differenze.

Ho scambiato un prodotto con un altro prodotto perché per me sono equivalenti. È chiaro che sul piano degli interessi ho scambiato; è evidente che è così. Se io ti do 100 quintali di grano e in cambio mi prendo il trattore, evidentemente per me si equivalgono sul piano del valore o sul piano dell’interesse concreto (che è un interesse per es. perché lo potete usare in campagna, oppure io penso “va bè, tanto io poi il trattore lo vendo e ricavo gli stessi soldi). È sempre questo il ragionamento che si fa, cioè sotto ci sta la stessa cosa di quella che sostanzialmente accade quando vendo. Io voglio vendere 100 quintali di grano e voglio 10.000 euro; qualcuno me li dà in contanti oppure mi dà un credito pecuniario (che immagino possa essere facilmente realizzato alla scadenza), e mi sta bene. Ho fatto la stessa operazione? Sul piano economico si somigliano ma non sono le stesse. Già sul piano economico non sono le stesse e certamente questa diversità (sia pure non macroscopica ma sensibile) sul piano economico poi si riscontra anche a quel livello più alto del giuridicamente rilevante.

Quindi le differenze che quella vicenda presenta sul piano pratico (sul piano concreto) si presentano anche sul piano giuridico; c’è una diversità, il legislatore le considera in maniera diversa perché sono in qualche misura economicamente diverse anche se sono assimilabili. Ma essere assimilabili, essere analoghe non significa che sono uguali: una cosa è l’uguaglianza, una cosa è l’analogia; una cosa è l’identità, una cosa è l’assimilabilità.

Quindi qual è la differenza? La differenza è che una volta io do i 100 quintali di grano e mi prendo i 10000 euro o mi piglio un credito pecuniario e quello è il prezzo. Non mi hai pagato in contanti, però c’è il prezzo, quindi ho scambiato una cosa contro il prezzo. L’altra volta invece io non ho scambiato una cosa contro il prezzo ma ho scambiato due cose.

In alcuni casi queste due cose sono tutte e due crediti pecuniari, ma sempre cose sono! Sono sempre scambi assimilabili a quelli che io ho fatto quando ho scambiato i 100 quintali di grano \_\_\_\_\_\_\_\_\_ 1.7.30; ho scambiato due beni (credito pecuniario o \_\_\_\_\_\_\_\_ sono due beni, non c’è un prezzo).

Nell’altro caso pure lì ho scambiato un bene con un altro bene (perché i 100 q di grano sono stati scambiati con un altro bene, e cioè con il credito pecuniario), ma in questa ipotesi il credito pecuniario - proprio perché è credito pecuniario rispetto ad una cosa che è stata trasferita o ad un credito contenente una cosa che è stata trasferita - può essere considerato il prezzo di quella cosa e quindi possiamo ricondurlo alla compravendita.

Sulla base di alcuni principi stiamo portando avanti il discorso, abbiamo raggiunto dei risultati, alcuni risultati ormai sono acquisiti; sulla base di questi risultati spingiamo il discorso più in là e vediamo in che modi si può distinguere tra vendita e permuta. A me pare che la vendita e la permuta si debbano distinguere nel modo che vi ho detto, appunto perché adesso siamo consapevoli che dentro la vendita e la permuta c’è anche come oggetto il credito pecuniario; e in questa prospettiva poi bisognerà vedere caso per caso quando siamo in presenza di una vendita e quando siamo in presenza di una permuta.

Quale può essere il criterio distintivo? Se quello che conta non è tanto il fatto che si scambia un bene inteso per le loro utilità dirette ma il fatto che vi sia o non vi sia il prezzo, allora diventa più semplice.

Però, se è vero, è anche vero quello che sto dicendo. Chi ci dice che è vero? Il nostro è un ragionamento. Se riteniamo che sia un ragionamento coerente e conseguente e rigoroso, noi ci crediamo; se no, no.

Allora il passaggio che abbiamo fatto è che la differenza tra vendita e permuta sta nel fatto che nella vendita c’è il prezzo e nella permuta non c’è.

Allora, quando io dico che nella permuta il prezzo non c’è, che significa? Che non c’è uno scambio di valori nella permuta? Sono due \_\_\_regali (legami) 1.10.20 che si intrecciano tra di loro? Evidentemente no. È chiaro che la causa della permuta è sempre la causa dello scambio di valori, di beni che hanno un valore per i soggetti che se ne privano ed un valore per il soggetto che l’acquista scambiandolo con l’altro. Quindi c’è sempre uno scambio di valori. Quindi non è che, se io dico che nella vendita c’è il prezzo e nella permuta non c’è il prezzo, allora la permuta diventa una donazione. Non è così. La permuta è una vendita mascherata, è una vendita un po’ diversa ma certamente appartiene alla stessa categoria della vendita (atti a titolo oneroso), è assimilabile alla vendita, non certo alla donazione. Non è che, se io dico che la differenza tra vendita e permuta sta nel fatto che nella vendita c’è il prezzo e nella permuta non c’è, voi immediatamente pensate “va bè, allora non c’è il prezzo!”. Non c’è il prezzo perché non c’è quell’elemento che noi abbiamo caratterizzato per consistere in una quantità di denaro che serve a comprare una cosa. Quindi non c’è il prezzo. Ma questo non significa che non siamo in presenza di un analogo scambio di valori, che sono valori economici, che in ultima analisi si esprimono comunque in termini monetari anche se manca il prezzo. È questo il punto.

Allora non bisogna farsi spaventare in qualche modo o farsi fuorviare da quell’espressione che ho usato (la vendita è caratterizzata dal prezzo, la permuta no). Che significa che non c’è il prezzo? Che non c’è una quantità di denaro che rappresenta la misura del valore scambiato; non è che non ci sono due valori economicamente valutabili e quindi finanziariamente identificabili che si scambiano tra di loro, perché sennò non saremmo in presenza di uno scambio a titolo oneroso.

Quindi dire che non c’è il prezzo è un dato semplicemente tecnico che attiene al fatto che noi riteniamo che si abbia prezzo quando c’è una quantità di denaro (sia intesa come denaro contante, sia intesa come denaro promesso) che serve a valutare il valore della cosa che noi acquistiamo.

Se invece il prezzo non c’è e tuttavia si scambiano dei valori, siamo in presenza di una permuta (perché non c’è il prezzo) (ma sempre scambio di valori è, sempre abbiamo scambiato due cose, due res, due beni, due crediti che hanno un valore economicamente significativo).

Quando è coinvolto un credito pecuniario in quest’operazione di scambio, come funziona la presenza del credito pecuniario? Se è coinvolto un credito pecuniario nel senso che io cedo un credito pecuniario e ricevo immediatamente denaro in contanti, è vendita; se io cedo un credito non pecuniario dietro corrispettivo di un credito pecuniario, siamo sempre in presenza di una vendita perché esiste un credito pecuniario che questa volta è il prezzo della cessione del credito pecuniario; se io cedo due crediti non pecuniari siamo in presenza di una permuta perché abbiamo uno scambio tra due beni di cui ciascun è valore dell’altro ma manca il prezzo; se io trasferisco due crediti pecuniari, è la stessa cosa perché anche qui i crediti pecuniari sono stati visti non in quanto uno è prezzo e l’altro no, ma in quanto l’uno è il valore dell’altro reciprocamente. Quindi siamo sempre all’interno di quella concezione della permuta dalla quale siamo partiti.

Con questo possiamo accantonare il tema della cessione del credito che poi riprenderemo non per riaprire questo discorso ma per utilizzare i risultati conseguiti con riferimento all’individuazione della causa della cessione del credito per risolvere un problema molto importante in tema di cessione del contratto.

Adesso parliamo del secondo saggio, anch’esso estremamente rilevante ai fini del discorso che poi faremo con riguardo alla cessione del contratto: il tema dell’**accollo**.

L’accollo è stipulazione a favore del terzo.

Che cos’è l’accollo? Leggiamo la norma dell’art. 1273 che disciplina l’accollo.

“Se il debitore ed un terzo convengono che QUESTI (cioè il terzo) assuma il debito dell’altro, il creditore può aderire alla convenzione rendendo irrevocabile la stipulazione a suo favore”.

Innanzitutto una costatazione riguardo la precisione e la correttezza linguistica del codice civile: chi è “QUESTI”? E’ il terzo. Quindi non “questo” ma “questi” (perché è una persona fisica). Tizio e Caio convengono che questi (non questo), cioè il terzo, farà una certa cosa.

Altra regola: “questi” è soggetto, e regge il verbo “assuma”.

Se il debitore ed un terzo convengono che questi assuma il debito: il soggetto - rispetto ad “assuma” – è “questi”. “Assuma” è congiuntivo, perché c’è “convengono che” (quindi non dire “assume” ma “assuma”). “Questi” è il soggetto che regge il verbo assumere coniugato al congiuntivo.

Quando dobbiamo usare i pronomi “questo-codesto-quello” sappiamo che, se ci riferiamo ad un soggetto fisico e questo riferimento serve da soggetto del verbo che viene dopo, il pronome da usare è “questi”; se invece di essere un soggetto fosse invece un non soggetto (“a questi”, “di questi”), “Tizio e Caio convengono ….. a questi”. Tecnicamente in italiano è corretto dire “a questi” o “di questi”? No, è sbagliato.

Quando il pronome è soggetto, diventa “questi” (si conviene che questi assuma).

Invece: nel contratto tra Tizio e Caio si conviene che a QUESTO (cioè a Caio) è imposto di fare quanto segue. “A questo” perché non è soggetto; diventa complemento di relazione.

Quindi la regola è che la versione “questi” si usa soltanto quando si tratta del soggetto rispetto al verbo (che indica l’attività a cui è chiamato questi).

Tizio e Caio convengono che “a questo” sia pagato da Tizio la somma x → non più “a questi” (come si potrebbe erroneamente ritenere pensando che ci si riferisce sempre ad un soggetto persona fisica).

L’italiano è insidiosissimo!

L’accollo è disciplinato di seguito ad altri istituti di cui ci occuperemo poi, che sono la delegazione e l’espromissione. La delegazione l’espromissione e l’accollo sono la parte più complicata delle obbligazioni.

Tutti questi istituti hanno una cosa in comune: sono delle \_\_\_\_\_\_\_ 1.32.46 di carattere triangolare, cioè in cui sono coinvolti tre soggetti → c’è un primo accordo tra Tizio e Caio (Caio debitore di Tizio; Tizio creditore di Caio). Caio vuole liberarsi del peso del debito. Allora coinvolge un terzo (Sempronio), il quale Sempronio in maniera molto variegata (una cosa è la delegazione, una cosa è l’espromissione, una cosa è l’accollo) si assume, prende su di sé, fa proprio il peso del debito. Perché lo fa? Voi avete un debito, dovete 100.000 euro e volete liberarvi di questo debito. Che probabilità avete che qualcuno per strada paghi per voi? Pressoché zero. Allora evidentemente perché questo avvenga c’è bisogno di qualche cosa.

Anche qui questo qualche cosa varia a seconda che siamo in presenza di una delegazione espromissione o accollo. Quando siamo in presenza di un accollo questo qualcosa da cosa è rappresentato? Da un sacrificio che il debitore fa a vantaggio del terzo. Per esempio (sono cose che capitano milioni di volte): Caio deve restituire una somma di denaro a Tizio, quindi esiste un debito di Caio nei confronti di Tizio. Caio vuole liberarsi di questo debito perché non ce la fa più a reggerlo. Che cosa può fare? Caio è proprietario di un appartamento a via Mezzocannone. Vende l’appartamento, toglie i soldi e paga Tizio. La cosa più lineare sarebbe questa. Ma può fare pure un’altra cosa: vende l’appartamento a Sempronio e dice a Sempronio “caro Sempronio questo appartamento me lo devi pagare € 500.000. Questi 500.000 euro non me li dare ma accollati il debito che io ho nei confronti di Tizio. Allora che succede in questa situazione?

Che noi abbiamo un contratto tra debitore e terzo nel quale si conviene che vi sarà il trasferimento del diritto di proprietà dell’immobile e che il prezzo di questo immobile verrà pagato dall’acquirente mediante accollo del preesistente debito che il venditore ha nei confronti di Tizio.

In tal modo abbiamo fatto un accollo. Cosa diffusissima, specialmente quando il debito di cui si parla è un debito connesso allo stesso appartamento che si vende. Quante volte si vende un appartamento su cui grava un mutuo concesso dalla banca per la costruzione dell’appartamento o per il restauro dell’appartamento! Il proprietario dell’appartamento non ce la fa più a pagare il mutuo, vende l’appartamento e dice “io devo dare al Banco di Napoli ancora € 200.000 di mutuo; tu mi devi dare € 500.000 perché è il prezzo dell’appartamento; allora 300 li dai a me e 200 ti assumi il debito che io ho nei confronti della banca.

Allora noi nell’accollo abbiamo innanzitutto un debito originario (il debito tra Tizio e Caio) che si chiama rapporto di valuta (sono termini convenzionali); abbiamo poi un altro rapporto tra il debitore e il terzo, quel rapporto che induce il terzo ad assumersi il debito. Questo rapporto qual è? Quel rapporto che sta nel contratto di compravendita in cui è inserito dentro quell’obbligo per il compratore di assumersi il debito altrui originario → questo rapporto si chiama rapporto di provvista.

Rapporto di valuta è il rapporto originario tra Tizio e Caio.

Rapporto di provvista è il rapporto con il quale il debitore Caio si procura la provvista per liberarsi \_\_\_\_\_ 1.41.47. Nel caso di specie qual è il rapporto di provvista? Nell’esempio fatto è il contratto di compravendita in cui è inserito come prezzo l’accollo del debito originario del debitore: questo contratto si chiama rapporto di provvista. Quindi siamo in presenza di due rapporti: rapporto di valuta e rapporto di provvista. Questi due rapporti coinvolgono tre soggetti (operazione triangolare) perché c’è Tizio e Caio (titolari del rapporto di valuta), Caio e Sempronio (titolari del rapporto di provvista). Il termine medio è uguale (Caio) perché titolare sia del rapporto di valuta che del rapporto di provvista.

Quindi abbiamo tre soggetti \_\_\_\_\_\_\_\_1.42.37 rapporto di valuta e rapporto di provvista: Tizio Caio e Sempronio: Tizio-Caio → valuta; Caio-Sempronio → provvista. Caio debitore originario che fa quell’operazione per trasferire il peso del debito si chiama accollato; il terzo Sempronio che si assume il debito si chiama accollante (colui che si accolla, è l’assuntore del debito); c’è poi il creditore originario che si chiama creditore accollatario. Quindi c’è l’accollante, l’accollato, l’accollatario. Questi sono i tre protagonisti dell’operazione. Accollatario-accollato → titolari della valuta; accollato-accollante titolari della provvista.

**Lezione numero 3**

**13/10/2014**

Allora la volta scorsa, se non ricordo male, ho introdotto il tema dell’accollo. Poi vedremo anche che cos’è la delegazione e l’espromissione in modo da avere il quadro completo di tutti questi congegni negoziali che determinano l’assunzione del debito altrui. Cercheremo di capire le differenze perché l’assunzione del debito altrui si può fare con l’accollo, con la delegazione o l’espromissione e quali sono gli interessi che si tutelano in un caso, nell’altro o nell’altro ancora. Per capire tutto questo, appunto, bisogna avere un quadro complessivo della disciplina, dei profili causali della delegazione e dell’espromissione.
Iniziamo per ordine, oggi parleremo, anzi riprenderemo a trattare (qualcosa l’ho già accennato la volta scorsa) dell’accollo, innanzitutto leggendovi il 1 comma dell’art 1273, che è l’articolo che disciplina appunto l’accollo. Dalla lettura del 1 comma si evince che l’accollo è un contratto tra un debitore e un terzo. Contratto quindi tra accollato (che è il debitore originario) e l’assuntore (accollante), al quale contratto non partecipa il terzo creditore accollatario. La struttura del contratto come delineato dall’art 1273 richiama lo schema del contratto a favore del terzo, della stipulazione a favore del terzo.
Se un debitore e un terzo convengono (quindi questo terzo è “terzo”rispetto al rapporto obbligatorio originario, ma è parte del contratto d’accollo) che questi (cioè il terzo) assuma il debito dell’altro, il creditore può aderire alla convenzione, rendendo irrevocabile la stipulazione a suo favore.
Quindi vedete il terzo non partecipa contrattualmente all’accollo: è terzo, il quale terzo, può aderire alla stipulazione a suo favore e renderla perciò irrevocabile nei suoi confronti, e io aggiungo efficace nei suoi confronti. Vedrete cosa accade,invece, quando il terzo non aderisce all’accollo, qual è la conseguenza. Allora abbiamo constatato che l’accollo è un contratto, che è un contratto al quale partecipa il debitore e un terzo assuntore. Quindi le parti del contratto sono l’assuntore accollante e il debitore accollato, è estraneo a questo contratto il creditore accollatario, e cioè il creditore di quell’obbligo originario, che il debitore accollato ha trasferito nella sfera giuridico patrimoniale dell’accollante, a seguito di quell’accordo che l’accollato ha concluso con l’accollante.
Vi dissi la volta scorsa che per orientarci in questa materia bisogna anche familiarizzare con la terminologia che si usa con riferimento a questi temi.
Il rapporto obbligatorio originario, quello tra accollato e accollatario, si chiama rapporto di valuta.
Il rapporto che si costituisce tra debitore originario (accollato) e il terzo assuntore (accollante) si chiama rapporto di provvista.
I protagonisti di questa operazione sono tre parti: il debitore originario, l’assuntore e il creditore 🡪 l’accollato, l’accollante e l’accollatario. Questi tre soggetti, che sono i tre protagonisti di questa operazione economico-giuridica, però hanno ruoli diversi per quanto riguarda i profili per così dire “strutturali” del contratto, perché mentre l’accollato e l’accollante sono parti del contratto, l’accollatario non è parte di questo contratto: è il terzo a cui favore è stato stipulato l’accollo. Allora l’effetto che con questo contratto si vuole produrre è quello del trasferimento del peso economico e giuridico del debito, dal debitore originario accollato all’assuntore accollante. Naturalmente ci si chiede: ma perché l’accollante si prende il debito? Che ragione c’è? Evidentemente una qualche ragione deve esserci. Qual è questa ragione?
La ragione è che per prendersi questo debito, per assumere su di sé il debito originario dell’accollato, l’accollante riceve qualcosa dall’accollato. Riceve un corrispettivo.
Questi aspetti del problema vengono colti esaminando più da vicino il rapporto di provvista, ovvero quest’accordo che c’è tra l’accollato e l’ accollante.
L’accollante e l’accollato convengono che l’accollante prenderà su di sé il peso economico e giuridico del debito originario, in quanto ciò è bilanciato dall’acquisto che l’accollante fa nei confronti dell’accollato.
Il contratto tra accollato e accollante, in altri termini, non si esaurisce nel trasferimento del peso del debito, ma è un contratto più ampio che determina l’effetto del trasferimento del peso del debito, ma determina

anche un altro effetto vantaggioso per l’accollante, il quale si assume il debito ma riceve in cambio qualcosa dall’accollato.
Pensate all’ipotesi, che credo di aver già fatto rapidamente la volta scorsa, dell’accollo che è inserito nel contratto di compravendita. Io sono proprietario di un appartamento, e sono però anche debitore nei confronti della banca che mi ha finanziato la costruzione di questo cespite immobiliare. Io non sono più in grado di sopportare sulle mie spalle il peso del debito, me ne voglio liberare, che posso fare per liberarmi del peso del debito? Innanzitutto lo posso pagare, e questo è il modo principale con il quale mi libero del debito, però per pagarlo ho bisogno della provvista ho bisogno di avere del danaro, ma io questo danaro non ce l’ho però me lo posso procurare, per esempio vendendo l’appartamento. Allora io vendo l’appartamento, ricevo una somma di denaro in contanti (il prezzo della vendita), e con il prezzo della vendita mi reco dal mio debitore e pago. E’ vero posso fare questo. Fate l’ipotesi che io sia debitore nei confronti del Banco di Napoli che mi ha finanziato la costruzione o il restauro dell’appartamento con una somma di denaro: 200.000 euro. Io voglio liberarmi del peso delle 200.000 euro, vendo l’appartamento, ricaverò il prezzo della vendita es. 400.000 euro, che cosa faccio: 200.000 li verso sul mio conto, altri 200.000 faccio un assegno circolare non trasferibile a favore della banca, vado in banca, pago questa somma ed estinguo il debito.
Però posso fare pure un’altra cosa. Posso procurarmi questa somma in maniera diversa. Per esempio posso vendere il mio appartamento al compratore e dico al compratore, caro compratore tu il prezzo della vendita non lo versare tutto a me, anche perché magari io mi faccio prendere la mano e anziché correre all’istituto di credito per estinguere il debito, spendo questi soldi, me li consumo. Allora preferisco fare in un altro modo, io ti vendo l’appartamento, tu mi devi dare il prezzo dell’immobile (che abbiamo ipotizzato di 400.000 euro), però questo prezzo viene regolato nel modo seguente: per quanto riguarda i 200.000 li pagherai in contanti al momento della stipula del contratto, gli altri 200.000 li pagherai mediante l’accollo del debito che ho nei confronti del Banco di Napoli. Qui abbiamo appunto utilizzato lo strumento dell’accollo, che ci viene fornito dal legislatore, per soddisfare quella esigenza. Magari una situazione di questo genere è comoda anche per il compratore che anziché cacciare immediatamente i 400.000 euro, potrà cacciare i primi 200.000 e gli altri 200.000 pagherà il debito verso la Banca secondo la scadenza originaria, ad esempio in dieci anni attraverso rate annuali di X euro. Quindi è più dolce per me compratore affrontare questo sacrificio, perché non sono costretto a pagare tutto e subito, pago subito la parte in contanti che serve a soddisfare l’acquirente e l’altra parte del prezzo, la pagherò secondo le regole che disciplinano il mutuo concluso dal debitore originario/venditore dell’appartamento, nei confronti del suo creditore, cioè il creditore di quell’obbligo che deriva dal finanziamento e consiste nel dovere di restituire la somma secondo le modalità convenute nel contratto di mutuo medesimo.
In questo caso noi abbiamo fatto un accollo, ma anche una compravendita.
Quindi dal tipo di esempio che ho fatto si vede benissimo che l’accollo, così come concepito dal legislatore all’art 1273, è un contratto che non si esaurisce nella mera assunzione del rapporto di valuta, ma la mera assunzione del rapporto di valuta (cioè l’accollo) è il segmento di questo contratto, è una parte di questo contratto, che serve a integrare la causa, ma non la esaurisce perché il contratto è preordinato a effetti più ampi, è appunto una stipulazione a favore del terzo, è un contratto a favore del terzo.
Il contrattato a favore del terzo è quel contratto concluso tra due parte, stipulante e promittente, in cui un effetto vantaggioso di questo contratto viene deviato nella sfera giuridica di un altro soggetto attraverso la clausola della stipulazione a favore del terzo, che viene inserita in un normale contratto di scambio. La stipulazione a favore del terzo, o contratto a favore del terzo, (io preferisco dire “stipulazione a favore del terzo” per le ragioni che adesso diremo) è disciplinato dagli artt 1411 ss c.c: “È valida la stipulazione a favore di un terzo, qualora lo stipulante vi abbia interesse. Salvo patto contrario, il terzo acquista il diritto

contro il promittente per effetto della stipulazione”. Esiste dunque nel nostro ordinamento la possibilità che un contratto produca effetti per un terzo, purché questi effetti siano vantaggiosi (devono essere effetti favorevoli). Si parla di contratto a favore di un terzo, e non a danno di un terzo. Quindi io non posso prevedere un contratto in cui il mio debito viene acquistato da un terzo che non è parte del contratto, questo non è possibile perché il debito non è un fatto vantaggioso, è un effetto sfavorevole.
Se io invece prevedo la deviazione nella sfera giuridica dell’altro di un effetto vantaggioso, il contratto è valido, anche se l’effetto vantaggioso si produrrà in capo a un soggetto che non è parte del contratto, è terzo rispetto al contratto: stipulazione a favore del terzo.
Perché dico stipulazione e non contratto, perché se io parlo di contratto potrei essere indotto a ritenere che il contratto a favore del terzo sia una sorta di tipo legale, autonomo e diverso dagli altri tipi contrattuali previsti dal legislatore, e invece non è così. Qualsiasi contratto può diventare a favore del terzo, qualsiasi contratto che consenta, dentro il regolamento contrattuale l’inserimento di una clausola con la quale le parti dichiarano che un effetto favorevole, che si sarebbe prodotto in capo allo stipulante, si produrrà invece in capo al terzo. Quindi qualsiasi contratto può diventare una stipulazione a favore del terzo, quando dentro a quel contratto tipico, normale, ordinario, si inserisca una clausola di deviazione di un effetto favorevole nella situazione giuridica altrui. E di fatti nell’esempio che noi abbiamo visto prima, siamo in presenza di un normale contratto di compravendita. Mi riferisco all’esempio fatto prima dell’accollo, l’accollo con il quale l’accollante si assume il debito altrui ricevendo quale corrispettivo la proprietà dell’immobile e impegnandosi a pagare il trasferimento di questa proprietà parte in contante e parte mediante l’accollo del mutuo gravante sull’appartamento, ipotesi questa diffusissima nella pratica. In questo caso noi siamo in presenza di un contratto di compravendita in cui è stata inserita la clausola che serve a deviare nella sfera giuridica del terzo,nell’ipotesi il creditore accollatario, un effetto vantaggioso cioè l’effetto che consiste nell’obbligo di pagare il prezzo, il che significa che in capo al creditore (creditore accollatario) si determina il credito nei confronti dell’accollato (effetto vantaggioso) di ottenere il pagamento di quel prezzo a scomputo per così dire del suo credito. Quindi il normale contratto di compravendita. Il contratto nel quale è inserito l’accollo, nell’esempio che vi ho fatto, è un normale contratto di compravendita. E’ un normale contratto di compravendita in cui è stata inserita la clausola dell’accollo, la clausola della stipulazione a favore del terzo in cui consiste l’accollo.
E allora quando parliamo di contratto a favore del terzo, in generale, non dobbiamo immaginare a un contratto tipico, non dobbiamo pensare a un contratto tipico, come se fosse un altro contratto accanto alla vendita,alla permuta, al comodato, all’appalto, è un normale contratto in cui è inserita la clausola che serve a deviare nella sfera giuridica altrui l’effetto vantaggioso, se questa clausola non ci fosse quale sarebbe la conseguenza? Che gli effetti si produrrebbero tra Tizio e Caio, cioè tra le parti del contratto, nell’ipotesi che vi ho fatto tra il debitore e il compratore, stipulante e promittente. E allora Tizio e Caio concludono un contratto di compravendita e nulla inseriscono nel regolamento contrattuale di deviante rispetto a quella che è l’efficacia normale del contratto di compravendita, che è quello di produrre effetti determinati. Del resto questa è una regola generale, c’è una norma nel codice che dice che il contratto ha forza di legge tra le parti, tra le parti, ma non con gli estranei. Sono le parti del contratto che si vincolano al regolamento contrattuale. C’è poi un’eccezione, c’è la possibilità di coinvolgere nel piano degli effetti un terzo estraneo al contratto inserendo nel contratto una clausola che rende quel contratto un contratto normale, ma con stipulazione a favore del terzo, perché una delle due parti si obbliga ad effettuare la sua prestazione non nei confronti della sua controparte, ma nei confronti del terzo. Avete capito questa cosa? Quindi nel contratto di compravendita quando il compratore e il venditore inseriscono nel contratto la clausola in cui si dice, tu compratore pagherai il prezzo in parte a me e in parte assumendoti il debito che ho nei confronti del Banco di Napoli di euro 200.000, una volta che avete inserito questa clausola non è che il contratto di compravendita smette di essere contratto di compravendita, è sempre contratto di compravendita, ma è un contratto di compravendita in cui è inserita una clausola che determina la deviazione di un effetto nella sfera giuridica di un soggetto che è estraneo al contratto. Se non ci fosse quella clausola, l’obbligo del prezzo e il diritto al prezzo, sorgerebbe in capo rispettivamente al compratore e al venditore, parti del contratto. Se invece c’è quella clausola allora il credito al prezzo, o per meglio dire a quella parte di prezzo che le parti hanno voluto deviare e l’obbligo di pagare quella parte del prezzo si producono in capo ad un terzo e la parte del contratto diventa promittente nei suoi confronti. Quindi l’accollo, ripeto, in quanto il legislatore l’ha visto come applicazione di quello schema generale della stipulazione a favore del terzo art 1411 ss, non si esaurisce dal punto di vista funzionale nella mera assunzione del debito altrui, perché l’accollo fa parte di un più ampio contratto e contribuisce a realizzare una più ampia causa. Nell’esempio che vi ho fatto qual è il più ampio contratto? Il contratto di compravendita. Qual è la più ampia causa? La causa della vendita. Quindi la causa dell’accollo è la causa del contratto in cui l’accollo è inserito come clausola o stipulazione perché partecipa a quella causa. Se io costituisco un contratto di compravendita e prevedo che il prezzo in tutto o in parte verrà pagato mediante accollo di un preesistente mutuo che io debitore ho nei confronti dell’istituto di credito, le parti del contratto hanno in realtà voluto la causa della vendita e hanno voluto che il prezzo della vendita venisse regolato in questo modo, inserendo nel regolamento contrattuale del normale contratto di compravendita la clausola di deviazione degli effetti. Allora la causa dell’accollo non è la causa tipica, come dire autonoma che si esaurisce nella mera assunzione del rapporto di valuta, perché l’assunzione del rapporto di valuta che consegue all’accollo, integra una più ampia causa, realizza un piano di effetti più ampio, più complicato. Non è semplicemente l’assunzione del debito altrui, l’assunzione del debito altrui è in funzione della compravendita. Le parti non è che hanno voluto che l’accollante si assumesse il debito altrui, no, hanno voluto che si assumesse il debito altrui quale prezzo dell’acquisto dell’appartamento. Quindi la causa della provvista, la ragione dell’operazione, è da individuare nel contratto di cui l’accollo è clausola. Perché l’accollante si assume il debito? Perché assumendosi il debito ha avuto modo di acquistare la casa a via Mezzocannone, questa è la risposta. Naturalmente non è che l’unica ipotesi possibile è quella dell’acquisto della casa. Se anziché del contratto di compravendita, avevamo quello dell’appalto è la stessa cosa, vi faccio l’esempio della compravendita perché è l’esempio più frequente, più ordinario.
 La causa dell’accollo, dunque, è la causa del contratto di cui l’accollo è clausola, o stipulazione, o modalità. Quindi è clausola che può essere un modo di essere di qualsiasi tipo di contratto, non caratterizza in maniera tipologica il contratto, è un normale contratto di scambio, normale contratto di scambio in cui le parti del contratto inseriscono questa clausola di deviazione dell’effetto. Cd stipulazione a favore del terzo.
Naturalmente dire questo (poi vedremo tutte le conseguenze che questo comporta, dobbiamo poi verificare se è vero quello che sto dicendo io adesso) dire tutto questo significa individuare lo studio causale dell’accollo che è molto importante, significa dire che l’accollo è sempre ancorato alla provvista, è sempre espressione della provvista, non esiste l’accollo astratto dalla provvista. Come invece può essere astratta la provvista dalla delegazione o la espromissione, l’accollo è sempre dipendente dalla provvista, perché la causa dell’accollo è la provvista, se venisse astratto l’accollo dalla provvista l’accollo diventerebbe senza causa. Contratto di compravendita con accollo del mutuo. Il compratore paga il prezzo mediante l’accollo del mutuo. Se il contratto di compravendita si scopre che è nullo, annullabile, che è rescindibile, risolubile, che significa dire che l’accollo è dipendente dalla provvista? Se il contratto è nullo, annullabile ecc. l’accollante di fronte all’accollatario che gli chiede l’adempimento dice: guarda che io non ti pago proprio niente, perché io ti devo pagare l’acquisto dell’appartamento e io quest’appartamento non lo ho avuto, perché il contratto si è sciolto in quanto invalido. Vedete, questa non è una cosa di poco conto, è una cosa importante. Quando io dico che la causa dell’accollo non è la mera assunzione del rapporto di valuta, sic et simpliciter, ma è invece la causa del contratto in cui l’accollo è inserito,questo significa che l’accollante pagherà nella misura in cui esiste la causa del pagamento per lui, e qual è la causa per lui del pagamento? Visto che il pagamento che viene fatto al creditore accollatario, per quanto gli riguarda, è sempre il prezzo della casa che ha comprato, qual è la causa? La causa è avere acquistato la casa e doverne pagare il prezzo, quindi se viene meno questa funzione, che giustifica il contratto in cui l’accollo è inserito, l’accollato non sarebbe tenuto più a niente, perché il suo pagamento sarebbe un pagamento senza causa. Avete capito questo punto ragazzi? E’ importante. Invece poi vedremo che nell’espromissione succede una cosa diversa, e nella delegazione succede una cosa ancora diversa. Nell’accollo succede una cosa importante, che adesso abbiamo messo a fuoco, l’accollante può opporre all’accollatario sempre le eccezioni fondate sulla provvista, perché la provvista, cioè il contratto che egli ha concluso con l’accollato è la causa dell’operazione economica. Perché l’accollante “ha fatto l’accollato”? Perché si è accollato il debito? Perché ha preso su di sé quel debito originario? Perché **(34.58)** ha dotuto pagare il prezzo dell’acquisto dell’appartamento, e questa causa è una causa che esiste sempre e sorregge sempre tutti i suoi comportamenti. Per cui se questa causa viene meno, o per un difetto genetico di causa o per un difetto funzionale di causa, l’accollante non pagherà più niente. Perché se io accollante pago, in quanto devo in tal modo pagare il prezzo di una cosa che ho ricevuto, se questa cosa non l’ho ricevuta, che prezzo devo pagare? Allora voi già capite adesso, ve lo faccio notare subito e poi lo rivedrete, come l’accollo per il creditore accollatario è un’operazione che va bene perché va bene, però, il creditore accollatario può essere esposto a delle eccezioni di cui egli non conosce nulla, perché sono eccezioni che si fondano su un contratto di cui egli non è stato parte. La Banca se voi vendete l’appartamento di Mezzocannone, e lo vendete indicando che il prezzo verrà regolato attraverso l’accollo nei confronti del Banco di Napoli del mutuo che grava sull’appartamento, voi dovete costituire nell’atto anche il Banco di Napoli? Eh no, è terzo. Il contratto **(36.48)** è un contratto di compravendita, compratore e venditore. Il terzo creditore del debitore, l’accollatario rispetto al debitore originario accollato che appunto è nel contratto il venditore, è terzo rispetto al contratto di compravendita, è terzo rispetto all’accollo, lui non sa niente di quel contratto. Che ne sa se il contratto è stato concluso bene o male, se il debitore ha messo una pistola sul tavolo ed ha costretto il compratore a comprare, se lo ha forzato in qualche modo. Se ci sono dei difetti tali che quell’appartamento si è scoperto essere sostanzialmente inesistente come bene giuridico. Che ne posso sapere io Banca che non so niente di quello che è accaduto nel momento in cui il contratto si è concluso. E tuttavia quelle vicende, se mai sono accadute, possono essere eccepite al creditore terzo, perché l’operazione che è stata fatta è l’operazione dell’accollo e l’accollo si regge, si fonda, si basa sull’accordo di provvista. E qual è il rapporto di provvista? E’ il contratto tra accollato e accollante, stipulante e promittente. La causa dell’accollo è la causa del contratto tra stipulante e promittente, e questa causa regge la posizione dell’accollante per sempre, perché ti sei accollato il debito, in quanto hai inteso, accollandoti quel debito, pagare l’acquisto dell’appartamento. E quindi se quel pagamento del debito, che egli si è assunto, non può più funzionare da prezzo dell’acquisto dell’appartamento perché l’appartamento non lo acquisterà mai più perché il contratto è nullo, o annullabile ed è stato annullato, o rescindibile ed è stato rescisso, o risolubile ed è stato risolto, queste eccezioni potranno da lui essere validamente ed efficacemente utilizzate nei confronti del creditore accollatario, il quale gli chiedesse per ipotesi l’adempimento, perché risente il creditore accollatario della causa dell’accollo, ancorché non sia stato parte dell’accollo. E’ vero non è parte dell’accollo, però, la causa dell’accollo è il rapporto di provvista, e quindi l’accollante si è assunto il debito nei suoi confronti come effetto di quel rapporto causale di provvista. Se la causa della provvista non c’è, l’effetto si risolve. Avete capito questo punto ragazzi.
Allora l’accollo può riguardare qualsiasi schema contrattuale, (accollo tra accollato e accollante), ciò che conta per ottenere l’effetto di cui parla l’art 1273, è che dentro questo accollo, dentro questo contratto, dentro questo regolamento contrattuale, venga inserita la causa di deviazione dell’effetto nella sfera
giuridica del terzo creditore accollatario. Alla luce delle cose che ho sino ad ora detto, risulta con tutta evidenza una cosa molto importante, cioè che non è vero affatto che per far circolare il debito ci vuole la partecipazione contrattuale del creditore. Voi ricorderete certamente un’affermazione che è di tutti i manuali istituzionali “quando si cede il credito non c’è bisogno del consenso del debitore ceduto”, perché per il debitore è indifferente chi sarà il creditore al quale dovrà pagare. Cosa diversa è quando invece si trasferisce il debito, perché se si trasferisce il debito per il creditore non è indifferente sapere chi pagherà, quindi c’è bisogno del consenso del creditore. Un’affermazione così fatta è un’affermazione però che non è proprio del tutto corretta, perché noi abbiamo visto che c’è uno strumento che consente il trasferimento del debito senza la partecipazione contrattuale del creditore, perché il creditore accollatario è terzo. Allora significa che l’affermazione è sbagliata? No non è proprio sbagliata, però va precisato: perché circoli il debito, non è detto che debba partecipare al contratto che determina il trasferimento del debito anche il creditore, però è necessario che il creditore aderisca alla stipulazione a suo favore, cioè dichiari di volerne approfittare. C’è una dichiarazione unilaterale del creditore che serve a rendere l’accollo efficace nei suoi confronti. E se il creditore non aderisce all’accollo? Che succede? L’accollo non produrrà effetti nei confronti del creditore. Il che significa che il contratto di compravendita non produrrà effetti? Eh no. Significa che l’effetto che si sarebbe prodotto in capo al creditore accollatario, non si produrrà in capo a lui, ma si produrrà nei confronti dell’accollato debitore. Tizio, debitore del Banco di Napoli e proprietario di un appartamento a via Mezzocannone, lo vende a Caio il quale si obbliga a pagare il prezzo in contanti per una parte e per l’altra parte mediante accollo del debito nei confronti del banco di Napoli. Perché il Banco di Napoli diventi creditore di Caio, del compratore accollante, è necessario che aderisca, che cioè dica “sì, mi sta bene, approfitto di questa stipulazione”: aderisco all’accollo. Quindi non è una sorta di dichiarazione contrattuale che si aggiunge alle altre due dichiarazioni contrattuali e il contratto successivamente da bilaterale diventa trilaterale, no, il contratto è sempre il contratto tra Tizio e Caio bilaterale, però c’è un requisito nella efficacia esterna della stipulazione a suo favore. Questo requisito dell’efficacia esterna consiste nella dichiarazione di voler aderire alla stipulazione a suo favore. Allora se il creditore accollatario dichiara di voler approfittare di quell’accollo, l’accollo produrrà effetti nei suoi confronti. E se invece dice di no? Dice no io non voglio aderire, che succede? Il contratto di compravendita non c’è più? Non è vero. Solo che l’effetto si produrrà, quell’effetto che si sarebbe prodotto in capo al creditore accollatario, si produrrà in capo a chi? Al venditore, allo stipulante. L’accollo dunque non produce i suoi effetti esterni verso il creditore, si dice: l’accollo si converte in accollo interno, e cioè l’accollante si obbliga nei confronti dell’accollato dal tenerlo indenne dal rischio economico del debito originario, e cioè a fornirgli i mezzi per pagare quel debito. In altri termini l’accollante resta obbligato verso l’accollato. L’accollo cioè non produce i suoi effetti esterni verso il creditore accollatario, resta per così dire interno. Vi è il trasferimento del peso economico del debito dall’accollato all’accollante, ma senza rilevanze esterne verso il creditore accollatario, e cioè il creditore accollatario non diventa creditore dell’accollato. L’accollante diventa debitore dell’accollato anche di questo ulteriore debito, quindi non soltanto dovrà pagare 200.000 euro che doveva pagare in contanti, ma anche questi altri 200.000 che egli pagherà secondo le modalità proprio del debito bancario, ma le pagherà verso l’accollato, si obbliga nei suoi confronti, cioè l’accollo che era previsto come accollo esterno si converte in accollo interno.
Allora ritornando a quel discorso che vi facevo prima, è vero che perché il debito circoli non è sempre necessaria la partecipazione contrattuale del creditore, ma perché questo trasferimento del debito abbia rilevanza giuridica esterna verso il creditore, è necessario che il creditore dichiari quantomeno di volerne approfittare. Quindi non è vero che deve partecipare contrattualmente al contratto in cui è inserito l’accollo, non deve necessariamente volere insieme al debitore e all’assuntore il trasferimento del debito verso l’assuntore, è sufficiente che dichiari di volerne approfittare, che aderisca all’accollo, e che quindi ponga in essere quello che è il requisito dell’efficacia esterna dell’accollo. Che non è la stessa cosa di dire che per far circolare il debito è necessaria sempre la partecipazione contrattuale del creditore, è sufficiente che il creditore aderisca a questa stipulazione in suo favore. E’ l’adesione il requisito perché abbia efficacia esterna l’accollo, è come se fosse una condicio iuris. L’adesione ha la natura della condicio iuris, cioè il creditore accollatario riceverà l’acquisto del credito verso l’accollante, se si verifica questa condizione voluta dal diritto e cioè che egli dichiari di voler aderire alla stipulazione a suo favore: requisito dell’efficacia esterna dell’accollo. Se questo requisito non c’è, potrebbe non volere aderire, che succede? Niente di così drammatico. Non è che si scioglie il contratto di compravendita, smette di essere efficace l’operazione che le parti hanno congegnato , no, vi è un aggiustamento dovuto al fatto che l’accollo non sarà più accollo esterno, ma diventerà accollo interno, cioè l’accollo che si esaurisce tra accollante e accollato, il peso del debito comunque nel rapporto interno si trasferisce dall’accollato all’accollante, ma l’ accollante non è obbligato verso il creditore accollatario a pagare il debito secondo le scadenze di quel debito, resta legato verso l’accollato a pagargli il debito secondo le scadenze, cioè a fornirgli i mezzi per il pagamento nei confronti del creditore, non accollatario perché l’accollo non c’è stato. L’accollo di cui noi parliamo, quando parliamo di accollo, ci riferiamo a quello esterno cioè quell’accollo che riguarda anche il creditore accollatario, che produce effetti nella sfera giuridica del creditore accollatario. Allora tutta questa costruzione che io vi ho riferito, è una costruzione che si basa su un dato che io fino a questo momento davo per scontato e ma che invece non lo è, anche se le parole utilizzate da quest’art1273 comma 1 sembrano andare nella direzione da me adottata. Chiarisco meglio. Tutto il discorso che vi ho fatto parte dal presupposto che l’accollo è stipulazione a favore di terzi. Se l’accollo è stipulazione a favore del terzo allora la causa dell’accollo è la causa del contratto di cui l’accollo è modalità. Se l’accollo è stipulazione a favore del terzo, l’accollatario che aderisce all’accollo e diventa creditore dell’accollante può chiedergli l’adempimento, ma l’accollante si può anche difendere eccependo i difetti funzionali e genetici della provvista, perché la causa dell’accollo è la provvista. Se nell’accollo non c’è stata l’adesione, l’effetto favorevole per il creditore accollatario non si è prodotto e si determina la conseguenza di tutte le ipotesi delle stipulazione a favore del terzo per cui quell’effetto che sarebbe stato deviato verso l’esterno non viene più deviato e si produce all’interno delle parti del contratto. L’accollo, in altre parole, si converte in accollo interno. Ma appunto tutto questo che io vi ho detto è vero nella misura in cui è vera l’altra affermazione, e cioè che l’accollo è una stipulazione a favore del terzo. E’ chiaro questo no? E’ evidente.
Sempre per quel discorso che facevo prima il nostro è un tema, (la materia) civile è una palestra per imparare la metodologia, e questa è l’indicazione del metodo. Ci troviamo di fronte a delle affermazioni, queste affermazioni partono probabilmente da un presupposto più o meno esplicito, può essere un presupposto esplicito o può essere un presupposto implicito, se è implicito è più difficile e lo dobbiamo individuare noi. Ma comunque partono da un presupposto. Se 2+2=4 allora 4+2=6. Eh però è vero che 2+2=4 però nel nostro caso? E’ vero che l’accollo è stipulazione a favore del terzo, chi ce lo dice? Il legislatore qualcosa l’ha detta, non è che proprio stato muto a questo proposito. Ha detto: se il debitore e un terzo convengono che questi assuma il debito dell’altro, il creditore può aderire alla convenzione rendendo irrevocabile la stipulazione a suo favore. Quindi vedete, tutta la terminologia usata è la terminologia che viene adottata nella stipulazione a favore del terzo. Si parla di adesione, si parla specificamente di adesione a favore del terzo. Quindi il legislatore anche se non ha detto nell’art 1273 : l’accollo è stipulazione a favore del terzo, però definendo, descrivendo quell’operazione giuridica che poi viene chiamata accollo nel comma1 del 1273 adotta tutta la terminologia tipica, propria, della stipulazione a favore del terzo. Qui infatti siamo abbastanza forti perché le parole qui sono pietre, non sono parole ambigue, vaghe, insignificanti. Qui siamo in presenza di parole esatte, concludenti, si parla di adesione alla convenzione, di stipulazione a suo favore, si adotto la terminologia tipica dell’art 1411. Quindi è abbastanza agevole sostenere che il 1273 non sia che una applicazione di quello schema generale che il legislatore in via astratta e generale ha previsto all’art 1411 ss c.c. E però non basta questa constatazione, anche se questa constatazione, in questo caso, è una constatazione rilevante in qualche misura esatta. E’ pure un indizio, è una prova, però voi sapete che per l’interpretazione delle norme il primo passaggio è quello dell’individuazione del significato delle parole, e poi bisogna inquadrare il contenuto normativo all’interno del sistema, cioè si deve fare un’interpretazione di tipo sistematico e non è detto che il risultato dell’interpretazione sistematica confermi sempre quello che le parole scritte nella norma sembrano indicarci in maniera così evidente. Leggiamo l’art 1273 e ci sembra naturale, per chi conosce il codice, fare un salto sul 1411 e ricavarne tutti quei corollari di cui io prima vi ho accennato. Potrebbe darsi che questa sia un’impressione, magari un’impressione sostenuta da indizi significativi, ma non decisivi perché nulla mai è decisivo rispetto all’interpretazione sistematica, razionale, cioè l’inquadramento razionale di questo istituto dentro il sistema. Allora noi per essere certi, ragionevolmente certi, per quel che si possa essere certi nel nostro campo, che l’accollo è una stipulazione a favore del terzo dobbiamo fare anche un altro percorso. Anche perché, che l’accollo sia stipulazione a favore del terzo è un’affermazione ampiamente condivisa dalla dottrina e anche dalla giurisprudenza, quindi attenzione qui la giurisprudenza è con noi, la giurisprudenza ritiene che l’accollo sia stipulazione a favore del terzo, però c’è una parte della dottrina (specialmente quella più risalente, perché poi dopo con una serie di precisazioni l’idea che l’accollo sia stipulazione a favore del terzo si è andata progressivamente consolidando) c’è stato qualche autore,non di poco conto, che hanno messo in dubbio questa equiparazione della fattispecie di cui all’ art1273 da quella in via generale disciplinata dagli articoli 1411 ss. Con una serie di argomenti, qui richiamo sempre la vostra attenzione ai profili metodologici del nostro discorso, non è che uno si alza la mattina e dice io devo dire una cosa nuova, una cosa estrosa: “l’accollo non è stipulazione a favore dei terzi” , devo dare delle ragioni, degli argomenti, devo cercare di sostenere questa mia affermazione da qualche argomento, qualche considerazione razionale., che abbia un senso. Vediamo quali sono alcune di queste considerazioni che sono state fondate dalla dottrina che ritiene di dover escludere che l’accollo sia stipulazione a favore del terzo. Una prima obiezione è la seguente (inoltre ripercorrere queste obiezioni e queste considerazione e superarle ci consente di entrare sempre di più nell’argomento, quindi stiamo facendo cosa utile per la comprensione dell’accollo) si dice: ma quando due parti stipulano un contratto a favore del terzo ex art 1411, in realtà lo stipulante ha interesse al che il terzo acquisti il beneficio al posto suo. Esempio, io vendo l’appartamento di Mezzocannone e dico al compratore questi soldi anziché pagarli a me, pagali a mio figlio, obbligati a versare i 400.000 euro (che rappresentano il prezzo dell’appartamento) a mio figlio. Lo posso fare questo? Sì. Ho fatto un accollo? No, perché non è che ho imposto al compratore di assumersi il mio debito quale prezzo della compravendita. Non c’è accollo. Io non mi presento io debitore come accollato, come debitore originario del rapporto di valuta che sto trasferendo, sono vergine, non ho debiti. Vendo l’appartamento e dico: “tu compratore mi devi pagare questi soldi? Bene, obbligati a pagare questi soldi nei prossimi due anni a mio figlio primogenito”. E’ un contratto di compravendita questo? Sì, in cui la regolamentazione del prezzo è fatta nel modo che ci siamo detti. E che cosa abbiamo fatto in questo contratto: abbiamo inserito una clausola di stipulazione a favore del terzo. Regolamento contrattuale, alla clausola 5 abbiamo scritto il prezzo da pagare diventando debitore di mio figlio, al quale il prezzo medesimo verrà pagato secondo le seguenti modalità cronologiche: 50.000euro subito, 50.000 tra tre mesi, altri 100.000 tra un anno. Nell’ipotesi che ho fatto: un contratto di compravendita in cui ho inserito una stipulazione a favore del terzo, chi è il terzo beneficiario? E’ mio figlio.
Allora che dice questa tesi, in questo caso che è un’ipotesi evidente di stipulazione a favore del terzo (qui non si discute che siamo in presenza di una stipulazione a favore del terzo), lo stipulante (il venditore, Tizio) ha voluto l’effetto a favore del terzo al fine di determinare un beneficio in capo al terzo, e l’interesse che ha animato le parti e le ha indotte ad inserire questa stipulazione a favore del terzo è quello di fare un beneficio al terzo. Quando invece siamo in presenza dell’accollo lo stipulante, che sarebbe l’accollato, non vuole fare un beneficio al terzo, vuole fare un beneficio a se stesso, perché vuole liberarsi dal peso economico del debito e il modo migliore per liberarsi dal peso economico del debito è quello di farlo rendendo l’accollante debitore verso il creditore accollatario. Avete capito questa cosa ragazzi?
Quell’affermazione che io ho fatto e che ho fatto passare come affermazione pacifica, non è affatto pacifica. Quando io concludo un accollo, magari un contratto di compravendita e dentro ci metto l’accollo, io voglio fare un piacere al terzo? Evidentemente no. Io voglio fare un piacere a me stesso e il modo migliore per fare il piacere a me stesso, qual è? E’ quello di fare in modo che l’assuntore si assuma il debito di rilevanza esterna verso il creditore. Quando invece ci troviamo di fronte a quell’altra ipotesi, l’ipotesi in cui io vendo l’appartamento e dico al compratore paga il prezzo a mio figlio, è evidente che io il piacere non lo voglio fare a me stesso, lo voglio fare a mio figlio. Sostanzialmente sto facendo una donazione indiretta, perché potrei anche aspettare che quello mi paga e mettere i soldi nella busta e glieli faccio trovare sotto al comodino, è la stessa cosa. Nel primo caso si tratta di donazione indiretta e qui diretta, ma è evidente che l’idea è quella di provocare un beneficio al terzo. Gli voglio far ottenere un arricchimento. In questo caso invece io non voglio far avere un arricchimento al terzo, che me ne importa di far avere un arricchimento al terzo. Quello che voglio è che benefici io, perché io faccio il sacrificio di perdere l’appartamento, però mi libero dal debito perché lo trasferisco su di te e tu diventi debitore della banca. E chiaro? Avete capito l’obiezione? Allora che succede di fronte a questa obiezione. Abbiamo due strade: o confutarla o fare un ragionamento, certo non si può ignorarla. Si fa un ragionamento, si discute con argomenti, quindi di fronte a questa obiezione o noi la superiamo oppure dobbiamo dire che hanno ragione. Hanno ragione? No. E perché non hanno ragione? Anche se è vero quello che loro dicono, perché è così, colgono un aspetto vero, ma è irrilevante. Perché questo aspetto attiene ai motivi dell’operazione, e che me ne importa. Certo io quando concludo un accollo lo faccio perché voglio liberarmi, però quello che conta è che per poter ottenere questo beneficio per me, cioè liberarmi, devo necessariamente adottare uno schema che determina un effetto favorevole nella sfera giuridica dell’altro. Cioè perché dovrebbe essere escluso il favor nei confronti del terzo, nel momento stesso in cui io questo favor nei confronti del terzo lo adotto per realizzare un mio interesse egoistico, perché? Non è incompatibile. Non è che siccome io sto realizzando un mio interesse allora non ci sarà il favor nei confronti del terzo. Io utilizzo il favor a favore del terzo per soddisfare un mio interesse egoistico, embè? E’ escluso questo? E’ escluso da un punto di vista logico, razionale? E’ vero quando si conclude un accordo il vantaggio del terzo è strumentale al soddisfacimento di un interesse egoistico dello stipulante, e cioè dell’ accollato, e cioè del debitore originario, e cioè del venditore, nell’esempio che vi ho fatto. E però questo non esclude che quello strumento sia una stipulazione a favore del terzo. Perché? Perché produce un effetto nella sfera giuridica altrui, che poi quest’effetto nella sfera giuridica altrui è prodotto perché io attraverso questo sistema ne ho un vantaggio personale , è del tutto irrilevante. Non c’entra come discorso. Quindi non è che non sia vero quello che è stato sostenuto, quello che è stato rilevato, ma questa constatazione non è rilevante ai fini dell’abbandono dell’idea che l’accollo sia stipulazione a favore del terzo. Perché nessuno può negare che comunque quell’interesse egoistico si realizza attraverso l’acquisto per il terzo dell’effetto favorevole. E questo è sufficiente. E’ sufficiente che l’acquisto del terzo sia vantaggioso per il terzo. Che significa vantaggioso per il terzo? Vantaggioso nel senso che il terzo acquisti un diritto che prima non aveva. E questo succede certamente. Allora il fatto che una volta l’acquisto del terzo è strumentale al soddisfacimento di un interesse proprio, egoistico dell’accollato o stipulante e un’altra volta no, che cosa sposta rispetto alla natura dell’effetto che il terzo acquisti? Non sposta niente. Non è che deve essere un atto altruistico puro. Quello che conta è che per il terzo si produce un effetto favorevole. Cioè io quell’effetto favorevole lo voglio, perché se non lo volessi non l’avrei inserito nel contratto, però lo voglio prevalentemente per soddisfare i miei interessi. Beh va bene. Sempre però hai voluto l’effetto favorevole, ancorché in maniera strumentale strumentale. Cioè il fatto che sia strumentale, non esclude la favorevolezza della sua efficacia nei confronti del terzo. E’ chiaro questo? Avete capito ragazzi? Allora non ci fa paura l’argomentazione. Perché è un’argomentazione che non coglie nel segno. E’ un’argomentazione che rileva un profilo reale, ma che non c’entra però con il discorso che stiamo facendo. Perché per stabilire se un effetto è un effetto vantaggioso per il terzo, non bisogna vedere quali sono le motivazioni che hanno indotto lo stipulante a far acquistare un effetto al terzo, bisogna vedere se quell’effetto è favorevole o no per il terzo. E per il terzo è certamente favorevole. Che poi il terzo ha avuto questo effetto perché ciò è strumentale al soddisfacimento di un interesse egoistico dello stipulante, non esclude che però le parti hanno voluto quell’effetto a favore del terzo. Insomma non è che perché vi sia il favor del terzo questo favor deve essere per così dire, l’adozione di questo meccanismo, deve essere puro. Si deve trattare comunque dell’adozione di questo meccanismo, cioè del meccanismo della deviazione dell’effetto vantaggioso nella sfera giuridica altrui. Il perché questo viene fatto è irrilevante. Viene fatto per una ragione meramente egoistica? O per una ragione altruistica? Che poi la ragione altruistica è sempre una ragione mia personale, io voglio fare un regalo a mio figlio, è sempre strumentale rispetto alla realizzazione di questo interesse altruistico. Dunque è evidente che se le parti hanno voluto un effetto favorevole per il terzo, questo effetto favorevole per il terzo, il fatto cioè che si produca per il terzo un effetto favorevole, è strumentale al raggiungimento di un risultato che lo stipulante vuole conseguire. E’ sempre così. Anche quando fa la donazione. Io vorrei fare una donazione indiretta faccio questo tipo di donazione indiretta, quindi che cosa faccio? Utilizzo strumentalmente il meccanismo della deviazione dell’effetto nella sfera giuridica altrui, per realizzare questo interesse mio. Qual è l’interesse mio? Quello di fare un beneficio al terzo. Si vede che è anche un interesse mio, sennò non lo farei, farei un’altra cosa. Quindi la strumentalità di questa efficacia verso il terzo è irrilevante ai fini della qualificazione di questo effetto come effetto favorevole per il terzo, che è ciò che conta per rilevare l’esistenza della stipulazione a favore del terzo. Perché si abbia lo schema negoziale della stipulazione a favore del terzo è necessario che un effetto che non si sarebbe prodotto in capo a un terzo, si produce invece in capo a un terzo e che quest’effetto sia favorevole. Succede questo nell’accollo? Si succede. E il fatto che succede perché io voglio fare un fatto **(“per me” controllare 01.16.45)** che significa? E’ ovvio che se succede, succede sempre perché io voglio fare un fatto **(“per me” controllare 01.16.50),** è ovvio, anche quando faccio la donazione. Altrimenti non l’avrei prevista, non l’avrei proprio inserita.E’ chiaro? Quindi mi pare che quell’argomento è un argomento che sembra che coglie la verità, e allora sembra preoccupante, e invece se lo andiamo a veder un po’ meglio ci rendiamo conto che coglie una verità, ma è una verità irrilevante per il discorso che io sto facendo. Non c’entra. Non coglie. Ma non finisce qui. Perché si dice, ma mettiamo che l’accollo, noi siamo in presenza di un modo di produzione dell’effetto che è un po’ diverso da quello previsto nella stipulazione a favore del terzo disciplinata in via generale negli art 1411 ss. Leggiamo l’ultimo comma dell’art 1273: “In ogni caso il terzo è obbligato verso il creditore che ha aderito alla stipulazione” poi leggeremo anche il resto per il momento fermiamoci su questa prima parte dell’ultimo comma “In ogni caso il terzo è obbligato verso il creditore che ha aderito alla stipulazione”, rendiamola in negativo, perché rendendola in negativo vi faccio constatare, cioè :” In ogni caso il terzo non è obbligato verso il creditore che non ha aderito alla stipulazione” giusto? Se lo rendiamo al negativo significa questo. Però rendendolo al negativo noi ci rendiamo conto di una cosa, che perché si determini l’effetto c’è bisogno dell’adesione. Cioè l’adesione è il principio di efficacia, prima dell’adesione l’effetto non si produce. L’effetto verso il creditore accollatario e in capo all’accollante. Cioè l’accollante non diventa debitore, non si obbliga verso il creditore accollatario, il creditore accollatario non diventa creditore dell’accollante se non dopo aver aderito, cioè dopo aver dichiarato di voler approfittare della stipulazione a suo favore. Chiaro questo? Allora c’è una modalità cronologica di produzione dell’effetto nell’accollo che è, che risulta evidente, dal punto di vista **(01.19.36).** L’accollante si obbliga verso il creditore accollatario che ha aderito, non si obbliga se il creditore accollatario non ha aderito. Quindi è l’adesione il momento in cui si produce l’effetto esterno dell’accollo. Tizio e Caio concludo il contratto di compravendita con accollo del mutuo oggi 13/10/2014, la banca aderisce all’accollo il 13/01/2015. Qual è il momento in cui l’accollante diventa debitore dell’accollatario? Dal 13/01/2015. Perché è quello il momento dell’adesione, quindi l’effetto si produce al momento dell’adesione. E’ così? Se leggiamo il codice è così. Perciò vi ho detto leggiamolo in negativo così si vede in maniera più evidente. Se il terzo è obbligato verso il creditore che ha aderito, significa che non è obbligato se il creditore non ha aderito. Quindi prima dell’adesione si è concluso il contratto in cui è inserito l’accollo, però il terzo non è ancora debitore del creditore accollatario.
Vediamo invece che succede nella stipulazione a favore del terzo art 1411: “Salvo patto contrario, il terzo acquista il diritto contro il promittente per effetto della stipulazione”. Il terzo acquista il diritto per effetto della stipulazione. Oddio per la veritàper effetto della stipulazione significa che, potrebbe anche significare, che il legislatore ha voluto individuare qual è il titolo che produce l’effetto, l’effetto cioè quell’acquisto del diritto in capo al terzo. Questa norma viene individuata, viene interpretata dall’intera dottrina dominante, come se dicesse che il terzo acquisti il diritto contro il promittente al momento in cui si è conclusa la stipulazione. L’acquisto è automatico poi si può rinunciare oppure si può aderire e rendere irrevocabile l’acquisto, però l’acquisto è automatico. Allora riprendendo l’esempio che vi ho fatto prima, 13/10/2014 facciamo il contratto di compravendita con accollo del mutuo, se si dovesse applicare il secondo comma del 1411 la Banca avrebbe acquistato il credito nei confronti del promittente, e cioè l’accollante, e cioè del compratore dell’appartamento che si assume il debito, nel momento stesso in cui si è conclusa la stipulazione e cioè oggi, non il 13/01/2015, ma oggi. Poi può la Banca successivamente dire, no guarda io rifiuto questo acquisto, l’acquisto è avvenuto ma io ci rinunzio. Oppure può dire, io aderisco e così rendo irrevocabile l’acquisto, lo consolido nel mio patrimonio, però l’acquisto nel mio patrimonio è già avvenuto nel momento stesso in cui si è conclusa la stipulazione, per ipotesi: il 13/10/2014. E allora vedete che c’è una bella differenza con l’ipotesi del 1273, perché mentre il 1273 ci dice che l’accollante diventa debitore dell’accollatario soltanto al momento in cui l’accollatario aderisce, e nell’ipotesi questa adesione può avvenire due mesi dopo, tre mesi dopo, un anno dopo, nel quadro invece della stipulazione a favore del terzo come disciplinata dall’art 1411, il terzo acquista il diritto contro il promittente (il terzo sarebbe l’accollatario e il promittente sarebbe l’accollante) nel momento stesso in cui la stipulazione si è conclusa. La vedete questa differenza? E’ una differenza che c’è. C’è una diversa modalità cronologica di produzione dell’effetto nella stipulazione a favore del terzo e nell’accollo. Nell’accollo l’effetto si produce non nel momento in cui si conclude il contratto, ma nel momento dell’adesione, nel caso della stipulazione a favore del terzo ex art 1411 l’effetto si produce subito, immediatamente, salvo la possibilità di rifiutare l’effetto. Avete capito? Allora si dice a questa diversità dimostra chiaramente che l’accollo non può essere ricondotto alla stipulazione a favore del terzo, perché vi è una disciplina diversa,come vedete, vi è una diversa modalità cronologica di produzione dell’effetto, che è significativa del fatto che l’accollo è cosa diversa rispetto alla stipulazione a favore del terzo, gli somiglia, il legislatore ha usato la stessa terminologia, però non è proprio la stessa cosa perché mentre l’art 1411 prevede che l’effetto si produca subito, nel 1273 l’effetto si produrrà dopo l’adesione. Quindi nel 1273 l’adesione non serve a consolidare l’acquisto già avvenuto, ma serve a rendere possibile l’acquisto perché è requisito dell’efficacia esterna dell’accollo, condicio iuris della produzione dell’effetto nella sfera giuridica del terzo. Quindi diversa modalità cronologica della produzione. E’ chiara l’obiezione? Allora ancora una volta ci dobbiamo chiedere: obiezione convincente e insuperabile? O c’è qualcosa che non va e che può essere superato? Perché se la risposta dovesse essere la prima, noi dovremmo abbandonare la nostra idea che l’accollo è stipulazione a favore del terzo; altrimenti potremmo continuare a coltivare questa nostra affermazione. Chiaro? E allora verifichiamo. E’ vera questa cosa che c’è una diversa modalità cronologica di produzione dell’effetto? Ma noi potremmo anche contestare che nell’art 1411 il legislatore abbia effettivamente voluto che l’effetto si producesse al momento della conclusione del contratto, perché per la verità l’espressione usata dal legislatore non è così univoca. Il legislatore non dice che il terzo acquista il diritto contro il promittente al momento della conclusione del contratto, dice “acquista il diritto per effetto della stipulazione” e non dice che l’acquista al momento in cui la stipulazione si conclude. Qui si potrebbe fare una storia infinita su queste parole, però appunto, sarebbe una storia infinita. Non vale la pena. Anche perché probabilmente nell’art 1411 effettivamente il legislatore ha voluto una cosa del genere, ha voluto che l’effetto si producesse immediatamente, salvo la possibilità di rinunciare. Quindi io ritengo che ci si debba arrendere all’evidenza: effettivamente l’accollo ha un modo temporale di produzione dell’effetto che è diverso dalla modalità temporale dell’istituto previsto al 1411. A questo punto è così. Lo dobbiamo dare per scontato, è vero. C’è una diversa modalità cronologica di produzione dell’effetto nell’accollo, rispetto alla figura generale della stipulazione a favore del terzo. E bene, ma dire questo ci impone di dire che l’accollo non è stipulazione a favore del terzo? No. Perché? Perché il fatto che nella stipulazione a favore del terzo art1411 l’effetto si produca al momento della conclusione della stipulazione, non è un dato essenziale della fattispecie, è un elemento meramente eventuale che può venir meno senza per questo far venir meno la fattispecie. Come facciamo noi a dir questo? Rileggiamo quel famoso secondo comma dell’art 1411, ci dice una cosa interessante: “salvo patto contrario”, il terzo acquista il diritto. Salvo patto contrario, ma che significa salvo patto contrario? Significa che anche in una normale stipulazione a favore del terzo certa, una stipulazione a favore del terzo sicura,quindi non in un accollo,in una vera, certa, sicura, indiscutibile stipulazione a favore del terzo, le parti (stipulante e promittente) potrebbero convenire con un patto (perché è fatto salvo il patto contrario) che l’effetto si produrrà non al momento della conclusione del contratto, ma al momento dell’ adesione, perché è fatto salvo il patto contrario. E’ cosi? Certo che è così. Ma allora se è fatto salvo il patto contrario con riferimento alla stipulazione a favore del terzo, questo significa che il fatto che l’effetto si produca al momento della stipulazione del contratto non è una caratteristica essenziale di riconoscibilità e identità della stipulazione a favore del terzo, perché potrebbe non esserci anche nell’ipotesi del 1411 in presenza di un patto contrario, e saremmo sempre e comunque di fronte alla stipulazione a favore del terzo. Avete capito? Non è un elemento essenziale. E’ elemento essenziale dire che tutti gli uomini hanno una testa. Se non hanno una testa non sono uomini. “Uomini” come esseri umani, non solo gli uomini ma anche le donne uso il termine in modo neutro, e invece non sarebbe meglio dire che sono esseri umani soltanto quelli che hannoi capelli neri o che ce l’hanno bianchi**.** Perché? Perché non è essenziale ai fini della identificazione della natura umana di un soggetto, il colore dei capelli, è irrilevante. Avete capito quello che voglio dire? Ci sono certi elementi che sono essenziali per la riconoscibilità di una fattispecie. Un contratto di compravendita in cui non ci fosse il prezzo, non sarebbe un contratto di compravendita, perché per la riconoscibilità della vendita è necessario che ci sia scambio di cosa e il prezzo. Per la riconoscibilità della stipulazione a favore del terzo l’unica cosa che conta è che ci sia l’effetto prodotto dal contratto di cui il terzo non è stato parte, di cui questo terzo si appropria sulla base di una clausola che serve a deviare la produzione dell’effetto nella sua sfera giuridica patrimoniale. Questa è l’essenza, se manca questo manca la stipulazione a favore del terzo. Ma la modalità cronologica di produzione di questo effetto è irrilevante, perché anche nel caso del 1411 dove il legislatore ha previsto come effetto naturale che la stipulazione a favore del terzo, che il vantaggio per il terzo si produrrà al momento della conclusione della stipulazione, viene fatto salvo il patto contrario il che significa che quello non è un elemento identificativo della struttura. Tanto è vero che noi potremmo avere delle stipulazioni a favore del terzo sicuramente tali, ancorché vi fosse una clausola in cui le parti abbiano stipulato un patto contrario e stabilito che l’effetto si produrrà, invece, al momento dell’adesione. Allora quello non è un elemento distintivo, decisivo, perché non coglie un elemento essenziale della struttura e della fattispecie. Chiaro ragazzi? E allora vedete come anche gli argomenti che non si fondano poi su considerazioni corrette ed esatte non per questo incidono sulla nostra tesi, perché per incidere sulla nostra tesi devono colpire al cuore, se colpiscono fuori dal bersaglio non hanno peso. Quindi è evidente che hanno individuato, come abbiamo compreso dalle cose che ho detto, questi autori hanno individuato un elemento reale, vero, cioè è vero che tra accollo e stipulazione a favore del terzo vi è una diversa modalità cronologica di produzione dell’effetto, ma questo non incide, non impedisce di ricondurre l’accollo alla stipulazione a favore del terzo perché questo non è un elemento essenziale per la riconoscibilità della stipulazione a favore del terzo, visto che lo stesso 1411 ha fatto salvo il patto contrario. Il che significa dire che noi ci possiamo trovare di fronte a ipotesi di 1411 in cui l’effetto si produrrà, come nell’accollo, al momento dell’adesione e non al momento della conclusione del contratto. Chiaro questo ragazzi? E’ finita qua? No. Perché si insiste.
Domanda di un ragazzo (a mio avviso impossibile da riprodurre): “Nel caso dell’accollo.. **01.34.16-01.34.36**”
E adesso lo vediamo. Perché una delle ragioni, forse anche quella più diciamo pregnante, è che si dice nel caso dell’accollo in realtà, e questa è un’obiezione da più parte esaminata, nel caso dell’accollo il **(01.34.59)** non c’è. E non c’è in nessuna ipotesi di accollo, perché voi sapete che l’accollo può essere cumulativo, liberatorio. Nell’accollo noi ci possiamo trovare di fonte a due ipotesi diverse: l’accollo liberatorio e l’accollo cumulativo. L’accollo cumulativo è l’accollo in cui l’accollante si assume il debito ma non libera il debitore originario, quindi l’accollante resta tenuto insieme all’accollato verso il creditore accollatario. Oppure l’accollo può essere liberatorio, cioè nel senso che l’accollante si assume il debito, ma liberando il debitore originario. Cioè l’accollo è strutturato come accollo liberatorio per cui l’adesione del creditore accollatario serve a produrre l’effetto dell’accollo tra accollante e accollatario e anche a liberare il debitore originario. E allora dicono questi critici della nostra impostazione: nel caso di accollo cumulativo si potrebbe pensare che c’è un vantaggio per il fatto che il creditore può chiedere l’adempimento a due soggetti diversi e per lui è più probabile che abbia il soddisfacimento del suo credito. E però anche nell’accollo cumulativo non è che il credito si moltiplica per due, cioè se io deve avere 100 non è che se ci sta anche Caio io devo avere 200, sempre 100 devo avere. Ci saranno più probabilità che io abbia quelle 100, perché ci sarà da chiedere questi soldi non soltanto a Tizio ma anche a Caio, quindi due è meglio di uno, ma questo vantaggio è un vantaggio di tipo meramente fattuale, economico, non giuridico. Perché dal punto di vista giuridico ero creditore di 100 e continuo ad essere creditore di 100 anche dopo. Certo posso chiedere l’adempimento non soltanto a Tizio, ma anche a Caio, anche a Sempronio, anche a Mevio, ma questo modifica la mia situazione giuridica? Cioè io acquisto altri diritti altri poteri? No. Acquisto semplicemente una maggiore probabilità di essere pagato, ma la probabilità è una questione come dire probabilistica, che si colloca sul piano del fatto materiale, non c’entra niente con il diritto. Quindi il vantaggio giuridico, in realtà, anche nell’accollo cumulativo non c’è. Non ne parliamo poi dell’accollo liberatorio, perché nell’accollo liberatorio il vantaggio è soltanto eventuale. Mentre nella stipulazione a favore del terzo il vantaggio deve essere essenziale, abbiamo visto le modalità cronologiche della produzione degli effetti non sono essenziali, ma che il vantaggio sia essenziale è fuori discussione. Noi non abbiamo stipulazione a favore del terzo, se il vantaggio del terzo non è l’essenza stessa del fenomeno. Qui invece nell’accollo liberatorio, dicono questi critici, noi il vantaggio non lo abbiamo se non in maniera eventuale. Che significa eventuale? Beh l’accollato è Gennaro Esposito, l’accollante è John Elkann, allora è ovvio che è un vantaggio perché probabilmente John Elkann è più solvibile di Gennaro Esposito, è un uomo ricco, ha più patrimonio. Ma se invece fosse il contrario? Il debitore originario è John Elkann o Marchionne, come volete voi, e il nuovo debitore è un signore qualsiasi, un impiegato qualsiasi. Qui abbiamo avuto il vantaggio? Probabilmente no. E allora si dice: nel caso di accollo liberatorio il vantaggio sarebbe eventuale, perché sarebbe soltanto in funzione della eventuale, ma non sicura, maggiore solvibilità del nuovo debitore assuntore. Avete capito questa cosa? E quindi nell’accollo liberatorio non si può nemmeno parlare di una parvenza di favor. Nell’accollo cumulativo può sembrare che sia possibile parlare di favor, però di favor non giuridico, ma economico, quindi non serve per il discorso che noi facciamo. Obiezione seria questa qua. Anche perché questa obiezione colpisce al cuore, mentre le altre due erano obiezioni vere, ma che non colpivano al cuore, questa colpisce al cuore, perché sono obiezioni che sono dirette a colpire al cuore. Quindi se fossero vere, come sono vere le altre che però sono irrilevanti, qui sarebbe rilevante, quindi sarebbe non soltanto vera ma anche rilevante e quindi noi dovremmo abbandonare il nostro disegno. Dunque sono rilevanti, ma sono anche vere? Io penso di no. Eh però detto così, dobbiamo spiegare perché no. Bisogna chiarire su quali basi noi riteniamo che queste obiezioni, che pure sono obiezioni serie e che sarebbero letali per la nostra tesi, non sono però vere e quindi ci possono consentire con ragionevole tranquillità di proseguire con la nostra affermazione, e cioè che l’accollo è stipulazione a favore del terzo, ma di questo e di altro ne parleremo domani mattina sempre qui.

DIRITTO CIVILE lezione n°4 14-10-2014

Stiamo parlando dell’accollo. Ci stiamo chiedendo: l’accollo è stipulazione a favore del terzo? È cioè un’applicazione dello schema generale che il legislatore ha previsto e disciplinato nell’art 1411 ss. c.c. ? leggendo il primo comma dell’art 1273 sembrerebbe piuttosto agevole concludere nel senso della natura dell’accollo come stipulazione a favore del terzo. Tuttavia questa affermazione va controllata, verificata alla luce di obiezioni che sono state mosse in dottrina all’inquadramento dell’accollo nel contratto a favore del terzo.

Abbiamo visto alcune obiezioni e abbiamo visto in che modo queste obiezioni possono essere superate. Ne abbiamo poi segnalata una terza.

Ricapitola le altre due obiezioni. C’è una parte della dottrina che dice: ma nel caso di stipulazione a favore del terzo (art 1411 ), lo stipulante è animato dall’intento di fare pervenire il beneficio al terzo.

Nel caso invece di accollo, lo stipulante, che sarebbe l’accollato, il debitore originario, lo stipulante è piuttosto interessato a liberarsi del peso del debito, quindi non è tanto rivolto a produrre un effetto favorevole, ma è rivolto a conseguire un effetto per lui vantaggioso, che è quello del trasferimento del peso economico e giuridico dal suo patrimonio a quello del promittente, dell’accollante.

Quindi, si dice, siamo in presenza di una situazione diversa, perché una volta la parte del contratto è tesa a produrre un effetto vantaggioso per il terzo ed è interessata soltanto al perseguimento di questo risultato. Altra volta, invece, nell’accollo, l’accollato è interessato più a liberarsi del peso del debito che a far pervenire il beneficio al terzo.

Abbiamo già notato ieri che questa constatazione, che è una constatazione che coglie alcuni aspetti veri, è una constatazione però che non coglie nel segno, non è in grado di mettere in crisi la nostra costruzione. Perché? Perché il fatto che nell’accollo, l’accollato intende piuttosto perseguire il suo interesse a liberarsi del peso del debito, non esclude che questo risultato viene conseguito attraverso un meccanismo che consiste nell’attribuzione dell’effetto favorevole al terzo, quindi non c’è contraddizione tra il dire che con l’accollo si determina un effetto favorevole al terzo e al tempo stesso col dire che nell’accollo l’accollato è animato prevalentemente dall’intento di liberarsi del peso economico del debito, perché ciò che conta è che egli raggiunge questo risultato, cioè riesce a realizzare il suo scopo (cioè riesce ad ottenere il trasferimento del peso del debito) utilizzando come strumento la stipulazione a favore del terzo. Quindi questa obiezione sembra certamente superabile.

Come è agevolmente superabile la seconda obiezione che abbiamo esaminato: quella per la quale si dice che l’accollo non sarebbe stipulazione a favore del terzo perché c’è una diversa disciplina per quanto riguarda la modalità cronologica di produzione dell’effetto nell’accollo e nella stipulazione a favore del terzo.

Nell’accollo l’effetto si produrrà al momento dell’adesione; nella stipulazione a favore del terzo l’effetto favorevole per il terzo si produrrà al momento della conclusione del contratto. Sono momenti diversi o possono essere momenti diversi.

Come facciamo a dire che nell’accollo l’effetto dell’acquisto della posizione creditoria dell’accollatario nei confronti dell’accollante, come facciamo a dire che quest’effetto si produrrà al momento dell’adesione? Lo diciamo perché abbiamo letto l’ultimo comma dell’art 1273 dove si dice che il terzo è obbligato verso il creditore che ha aderito alla stipulazione nei limiti in cui ha assunto il debito. Il terzo è obbligato, l’accollante si obbliga nei confronti del terzo che ha aderito, quindi non si obbliga nei confronti del terzo che non ha aderito. Questo che significa? Che è l’adesione che fa scattare l’effetto dell’accollo, che produce l’effetto.

Nella stipulazione a favore del terzo, invece, abbiamo letto il secondo comma dell’art 1411 in cui si dice che” il terzo acquista il diritto contro il promettente per effetto della stipulazione”, e per effetto della stipulazione, secondo la dottrina dominante, si intende al momento della stipulazione cioè al momento della conclusione del contratto.

Quindi certamente questa diversità cronologica di produzione dell’effetto è visibile se esaminiamo le due discipline (ultimo comma del 1273 – secondo comma del 1411) , si vede chiaramente che ci sono diverse modalità cronologiche di produzione dell’effetto.

Ma questa constatazione incide sulla qualificazione dell’accollo come stipulazione a favore del terzo? La risposta è no, non incide perché il fatto che si produca nella stipulazione a favore del terzo di cui all’art 1411 l’effetto al momento della stipulazione non è elemento caratterizzante della fattispecie, tanto è vero che è consentito alle parti di prevedere modalità diverse senza per questo fuoriuscire dallo schema della stipulazione a favore del terzo. Se leggiamo il secondo comma dell’art 1411 ci rendiamo conto che il legislatore fa salvo il patto contrario. Dice il secondo comma art 1411 “salvo patto contrario, il terzo acquista il diritto contro il promettente per effetto della stipulazione”, il che significa che le parti possono con un patto contrario, a questo che è un effetto legale (??) voluto dal legislatore, determinare un’altra modalità di produzione dell’effetto senza , al tempo stesso, negare l’esistenza dello schema della stipulazione a favore del terzo. Il che significa dire dunque che esistono schemi di stipulazione a favore del terzo che possono avere modalità cronologiche di produzione dell’effetto uguali a quelle dell’accollo, sia pure per effetto di un patto contrario.

Il che significa dire che questo elemento che noi abbiamo individuato non è tale da incidere sulla nostra costruzione perché non attiene ad un profilo essenziale, identitario della stipulazione a favore del terzo rispetto all’accollo.

Abbiamo poi introdotto un’altra obiezione, che è quella più importante e significativa: l’accollo non è stipulazione a favore del terzo perché non determina, non produce alcun effetto favorevole nel patrimonio del creditore, né nell’ipotesi dell’accollo cumulativo né nell’ipotesi dell’accollo liberatorio.

In realtà l’accollo cumulativo, si potrebbe dire, che c’è una moltiplicazione dei debitori e questo è di per sé un rafforzamento della posizione del creditore. Quando il creditore anziché un solo debitore ne ha più di uno, evidentemente la sua posizione si rafforza perché è chiaro che ne ha un vantaggio. Ma si dice dall’avversa teoria che questo vantaggio è un vantaggio meramente fattuale ed economico. Perché in che consiste questo vantaggio? Consiste nel fatto che il creditore proprio perché ha un debitore cui poter chiedere l’intero, secondo la regola della solidarietà passiva, ha più probabilità di vedere soddisfatto il suo interesse come creditore. Appunto, allora questo vantaggio si colloca sul piano materiale, non sul piano giuridico. Perché si possa parlare di un vantaggio sul piano giuridico sarebbe necessario individuare un acquisto nuovo nel patrimonio del creditore che prima il creditore non aveva. E quest’acquisto non è visibile perché il creditore continua ad avere lo stesso credito originario. Deve avere 1000 dal debitore Tizio; poi dovrà avere 1000 da Tizio e da Caio, ma non è che deve avere 1000 da Tizio e 1000 da Caio; deve avere 1000 o da Tizio o da Caio; sono sempre gli stessi 1000. Quindi in che cosa aumenta il suo patrimonio? In cosa si rafforza la sua posizione?

Certo si rafforza sul piano del fatto, perché appunto aumentano le probabilità che uno dei due paghi. Se io ho un solo debitore esistono delle probabilità di essere soddisfatto; se sono due, le probabilità si moltiplicano per due; ecc. Ma siamo sempre all’interno di fatti, di aspetti di carattere materiale, economico e non giuridico.

Quali sono i poteri in più che il creditore ha? Per poter parlare di un effetto vantaggioso o favorevole noi dobbiamo individuare un effetto incrementativo della sfera giuridico-patrimoniale del creditore, del terzo beneficiario della stipulazione. Un effetto quindi che produca un potere in più che il creditore prima non aveva. Se non individuiamo questo allora il vantaggio non c’è.

Allora si dice: poiché questo potere non lo vediamo perché è sempre lo stesso potere di pretendere 1000 (non è il potere di pretendere 1100 o 2000), il creditore ha sempre lo stesso potere di pretendere il pagamento di 1000. Lo dovrà pretendere rivolgendo questa pretesa, questa richiesta a più soggetti. Ma questo giuridicamente cosa comporta? Aumenta soltanto la probabilità di esecuzione della prestazione, non incide sul patrimonio del creditore, che non è incrementato da alcunché.

Questo è nell’accollo cumulativo, cioè quell’accollo in cui l’accollante si assume il debito altrui accanto al debitore originario. Il debitore originario resta debitore perché non viene liberato, quindi il rapporto obbligatorio in questo caso è caratterizzato dalla solidarietà passiva e il creditore, secondo la regola della solidarietà passiva, potrà rivolgere la richiesta di adempimento all’uno o all’altro. Poi vedremo se esiste in questo tipo di solidarietà la cd. libera electio, cioè la libera scelta del creditore o se il creditore deve seguire un ordine dell’esecuzione nella richiesta della prestazione. Per il momento diciamo che quando vi è accollo cumulativo certamente si determina il vincolo della solidarietà passiva tra accollante e accollato, tra promettente e stipulante, nei confronti del creditore accollatario, dopo l’adesione del creditore accollatario, che è requisito di efficacia esterna dell’accollo esterno. Dopo l’adesione del creditore accollatario, l’accollante è diventato debitore dell’accollatario insieme all’accollato che è il debitore originario. Sono due debitori tenuti con il vincolo della solidarietà passiva.

Faremo poi delle considerazioni sulla solidarietà passiva che si ha nelle ipotesi in cui la moltiplicazione dei debitori consegue all’assunzione cumulativa del debito altrui.

Quando c’è accollo cumulativo scatta questo vincolo della solidarietà passiva, che è quel vincolo per cui il creditore può chiedere l’adempimento ad uno qualsiasi dei suoi debitori per l’intero. Il pagamento da parte del debitore prescelto estingue l’intera obbligazione, salvo poi i rapporti interni che vengono regolati mediante azione di regresso. Questo nell’accollo cumulativo.

Poi c’è l’accollo liberatorio: che è un accollo un po’ diverso perché è un accollo preordinato alla liberazione del debitore originario. Cioè un accollo in cui le parti convengono che l’assuntore, il promittente, l’accollante si assumerà il debito in quanto venga contestualmente liberato il debitore originario. In questo caso l’adesione all’accollo è sia requisito di efficacia esterna dell’accollo esterno sia condizione della liberazione del debitore originario. Siamo in presenza dunque di un accollo liberatorio o privativo in cui il soggetto nuovo, l’assuntore, l’accollante entra nel rapporto obbligatorio originario al posto del precedente, l’accollato che viene liberato.

Ora si dice: nell’accollo cumulativo forse un vantaggio di tipo economico, o per meglio dire, di tipo fattuale pure si può individuare, perché questo vantaggio fattuale consiste nel fatto che il creditore vede aumentare le probabilità di vedere soddisfatto il suo interesse creditorio.

Ma nel caso dell’accollo liberatorio il favor non esiste proprio, non esiste nemmeno una parvenza di favor. Mentre nell’accollo cumulativo vi è una parvenza di favor, che però non è il vero favor perché il favor che a noi interessa è altra cosa, non è quello fattuale ma quello giuridico. Nel caso invece di accollo liberatorio non vi è nemmeno la parvenza di questo vantaggio, perché il vantaggio si potrà avere soltanto quando il nuovo debitore sia più solvibile del precedente. Ma allora in questo caso possiamo dire che il vantaggio è eventuale, perché dipende dalla eventualità che il nuovo debitore sia più solvibile rispetto al precedente.

Ma perché si abbia la stipulazione a favore del terzo il vantaggio non deve essere eventuale, ma deve essere essenziale, se no non è stipulazione a favore del terzo. Io posso insieme ad un altro concludere un contratto come stipulazione a favore del terzo ma per poter deviare l’effetto nella sfera giuridica di un soggetto che non è stata parte del contratto è necessario che questo effetto sia per il beneficiario, cioè per il terzo estraneo al contratto, vantaggioso, ma deve essere essenzialmente vantaggioso, non è che può essere forse, eventualmente vantaggioso.

Quindi se io faccio un’ipotesi di vantaggio che può esserci e può non esserci nell’accollo liberatorio perché è dipendente dalla circostanza che il nuovo debitore sia più solvibile del precedente, evidentemente io sto al di fuori della stipulazione a favore del terzo.

Qui stiamo in presenza di un’obiezione che questa volta colpisce nel segno perché colpisce proprio un elemento essenziale, distintivo della stipulazione a favore del terzo e cioè l’esistenza di un effetto vantaggioso, che deve essere un effetto giuridicamente percepibile e deve essere sempre verificabile. L’effetto vantaggioso è la costante della stipulazione a favore del terzo, non una eventualità. E quindi se è eventuale e non essenziale, costante e indefettibile , allora non siamo in presenza di una stipulazione a favore del terzo.

Quindi si dice: quando si vuole forzare e ricondurre l’accollo all’interno dello schema negoziale di cui agli artt 1411 ss. , in realtà si fa un’operazione scorretta, discutibile perché nel caso di accollo se guardiamo bene ed approfonditamente il fenomeno e le conseguenze dell’accollo non riusciamo a cogliere questo favor che caratterizza la stipulazione a favore del terzo. Non lo cogliamo in tutto ciò, né nell’accollo cumulativo, dove pure una parvenza da favor sarebbe ipotizzabile ma è un favor che si attesta su un altro piano che non è quello giuridico ma fattuale, probabilistico, economico; nell’accollo liberatorio invece non c’è nemmeno questa parvenza di favor perché il vantaggio è meramente eventuale.

Di fronte a questa obiezione cosa possiamo replicare?

Accollo cumulativo: parvenza di favor perché il vantaggio è un vantaggio meramente fattuale, non giuridico, giacchè il creditore, l’accollatario non acquisterebbe nessun nuovo potere che prima non aveva. È così? Siamo sicuri? Il creditore aveva diritto ad avere 1000 e continua ad avere diritto, lo stesso identico diritto ad avere 1000. però il fatto che egli possa chiedere 1000 non soltanto a Tizio suo originario debitore, ma anche a Caio, l’accollante, l’assuntore, siamo sicuri che determini solo un vantaggio probabilistico e fattuale e non anche giuridico?

In realtà quando l’accollante diventa debitore dell’accollatario insieme all’accollato e il creditore accollatario acquista la possibilità di pretendere la prestazione dal nuovo debitore, egli (creditore) acquista nei confronti di questo debitore anche dei poteri giuridici. Quali sono questi poteri giuridici? Il potere giuridico per es. di sottoporre il patrimonio del nuovo debitore a quelle misure cautelari che il creditore può esercitare nei confronti del debitore. Sequestro conservativo: il creditore che diventa creditore di Caio (l’accollante) ha l’intero patrimonio di Caio a sua disposizione secondo il principio generale per cui ogni debitore risponde di tutto il suo patrimonio. E si dice: questa regola esprime un principio: il principio della garanzia patrimoniale generica. Ci sono le garanzie specifiche, personale e reali. Ma comunque tutti i debitori devono garantire l’adempimento del proprio debito con tutto il proprio patrimonio.

Questo significa che il debitore non può disporre del proprio patrimonio? Certo che può disporre del proprio patrimonio, però lo deve fare tenendo conto che questi atti dispositivi non possono essere lesivi dell’interesse del creditore ad aggredire il suo patrimonio per ottenere il soddisfacimento del credito.

Questo potere di assoggettamento dell’intero patrimonio di Caio (l’accollante) è un potere che il creditore aveva anche prima? No, ce l’ha dopo. Ed è un potere solo di fatto? No è un potere giuridico perché questo potere di assoggettamento si esprime in una serie di possibilità, tra le quali ad es. i sequestri conservativi. Io temo che il debitore stia svendendo il suo patrimonio, per dissipare il suo patrimonio per impedirmi poi di eseguire sul suo patrimonio il mio interesse creditorio e posso agire chiedendo il sequestro conservativo del suo patrimonio, dei beni del suo patrimonio.

Si pensi ad altri rimedi che sono concessi al creditore quando il debitore dispone del suo patrimonio contro gli interessi del creditore. Noi sappiamo che esiste l’azione revocatoria, l’azione surrogatoria, quando il debitore è a sua volta creditore di un terzo e non agisce perché sa che quel credito sarà poi riscosso dal suo creditore🡪si può agire in azione surrogatoria.

Sono strumenti questi che servono a rafforzare e a rendere il più possibile effettivo quel principio della garanzia patrimoniale generica che abbiamo visto prima in via generale essere enunciato dal legislatore, quando si dice appunto che il debitore risponde dell’adempimento con tutto il suo patrimonio. Che significa? Che se io devo pagare 100 e non pago 100, il creditore può aggredire qualsiasi parte del mio patrimonio : i soldi liquidi che ho in banca, l’appartamento, il terreno, la villa perché tutto il mio patrimonio è in funzione del soddisfacimento dell’interesse del creditore. Questa garanzia patrimoniale generica è appunto una garanzia generica; questo non impedisce al debitore di disporre del suo patrimonio. Non è che se uno ha un debito non può vendere una casa o non può fare spese. Non è così. Ha la piena disponibilità dei suoi beni, ma se dispone dei suoi beni, magari con lo scopo di frodare il creditore facendo in modo di non far trovare più nulla al creditore, questo non può farlo. Eventus damni e cansilium fraudis. Se quest’atto dispositivo fatto dal debitore determina un danno per il creditore che arriva e non trova più niente; arriva alla scadenza l’obbligazione, il debitore non paga e il creditore non trova nessuna parte di patrimonio da aggredire: se questo patrimonio è scomparso perché è stato svenduto o se n’è disposto fraudolentemente al fine di provocare un danno al creditore, il creditore fa azione revocatoria , può fare l’azione surrogatoria, può chiedere il sequestro conservativo. Anche ante causam, cioè prima di iniziare la causa può chiedere il pignoramento di un bene da poter aggredire successivamente.

Tutti questi poteri sono poteri di fatto o poteri giuridici? Sono poteri giuridici.

Allora il creditore non è che vede soltanto aumentare la probabilità in via di fatto,; egli vede aumentare questa probabilità non in via di fatto, ma in via giuridica perché gli vengono forniti dei poteri che prima non aveva nei confronti di un nuovo soggetto. Poteri che esprimono il principio dell’assoggettamento dell’intero patrimonio del nuovo debitore ai poteri del creditore.

Alla luce di questa considerazione, vi sembra che si possa dire che non ci sia il favor? Certo che se noi ci aspettiamo che il favor consista nel fatto che prima il creditore deve avere 1000 e dopo deve avere 2000, è ovvio che qui il favor non c’è. L’effetto vantaggioso consiste in un qualsiasi beneficio che aumenta il fascio di poteri di cui è titolare il creditore. Che aumenta dunque il suo patrimonio. Ha dei poteri che prima non aveva. Il creditore Tizio aveva il potere di aggredire il patrimonio di Caio; dopo ha il potere di aggredire non solo il patrimonio di Caio, ma anche il patrimonio di Sempronio. E questo potere di aggredire, questo potere di assoggettare questi patrimoni al suo soddisfacimento, poteri che non sono solamente di fatto, ma poteri giuridici perché si esprimono quelle possibili azioni cautelari in senso ampio sul patrimonio del debitore, ebbene sembra che siano poteri solo di fatto? Possiamo dire che il vantaggio, il favor in questo caso, è soltanto apparente, vi è una parvenza? Cioè un favor che sembra favor ma non lo è e nella sostanza è un favor solamente fattuale perché aumenta soltanto la probabilità di essere soddisfatto? Non è così. Se noi guardiamo bene, ci rendiamo conto che il fatto di avere un nuovo debitore fornisce al creditore una serie di poteri nuovi che prima non aveva. E questo non è già di per sé un vantaggio?

Allora il problema è quello di vedere qual è il vantaggio che si determina con l’accollo, perché il favor dell’accollo si può cogliere appunto con riferimento alla circostanza che a seguito dell’accollo il creditore assoggetta un nuovo, diverso patrimonio, il patrimonio dell’accollante ai suoi poteri, che sono poteri giuridici, non sono poteri fattuali. Il potere di chiedere il sequestro, il potere di agire in revocatoria, surrogatoria. E sono poteri giuridici che io ho in quanto c’è un nuovo debitore, , che è tenuto anche egli, insieme al precedente a garantirmi, in via generica, con tutto il suo patrimonio, l’adempimento dell’obbligazione. E questo assoggettamento del nuovo patrimonio ai poteri del creditore, non è un assoggettamento che non significa niente in termini giuridici, che non dà luogo a nessuna conseguenza giuridica. È un fatto giuridico rilevante perché da questo assoggettamento deriva in capo al creditore la possibilità di esercitare alcuni poteri che prima egli non aveva e che acquista dopo, a seguito dell’accollo e in conseguenza dell’accollo.

Allora come si fa a dire che nell’accollo cumulativo non c’è favor? È questo; bisogna saperlo vedere. Anche nell’accollo cumulativo il favor c’è.

E nell’accollo liberatorio? Qui il vantaggio va colto in un altro aspetto, sfuggito ai contraddittori. Nell’accollo liberatorio perché si liberi il debitore originario è necessario che il creditore accollatario acconsenta alla liberazione. L’accollo deve essere condizionato alla liberazione. Io mi assumo il debito nei tuoi confronti se verrà liberato il debitore originario. Quindi la liberazione del debitore originario è condizione espressa dell’accollo. Questo è l’accollo liberatorio, è quell’accollo cioè in cui l’accollo, la stipulazione è congeniata nel modo che abbiamo detto: io acquisto l’appartamento e pago il prezzo secondo le seguenti modalità, se, condizionatamente al fatto però che il creditore accollatario (istituto di credito Banco di Napoli) liberi il debitore originario. Questo è l’accollo liberatorio: l’accollo cioè che è condizionato alla liberazione del debitore originario.

In questo caso l’adesione del creditore accollatario all’accollo è sia requisito di efficacia, condicio iuris, requisito di efficacia esterna dell’accollo esterno, sia condizione della liberazione del debitore originario. Quindi dentro la dichiarazione di adesione ci sono due dichiarazioni: una che è la dichiarazione di voler approfittare della stipulazione e l’altra è la dichiarazione che si accetta l’accollo così com’è e quindi si vuole liberare il debitore originario. Nell’accollo liberatorio dunque la liberazione è determinata dal creditore accollatario, il quale sceglie; se non gli sta bene può dire di no, cioè non è ineluttabile l’accollo liberatorio.

L’accollo liberatorio, cioè l’accollo per la liberazione del debitore originario è conseguenza di una condivisione da parte del creditore accollatario perché il creditore accollatario deve sia dichiarare che vuole approfittare della stipulazione a suo favore sia dichiarare che gli sta bene che a quest’accollo corrisponda, che all’assunzione del debito corrisponda la liberazione del debitore originario. Quindi è una scelta che spetta al creditore. È il creditore che sceglie. Il creditore può non aderire all’accollo; non si produrrà l’effetto dell’accollo e non si produrrà nemmeno l’effetto liberatorio. Quindi la liberazione del debitore originario è effetto di una dichiarazione del creditore accollatario. E pertanto quella dichiarazione è esercizio di un suo potere di scelta. Con l’accollo liberatorio al creditore accollatario viene sottoposta una scelta; nella sostanza delle cose, che succede? È come se si dicesse al creditore accollatario: vuoi tu continuare ad avere come debitore Tizio, oppure vuoi avere come debitore Caio al posto di Tizio? Questa è la domanda che viene posta al creditore accollatario. Se il creditore accollatario aderisce all’accollo così congeniato è come se avesse detto “si, mi sta bene che Tizio si sia accollato il debito e voglio che Tizio se lo accolli al posto del precedente.”.

Quindi questo effetto liberatorio è certamente conseguenza di una scelta positiva effettuata dal creditore accollatario. Il che significa dire che con l’accollo liberatorio al creditore accollatario viene offerta una possibilità di scelta. È un vantaggio per lui avere questa possibilità di scelta? Certamente si. Avere una possibilità di scelta è sempre un vantaggio rispetto al non averla.

Il creditore prima di questa proposta ha il debitore Tizio; dopo può scegliere se conservare Tizio o prendere Caio. E’ un vantaggio.

Poi ovviamente questo vantaggio può essere esercitato male, cioè come dire, questo potere, che è di per sé un favor, un vantaggio per lui, può essere esercitato male e quindi sbaglia. Dice che preferisce Caio a Tizio e poi magari Caio è meno solvibile di Tizio. Ma questo è un problema di merito, non riguarda il discorso che stiamo facendo. Resta il fatto che al creditore viene offerta con l’accollo liberatorio un potere di scelta che egli prima non aveva. E già questo potere di scelta di cui viene fornito è di per sé un fatto che rappresenta per lui un vantaggio , un effetto vantaggioso. Questo potere è in conseguenza dell’accollo, è conseguenza del vantaggio che egli acquista con l’accollo.

Allora nel caso di accollo liberatorio possiamo dire che il favor per il creditore è da individuare nel potere di scelta che tramite l’accollo viene conferito al creditore accollatario. Potere di scelta che può essere poi esercitato malissimo dal creditore accollatario; ma questi sono problemi successivi, a valle della scelta perché non incidono sul fatto che comunque il potere di scelta gli è stato concesso. Potere di scelta che prima non c’era ed è quindi un di più nella sua sfera giuridica. È il vantaggio in cui consiste l’accollo in questo caso.

Potremmo, rispetto a questo profilo dell’accollo liberatorio, fare anche un ulteriore discorso, cioè dire: si fini della individuazione della natura dell’accollo e quindi ai fini della determinazione del favor, noi il ragionamento lo dobbiamo sempre fare con riferimento all’accollo cumulativo. Perché? Perché la liberazione del debitore originario che caratterizza l’accollo liberatorio non è effetto dell’accollo in senso proprio, ma è effetto della dichiarazione del creditore accollatario che viene posta come condizione della liberazione.

L’effetto dell’accollo di per sé è sempre soltanto cumulativo. La liberazione del debitore originario accollato non è conseguenza dell’accollo che si esaurisce con l’effetto per cui l’accollante diventa debitore dell’accollatario. Quindi ogni accollo è sempre soltanto cumulativo.

Quello che noi diciamo accollo liberatorio è quell’accollo in cui le parti hanno voluto che l’assunzione fosse condizionata e quindi la dichiarazione del creditore accollatario rappresenta la condizione di quell’effetto.

Ed è quindi quell’effetto, l’effetto liberatorio prodotto da quella liberazione che è stata posta come condizione, condicio facti, accanto all’accollo, ma non è l’accollo.

Ai fini della individuazione del favor, e cioè ai fini di capire se l’accollo consente di individuare un effetto vantaggioso, dobbiamo riservare la nostra riflessione, indirizzarla su quello che è lo schema dell’accollo che determina l’effetto dell’assunzione del debito altrui, perché questo è l’effetto dell’accollo(assunzione del debito). La liberazione del debitore originario non è effetto dell’accollo, anche dell’accollo liberatorio. Perché? Perché le parti non possono prevedere, non possono volere la liberazione del debitore originario. La liberazione del debitore originario è sempre la conseguenza della dichiarazione del creditore accollatario. Certo le parti possono costruire l’accollo in modo da condizionare l’assunzione alla dichiarazione positiva circa la liberazione.

L’atto negoziale che produce l’effetto liberatorio qual è? La dichiarazione del creditore che è stata elevata a condicio facti, quindi a condizione sospensiva dell’effetto liberatorio che le parti hanno preordinato ma la cui produzione deriva soltanto dalla dichiarazione del creditore accollatario. Quindi in senso proprio non è effetto della struttura dell’accollo. Quello è un di più che viene aggiunto all’accollo. Cioè la struttura dell’accollo qual è ? E’ l’accordo tra Tizio e Caio per cui Tizio e Caio convengono che Tizio trasferisce il suo immobile e Caio paga il prezzo dell’immobile mediante l’accollo. Questo è l’accollo. Poi è ovvio che dentro l’accollo ci possiamo mettere tante cose, tra cui anche la condizione che abbiamo visto. Ma è un di più che non si inserisce nella struttura tipica dell’accollo. Ed è un di più peraltro che rimette la produzione dell’effetto liberatorio alla dichiarazione unilaterale del creditore accollatario, il quale nel momento in cui dice “ si lo voglio”, fa in realtà una duplice dichiarazione: dice sia “si, aderisco all’accollo” e quindi produce l’effetto, sia “si voglio la liberazione”, e dunque realizza quella condicio facti che è stata posta come condizione all’assunzione medesima.

Ma il fatto causativo dell’effetto liberatorio, il fatto che causa l’effetto della liberazione qual è ? E’ la dichiarazione del creditore accollatario, che non sta dentro l’accollo, perché l’accollo è l’accordo tra Tizio e Caio, il creditore accollatario è esterno. Non sta dentro l’accollo. Anche quando l’accollatario dichiara di voler aderire non è che la sua dichiarazione va dentro l’accollo, è un requisito esterno per la condicio iuris dell’efficacia esterna dell’accollo, perché l’accollo è il contratto tra Tizio e Caio. ed è sempre così, non è che il creditore accollatario interviene dentro al contratto. La sua dichiarazione è sempre esterna, è una condizione esterna di efficacia dell’accollo.

Allora la liberazione del debitore originario è effetto di che cosa? Anche nell’accollo liberatorio, cioè l’accollo in cui condizioniamo l’assunzione alla liberazione? L’effetto deriva dal realizzarsi di questa condizione. E quando si realizza questa condizione? Quando il creditore dichiara: “ si, mi sta bene”. Con una liberazione autonoma, che è una condizione dell’effetto, ma che non è parte costitutiva della fattispecie accollo, perché parte costitutiva della fattispecie accollo sono soltanto le dichiarazioni dello stipulante e del promettente, accollatario e dell’accollante. Ed è rispetto a questo contratto che noi dobbiamo individuare il favor.

Quindi può darsi che il discorso circa la natura, circa l’esistenza del favor nell’accollo liberatorio sia mal posto, si debba cancellare questo discorso, perché il discorso del favor va fatto solamente con riferimento all’accollo che è sempre soltanto cumulativo, perché l’effetto dell’accollo è soltanto l’assunzione del debito altrui. Questo è l’effetto dell’accollo. Poi l’accollo può essere costruito in modo tale che ci possano essere affetti connessi che però dipendono da altri fatti, cioè dalla dichiarazione del creditore accollatario, che viene costruita come condicio facti. Strutturalmente è così.

Allora si potrebbe dire su tutto questo discorso che viene fatto circa la mancanza del favor nell’accollo liberatorio è un discorso che non andava proprio fatto perché il problema del favor va individuato con riferimento all’accollo tout court che è l’accollo cumulativo.

In ogni caso se mai si volesse parlare di favor anche con riferimento all’accollo liberatorio, come se la liberazione del debitore originario fosse effetto dell’accollo…ma non è così perché la liberazione del debitore non è effetto dell’accollo, ma è effetto della dichiarazione unilaterale del creditore accollatario che funziona come condicio facti, perché le parti hanno costruito in questo modo il congegno, ma l’effetto è sempre connesso a questa dichiarazione autonoma, che non è l’accollo, ma è un’altra cosa.

Tuttavia se vogliamo dimenticarci di questa riflessione, se vogliamo fare questo discorso del favor in riferimento all’accollo liberatorio, noi possiamo rilevare che un vantaggio per il creditore sta già nel fatto che il creditore comunque acquista un potere di scelta che prima non aveva, perché appunto è il creditore che sceglie se liberare o no il debitore originario.

La questione non è finita perché c’è un altro punto da affrontare.

Leggiamo l’ultimo comma dell’art 1273 “in ogni caso il terzo è obbligato verso il creditore che ha aderito alla stipulazione nei limiti in cui ha assunto il debito, e può opporre al creditore eccezioni fondate sul contratto in base al quale l’assunzione è avvenuta”. Innanzitutto questo comma conferma quanto detto anche ieri: la causa dell’accollo è la causa della provvista e le eccezioni fondate sul contratto in base al quale l’assunzione è avvenuta e cioè le eccezioni relative alla provvista sono sempre utilizzabili dall’accollante nei confronti dell’accollatario.

L’art 1273 non ci dice nulla a riguardo. Ma la maggior parte della dottrina ritiene che quando l’accollo non sia novativo… perché l’accollo può essere anche novativo cioè le parti possono volere un accollo in cui non ci si assume il debito originario ma si estingue il debito originario e si costituisce in capo all’accollante un nuovo debito. . in questo caso siamo in presenza di accollo novativo. Però perché ciò accada è necessario che le parti lo prevedano espressamente ; se nulla si prevede, si dice “l’accollante subentra nel rapporto obbligatorio originario di valuta accanto al debitore originario o al posto del debitore originari, ma comunque dentro il rapporto di valuta. Con quali conseguenze? Con la conseguenza che essendo egli a seguito dell’accollo divenuto titolare anche del rapporto di valuta , potrà opporre al creditore accollatario non soltanto le eccezioni della provvista che stanno scritte esplicitamente nell’art 1273, ma anche le eccezioni relative alla valuta, cioè le eccezioni relative al rapporto nel quale è entrato.

Nell’es. che abbiamo fatto, cioè la vendiuta dell’appartamento con accollo di mutuo, l’accollante potrà opporre alla banca sia le eccezioni fondate sul contratto di compravendita(che sono le eccezioni relative alla provvista) sia le eccezioni relative alla valuta, cioè le eccezioni relative al rapporto di mutuo in cui è subentrato.

Quindi si ritiene che l’accollante possa utilizzare nei confronti del creditore accollatario sia le eccezioni relative al rapporto di provvista (e questo ce lo dice il codice) sia le eccezioni relative al rapporto di valuta (ma questo il codice non ce lo dice), ma lo desumiamo facendo un certo ragionamento, che si fonda su quale constatazione ? sul fatto che l’accollante subentra, succede a titolo particolare del debito originario. Succede a titolo particolare, quindi subentra nello stesso rapporto obbligatorio originario. Sul punto torneremo perché non è detto che sia proprio così.

Quindi abbiamo una certezza e una probabilità. La certezza è che l’accollante può opporre eccezioni relative a rapporti di provvista. È assai probabile che l’accollante possa opporre anche eccezioni relative a rapporti di valuta. Perché? Perché se l’accollo non è novativo…è ovvio che se c’è novazione non c’è successione a titolo particolare nel debito, perché o c’è l’uno o c’è l’altro…la novazione non comporta successione, comporta estinzione della precedente obbligazione e costruzione di una nuova obbligazione.

Quindi la novazione è il contrario della successione, quindi è ovvio che se siamo in presenza di un accollo novativo l’accollante potrà opporre soltanto eccezioni relative alla provvista e non anche quelle relative alla valuta. Ma se invece le parti hanno voluto un normale accollo, non novativo, e allora poiché si ritiene che l’accollo provochi successione particolare nel debito, ciò comporta che all’accollante si debbano riconoscere come eccezioni utilizzabili anche le eccezioni relative alla valuta.

Ci soffermiamo su questo profilo certo in base al quale il legislatore ritiene che l’accollante può sempre opporre all’accollatario le eccezioni fondate sulla provvista. È normale che sia così, è del tutto ovvio che sia così, cioè anche se non l’avesse scritto il legislatore avremmo detto che è così. Perché? Perché la causa dell’accollo è nella provvista, cioè l’accollante si assume il debito altrui perché ha concluso con l’accollato un contratto di cui l’accollo è fondamentale. Quindi la causa dell’accollo è sempre la causa del contratto in base al quale l’assunzione è avvenuta. Quindi è evidente che la posizione dell’accollante è sempre causalmente connessa al rapporto di provvista; da ciò l’accollante può opporre le eccezioni fondate sulla provvista.

Ora possiamo chiederci: ma questo regime delle eccezioni è lo stesso che vige nel caso della stipulazione a favore del terzo, art 1411 ss. , o c’è qualche diversità che può determinare qualche dubbio circa la riconducibilità dell’accollo alla stipulazione a favore del terzo? Vediamo la norma dettata in tema di stipulazione a favore del terzo, l’art 1413 c.c. :” il promittente può opporre al terzo le eccezioni fondate sul contratto dal quale il terzo deriva il suo diritto, ma non quelle fondate su altri rapporti tra promittente e stipulante”. Quali sono queste eccezioni fondate sul contratto dal quale il terzo deriva il suo diritto? Qual è il contratto dal quale il terzo deriva il suo diritto? Il contratto tra stipulante e promettente, quindi sono le stesse eccezioni di provvista che può utilizzare l’accollante. Le eccezioni fondate sul contratto in base al quale l’’assunzione è avvenuta sono le stesse eccezioni del contratto, le stesse eccezioni fondate sul contratto dal quale il terzo deriva il suo diritto. Il contratto dal quale il terzo deriva il suo diritto è lo stesso contratto in base al quale l’assunzione è avvenuta.

Il terzo deriva il suo diritto da quale contratto? Il contratto di accollo, di compravendita cui si riferiva. Quindi il contratto in base al quale l’assunzione è avvenuta è lo stesso contratto dal quale il terzo deriva il suo diritto. Quindi come il promittente può opporre le eccezioni relative alla provvista, così l’accollante può opporre le eccezioni relative alla provvista. Per questo da questo punto di vista non c’è nessuna differenza, c’è perfetta coincidenza.

Allora perché ne stiamo parlando? Perché c’è un caso che preoccupa. Leggiamo l’ultimo comma dell’art 1273 “in ogni caso il terzo è obbligato verso il creditore che ha aderito alla stipulazione nei limiti in cui ha assunto il debito”.

“nei limiti in cui ha assunto il debito”🡪che significa? Significa che se ad es. nell’accollo, l’accollante dice “io mo accollo il debito ma nei limiti di ciò che residua da una compensazione di un controcredito che io ho nei confronti dell’accollato”. Cioè io dico: pago il prezzo dell’appartamento in questo modo: per quanto riguarda 100 mila euro li do in contanti, mi accollo il mutuo ma nei limiti di ciò che residua dalla compensazione di un mio controcredito, perché io accollante sono a mia volta creditore dell’accollato per altri aspetti, per altre cose di 100 mila euro; allora io mi sono accollato non l’intera somma, ma mi sono accollato ciò che corrisponde con il saldo che dovesse risultare dopo la compensazione.

Allora se l’accollante e l’accollato nel contratto di accollo abbiano stipulato una cosa del tipo: l’accollante si accolla nei limiti di ciò che residua dalla compensazione, questi limiti e quindi questa compensazione la può opporre al creditore accollatario? Certo che si , perché si assume nei limiti. Il creditore accollatario quindi va a chiedere 200, e quello dice che non deve dare 200 perché si è accollato il debito, ma non tutto il debito ma nei limiti di ciò che residua dopo la compensazione. Quindi siccome devo compensare questi soldi, li compenso nei tuoi confronti. Lo può fare? Certo che lo può fare, perché egli si assume il debito con una limitazione che risulta dal contratto. È possibile questo? Si.

Che succede nel 1413 (il promittente può opporre al terzo le eccezioni fondate sul contratto dal quale il terzo deriva il suo diritto, ma non quelle fondate su altri rapporti tra promittente e stipulante). Quindi nel caso di stipulazione a favore del terzo, se il promittente ha un controcredito nei confronti dello stipulante, può eccepire la compensazione, magari parziale, nei confronti del terzo beneficiario? Sta scritto nell’art: può opporre soltanto le eccezioni fondate sul contratto ma non quelle fondate su altri rapporti tra promittente e stipulante. Quindi notiamo che c’è una diversità.

Nell’art 1413 si dice che il promittente può opporre al terzo le eccezioni fondate sul contratto dal quale il terzo deriva il suo diritto. Questo contratto è certamente quel contratto di provvista in base al quale l’assunzione è avvenuta, quindi da questo punto di vista non c’è nessuna differenza. Però l’art continua: non può opporre i rapporti personali.

Ad es. la compensazione (è un rapporto personale): io promittente ho un controcredito nei confronti dello stipulante; mi sono obbligato a pagare 100 al beneficiario della stipulazione a favore del terzo; il creditore mi chiede 100 e io oppongo che non do 100 perché devo avere dall’altro, dal mio stipulante devo avere 50 , quindi ti do 50. Lo può fare questo? Può opporre la compensazione? No, perché sta scritto che può opporre soltanto le eccezioni fondate sul contratto dal quale il terzo deriva il suo diritto ma non quelle fondate su rapporti personali. Nella compensazione ci sono rapporti personali preesistenti, esterni. Invece prima quando abbiamo parlato del 1273 , abbiamo detto che se questo limite c’è, io questo limite lo posso opporre e il limite può anche essere quello che deriva dal rapporto personale con l’accollante, magari un controcredito che io compenso con l’accollante.

Si dice che dunque c’è un regime delle eccezioni diverso, perché mentre il promittente può opporre soltanto le eccezioni fondate sulla provvista, l’accollante può opporre non soltanto le eccezioni fondate sulla provvista, ma anche le eccezioni personali se queste sono richiamate come limite dell’assunzione.

L’accollante che può opporre le eccezioni fondate sulla provvista e anche le eccezioni personali, purchè queste eccezioni personali siano divenute limiti all’assunzione che risultano ovviamente dal contratto, perché se no non è un limite all’assunzione, -ma un limite di tempo.(?) E’ un limite all’assunzione nel momento in cui sta scritto nel contratto di accollo. Allora l’accollante può opporre anche queste eccezioni relative ai suoi rapporti personali, purchè queste limitazioni derivanti dai rapporti personali siano divenute limiti espliciti dell’assunzione.

Questo è il punto: devono divenire limiti espliciti dell’assunzione.

E allora se diventassero limiti espliciti inseriti nella stipulazione a favore del terzo (1411) non sarebbero ugualmente opponibili al terzo? Certo.

Perché? Perché una volta che sono diventati limiti espliciti inseriti nel contratto, diventano eccezioni fondate sul contratto dal quale il terzo deriva il suo diritto. Quindi non ci sono eccezioni utilizzabili dall’accollante che non sarebbero utilizzabili anche dal promittente, purchè ovviamente queste eccezioni fondate sui rapporti personali siano rese esplicite, queste limitazioni siano rese esplicite nel contratto. Ma se sono rese esplicite nel contratto, allora quelle eccezioni fondate su quei rapporti non sono eccezioni fondate su rapporti estranei ma sono eccezioni fondate sul contratto dal quale il terzo deriva il suo diritto perché stanno dentro quel contratto, quindi non è vero che c’è una diversità tra quello che succede nella stipulazione a favore del terzo e quello che succede nell’accollo. Sia nell’uno sia nell’altro caso noi siamo in presenza di eccezioni che l’accollante o il promittente possono utilizzare in quanto sono eccezioni richiamate nel contratto. Se non diventassero limiti dell’assunzione, non potrebbero essere utilizzate, la compensazione non potrebbe essere utilizzata dall’accollante. Può essere utilizzata dall’accollante nella misura in cui è divenuto un limite esplicito dell’assunzione, cioè è transitata nel contratto. E lo stesso accade anche nella stipulazione a favore del terzo.

È ovvio che le eccezioni fondate su rapporti personali non possono essere utilizzate; ma se quei rapporti personali hanno limitato il vantaggio in cui consiste l’acquisto del beneficiario, lo hanno limitato perché sono richiamate nel contratto a favore del terzo, allora anche nella stipulazione a favore del terzo quelle eccezioni possono essere utilizzate (1.31.30)

Facciamo un es. –> concludo un contratto di compravendita e dico vendendo il mio appartamento al mio compratore “tu pagherai il prezzo obbligandoti a versarlo entro un anno a mio figlio”. Se io ho scritto solo questo, è ovvio che eventuali eccezioni che il compratore avesse nei miei confronti sarebbero irrilevanti, non potrebbero essere utilizzate nei confronti di nessuno. Ma se nel contratto si scrivesse che il prezzo verrà pagato dal compratore a favore di mio figlio ma nei limiti di ciò che risulta dalla compensazione che il compratore farà di quel credito che ha da 10 anni nei miei confronti e io non ho mai pagato, allora a quel punto quella eccezione di compensazione che è relativa al rapporto personale tra promittente e stipulante, possono quelle eccezioni essere utilizzate dal promittente contro il terzo beneficiario, allo stesso modo in cui ciò può accadere nel caso di accollo quando quei rapporti personali sono stati presi in considerazione e valutati come limiti dell’assunzione. Io mi assumo quel debito che tu hai nei confronti di Tizio, però lo assumo nei limiti della compensazione.

Quindi notiamo che la compensazione che io rivendico transita nel contratto e diventa limite dell’assunzione, e quindi è ovvio che la posso utilizzare perché l’art 1273 ci dice, ma anche se non ce lo dicesse il 1273 la utilizzerei perché applicherei il 1413 che dice che il promittente può opporre le eccezioni fondate sul contratto, perché se è transitata nel contratto è diventata eccezione del contratto dal quale l’assunzione è avvenuta, è diventata eccezione fondata sul contratto dal quale il terzo deriva il suo diritto, che è sempre lo stesso contratto.

E come accade questo con l’assunzione del debito, così accade la stessa cosa nel caso di stipulazione a favore del terzo.

È vero che le eccezioni fondate su rapporti personali non possono essere utilizzate. L’accollante le può utilizzare quando diventano limiti dell’assunzione, cioè entrano nel contratto e anche il promittente le può utilizzare se penetrano nel contratto perché vengono richiamate come limiti dell’obbligo del promittente , limiti del beneficio ricevuto dal beneficiario. Io pagherò il prezzo dell’appartamento non a te ma al soggetto che tu hai indicato, terzo rispetto al contratto, a tuo figlio, ma non pagherò 200 mila euro perché tu me ne devi dare 150, quindi pagherò nei limiti della compensazione, nei limiti di ciò che residua dalla compensazione.

Quindi è ovvio che io posso eccepirlo; cioè io scrivo una cosa del genere nella stipulazione a favore del terzo , siccome c’è l’ultima parte del 1413 non potrei utilizzare l’eccezione di compensazione? È ovvio che non è così, perché quell’eccezione anche qui è penetrata dentro al contratto, è diventata l’eccezione fondata sul contratto dal quale il terzo fonda il suo diritto. Quindi non c’è nessuna differenza; è apparente quella differenza che è stata individuata.

Vi è un diverso regime delle eccezioni, perché mentre nell’accollo, l’accollante può opporre sia le eccezioni relative al rapporto di provvista sia le altre eccezioni, anche personali purchè diventino limiti, laddove invece si dice che nella stipulazione a favore del terzo questo non sarebbe possibile perché c’è uno specifico, un esplicito divieto nell’ultima parte del 1413 per il promettente di utilizzare le eccezioni fondate sui suoi rapporti personali con lo stipulante. Se queste eccezioni, se questi rapporti personali vengono richiamati anche nella stipulazione a favore del terzo, … “fondate sul contratto dal quale il terzo deriva il suo diritto” e quindi sono utilizzabili dal promittente allo stesso modo in cui sarebbero utilizzabili dall’accollante. Non c’è da questo punto di vista alcuna differenza.

Allora siamo giunti ad un punto in cui oramai altre obiezioni non sono state mosse alla costruzione dell’accollo come stipulazione a favore del terzo. Abbiamo verificato in maniera puntuale e analitica tutte le obiezioni e abbiamo visto che tutte le obiezioni sono superabili. Alcune molto facilmente, altre meno facilmente, ma tutte sono superate.

Allora non ci sono ragioni per ritenere che l’accollo non sia stipulazione a favore del terzo . dobbiamo perciò confermare che l’accollo è stipulazione a favore del terzo, con una seria di corollari importanti.

Il creditore accollatario non è parte del contratto, non partecipa a quel regolamento contrattuale, è sempre estraneo al contratto. Deve renderlo efficace nei suoi confronti mediante una dichiarazione unilaterale di adesione: io aderisco all’accollo, nel senso che dichiaro di volerne profittare, mi sta bene. Ma questa dichiarazione non si combina contrattualmente con le dichiarazioni contrattuali dell’accollato e dell’accollante, dello stipulante e del promittente. È una dichiarazione estranea al contratto, esterna alla struttura del contratto. È una dichiarazione che rappresenta una condicio iuris della efficacia esterna del contratto. Non è elemento perfezionativo della fattispecie contrattuale la dichiarazione del creditore accollatario, perché il creditore accollatario è estraneo.

Qual è la causa dell’accollo? La causa dell’accollo è la causa del contratto in cui è inserito l’accollo, quindi può essere una qualsiasi causa; non c’è una causa tipica, una causa ad hoc indirizzata a produrre l’effetto dell’assunzione del debito altrui. L’assunzione del debito altrui è dentro una causa diversa e più ampia.

Per es. con riferimento al caso più volte descritto della compravendita dell’appartamento con accollo del mutuo, quest’assunzione del debito è il pagamento del prezzo. È il prezzo per la compravendita. La causa dell’accollo in quel caso, nell’es. che abbiamo fatto, è la causa della vendita. Potrebbe anche essere un altro contratto; non per forza la vendita. Qualsiasi contratto che consente di inserire la clausola di deviazione dell’effetto in capo ad un terzo, dell’effetto favorevole, vantaggioso in capo ad un terzo, è un contratto (1.40.30)

Ciò che conta è che la convenzione riguarda il debitore originario e il nuovo debitore; e che dentro questa convenzione, che non si esaurisce nell’assunzione del debito altrui, perché sono altri gli effetti che si producono…dentro questa convenzione sia stata inserita questa clausola dell’accollo che serve appunto a deviare l’effetto dell’assunzione del debito altrui in capo (1.41.20) come l’effetto dell’obbligarsi dell’accollante nei confronti dell’accollatario.

L’accollo è dunque sempre dipendente dalla provvista. La causa dell’accollo è la causa della provvista, cioè la ragione per cui l’accollo avviene…perché ci si accolla un debito? Per sapere perché dobbiamo andare a vedere il contratto di provvista, perché magari voglio, accollandomi quel debito, pagare l’acquisto di un immobile. Questo ovviamente in riferimento allo stesso esempio, che è solo uno dei possibili es.

La causa dell’accollo è la causa del contratto in cui è inserito l’accollo. L’ causa dell’accollo è la provvista; l’accollo è sempre causalmente connesso alla provvista.

Quest’affermazione pone una questione che va affrontata.

Abbiamo detto che la causa dell’accollo è la causa del contratto in base al quale l’assunzione è avvenuta, è la causa della provvista. La causa del rapporto tra accollato e accollante, tra debitore originario e terzo estraneo al rapporto obbligatorio di valuta, quindi è questo rapporto che giustifica l’intervento del terzo nel rapporto.

Abbiamo anche detto che le eccezioni relative alla provvista sono eccezioni sempre utilizzabili dall’accollante nei confronti dell’accollatario. È ovvio che non può che essere così perché se la causa dell’accollo è la provvista, è chiaro che qualora venisse meno la causa dell’accollo, perché magari il contratto di provvista è nullo, annullabile, è chiaro che non vi sarebbe più la giustificazione causale dell’assunzione del debito da parte dell’accollante.

Quindi è evidente che quello che è scritto nell’ultima parte del 1273 corrisponde ad una conseguenza logica che si sarebbe anche potuta sostenere in assenza della regola prevista dal legislatore. La posizione dell’accollante è sempre causalmente dipendente dalla provvista, è chiaro che se non c’è la provvista non c’è neanche l’accollante. E quindi tutte le eccezioni relative alla provvista sono utilizzabili dall’accollante. L’accollatario viene e mi chiede il pagamento; io dico”non ho avuto l’appartamento perché il contratto è stato annullato oppure lo risolvo io, ti eccepisco la risoluzione del contratto, ti eccepisco l’annullamento del contratto. Ecco, queste eccezioni, che sono eccezioni relative alla provvista, sono utilizzabili dall’accollante perché attengono ai profili causali dell’operazione.

Se all’accollante fosse inibito di opporre le eccezioni relative alla provvista, l’accollo diventerebbe astratto, senza causa. Io ti pago comunque anche se il contratto di compravendita è nullo, allora qual è la causa dell’assunzione del debito?!?! Quindi non si può astrarre dalla provvista, perché la causa dell’accollo è nella provvista, ed è questa la ragione per la quale l’accollante può sempre opporre eccezioni relative al rapporto di provvista.

Poi abbiamo detto quando abbiamo esaminato le possibili eccezioni utilizzabili dall’accollante, che l’accollante oltre alle eccezioni relative alla provvista può opporre le eccezioni relative alla valuta, a meno che l’accollo non sia novativo. Perché? Perché si dice che l’accollante assumendosi il debito altrui, lo fa proprio e acquista la titolarità. L’accollo sostanzialmente è un fenomeno traslativo del debito, si trasferisce il debito; quindi si acquista la titolarità del debito ma è lo stesso debito originario, non si modifica. Allora se io accollante entro nel rapporto obbligatorio originario, posso opporre sia le eccezioni relative alla provvista( che sono le eccezioni causali) sia le eccezioni relativa alla valuta (che sono quelle eccezioni del rapporto in cui sono entrato). Perché? Perché si dice che l’accollo è idoneo, a meno che le parti non lo abbiano voluto novativo, l’accollo è idoneo a provocare successione particolare nel debito. Successione particolare, perché la successione universale è solo mortis causa.

Quindi questa è successione particolare inter vivos nel debito. Il debito circola, cammina, come il credito, come il diritto reale.

Quindi il debito si trasferisce dal precedente debitore al nuovo debitore, che se lo assume, lo prende su di sé, lo acquista e diventa titolare del debito. Titolare del debito quindi con tutte le specificità di quel debito, con la regolamentazione propria di quel debito che deriva dal contratto dal quale quel debito è nato.

Quindi se io mi accollo, per pagare il prezzo dell’appartamento, il debito che il mio venditore aveva nei confronti del Banco di Napoli che gli ha mutuato la somma per costruire l’appartamento, io entro in un rapporto di mutuo che è regolato da un contratto di mutuo, concluso dal debitore originario accollato con l’istituto di credito e posso opporre all’istituto di credito non soltanto le eccezioni relative al rapporto di provvista (ovviamente) ma anche quelle eccezioni fondate sul rapporto di valuta.

Quindi se il contratto di mutuo ha qualche problema, è nullo, annullabile, posso utilizzare queste eccezioni fondate su quel contratto dal quale deriva il rapporto di valuta che ho acquistato con l’accollo, se l’accollo è idoneo a questo effetto., è idoneo cioè a determinare la successione particolare nel debito.

Constatiamo a valle di questo discorso che mentre l’accollante può certamente sempre opporre eccezioni relative alla provvista, sia perché questo deriva dai profili causali dell’accollo sia, e ancor di più, perché sta scritto nel 1273 ult. Co. , il fatto che l’accollante possa opporre anche eccezioni relative alla valuta è conseguenza del ragionamento. Non sta scritto da nessuna parte.

C’è un articolo del codice che ce lo dice? No. E’ conseguenza di un ragionamento. Quale ragionamento? Poiché l’accollo è idoneo a provocare successione particolare nel debito, sicchè l’accollante a seguito dell’accollo diventa titolare del medesimo debito originario, poiché tutto questo, l’accollante potrà anche utilizzare le eccezioni relative al contratto di cui è divenuto titolare, che ha acquistato mediante l’accollo.

Vediamo che però c’è differenza tra la prima e la seconda affermazione, perché la prima affermazione è certa e ha anche il conforto dell’ultima parte del 1273; la seconda invece non è certa perché è la conseguenza di un ragionamento. Quindi dobbiamo convenire sul ragionamento e in particolare su quale profilo di questo ragionamento? Il presupposto del ragionamento, e cioè che l’accollo sia idoneo a provocare successione particolare nel debito .

Cosa vuol dire sul punto? Ribadiremo dopo un certo percorso logico ed argomentativo che l’accollo è idoneo a provocare successione particolare nel debito e quindi condivideremo l’idea di chi ritiene che l’accollante possa opporre sia le eccezioni relative alla provvista sia quelle relative alla valuta. Quindi il risultato sarà quello che abbiamo preannunciato, ma ci arriveremo dopo un percorso logico ed argomentativi. Perché? Perché c’è qualcuno, il Prof. Rosario Nicolò ordinario di diritto civile a Roma, studioso di questi argomenti,…Nicolò invece sostiene che vi sia incompatibilità tra accollo e successione particolare nel debito. Detto questo, è evidente che il corollario di questa affermazione, la conseguenza logica è che l’accollante non può opporre eccezioni relative alla valuta.

E la conseguenza pratica non è di poco conto: una cosa è che posso opporla e altra cosa è che non posso farlo, quindi non è irrilevante. Quindi è un passaggio, uno snodo importante.

Perché Nicolò dice che l’accollo non è idoneo a provocare successione particolare nel debito? Lo fa ricavandolo da un’osservazione, da una constatazione.

Noi riteniamo che l’accollo è idoneo a provocare successione particolare nel debito; Nicolò invece ritiene di no. Nicolò ritiene che vi sia incompatibilità tra accollo e successione particolare nel debito in quanto ………..

Questo è lo snodo a cui siamo arrivati: l’accollo è idoneo a provocare la successione particolare nel debito? Noi diciamo di si; Nicolò di no. Dobbiamo vedere quali sono le ragioni per cui Nicolò ha detto no; perché fa un’osservazione che ricava proprio dalla lettura dell’art 1273 e cioè dalla causalità dell’accollo. Osservazione importante e anche vera perché il fatto che l’accollante sia sempre causalmente connesso al suo titolo di origine, cioè al rapporto di provvista è un’assoluta verità, che abbiamo ribadito.

La causa dell’accollo è nella provvista; dunque la posizione dell’accollante è sempre connessa alla provvista. Tanto è vero che se la provvista viene meno, questo venir meno della provvista lo eccepisce all’accollatario. Il che significa dire che l’accollante è sempre causalmente connesso alla provvista. Questo è vero; è così. Quindi questa è una constatazione vera e da questa verità deriva una serie di cose sulle quali invece si può non convenire.

**DIRITTO CIVILE. 5° LEZIONE 15.10.2014**Stiamo parlando dell’accollo.
Abbiamo visto che l’accollo è stipulazione a favore del terzo, abbiamo detto che l’accollante può opporre all’accollatario le eccezioni fondate sul contratto in base al quale l’assunzione è avvenuta e dunque le eccezioni relative alla provvista e abbiamo detto che secondo interpretazione corrente più diffusa l’accollante può anche opporre le eccezioni relative alla valuta e cioè le eccezioni che riguardano il rapporto obbligatorio originario che l’accollante si è assunto con l’accollo. Questa soluzione, però, dipende dalla fondatezza di un altro principio che sta a monte: si dice che l’accollante può opporre le eccezioni relative al rapporto di valuta perché l’accollo determina successione particolare nel debito -> in altri termini l’effetto dell’accollo è l’ingresso dell’accollante nella titolarità del rapporto obbligatorio originario.
Dunque noi possiamo dire che l’accollante può opporre le eccezioni relative al rapporto di valuta nella misura in cui è corretto sostenere che il l’accollo determini successione particolare nel debito. Stiamo verificando questa affermazione: è vero che l’accollo determina successione particolare nel debito?
La risposta a questa domanda è si: l’accollo è idoneo a determinare successione particolare nel debito.
Ma per poter dire che quest’affermazione è vera dobbiamo superare un ostacolo che è rappresentato dalla costruzione che su quest’argomento ha costruito il prof. Rosario Nicolò il quale ha detto che l’accollo non è idoneo a determinare successione particolare nel debito: la posizione dell’accollante è una posizione nuova con incidenza economica tra il debito dell’accollante e il debito originario ma l’accollante paga un debito nuovo che non è lo stesso originario.

Perché Nicolò fa questa affermazione? A che legava questa sua idea?
La ricalca dalla lettura del primo comma dell’art 2273 in cui si dice che l’accollato può sempre opporre le eccezioni relative alla provvista. Dice Nicolò: Se noi siamo sicuri solo di una cosa, e cioè che l’accollante può sempre opporre le eccezioni relative alla provvista, noi dobbiamo essere sicuri del fatto che la posizione dell’accollante è sempre causalmente dipendente dalla provvista. Ma se la posizione dell’accollante è sempre causalmente connessa alla provvista, l’accollante non può diventare titolare della valuta perché non può rispondere per un doppio titolo: cioè quando paga, paga in quanto è il suo obbligo fondato sulla causa della provvista o paga in quanto il suo obbligo è fondato sulla valuta? Se la posizione dell’accollante dipende sempre dalla provvista questo significa che l’accollante si assume il debito in funzione della provvista ma allora si assume un debito che coincide economicamente con la valuta ma non è lo stesso debito di valuta. Perché possa assumersi il debito di valuta e quindi diventare debitore della valuta sarebbe necessario un accollo astratto dalla provvista: un accollo cioè in cui la posizione dell’accollante non fosse sempre dipendente dalla provvista. Ma è possibile questo? Non è possibile. Perchè il fatto che l’accollo sia causale e non astratto è indicato con tutta l’evidenza e con estrema chiarezza proprio dall’art 1273 dunque la causalità dell’accollo che è rappresentata dall’accordo di provvista impedisce di pensare che l’accollo sia idoneo a proiettare l’accollante nella titolarità del rapporto di valuta originario. L’accollante diventa debitore di un debito nuovo e autonomo che coincide economicamente con quello di valuta ma non è lo stesso rapporto di valuta, non vi è successione e dunque se non vi è successione non si possono nemmeno opporre le eccezioni relative al rapporto di valuta. (passaggio da capire bene!)
Allora soffermiamoci ancora su questo punto per capirlo in fondo.
Nicolò parte da una constatazione che nasce da una osservazione della realtà. Che realtà noi osserviamo? La realtà delle norme: il codice civile.
Nicolo legge il 1273 e fa una constatazione (banale proprio): che l’accollante può sempre opporre le eccezioni relative alla provvista. Stato di fatto. Fatto vero. Da questo fatto vero fa derivare un’altra verità attraverso il ragionamento:
Ma se l’accollante può sempre opporre le eccezioni relative alla provvista questo vuol dire che la posizione dell’accollante è sempre causalmente connessa alla provvista, ma se la posizione dell’accollante è sempre causalmente connessa alla provvista, come può l’accollante rispondere poi per un’altra causa?

Facciamo un discorso più banale e familiare per capirci: l’accollo è relativo a un contratto di compravendita. Compravendita dell’appartamento dietro corrispettivo per accollo del mutuo. Qual è la causa dell’accollo? La causa della vendita. Qual è l’accordo di provvista? Il contratto di compravendita. Quindi la posizione dell’accollante deriva dalla provvista quindi l’accollante può opporre le eccezioni relative alla provvista (1273) dunque dice Nicolò la sua posizione è sempre causalmente connessa alla provvista. Che significa che è sempre causalmente connessa alla provvista? Che è sempre dipendente da quella provvista: io sono diventato debitore del creditore accollatario in quanto ho inteso in questo modo pagare il prezzo della compravendita.
E’ così? Certo! Tanto è vero che se per ipotesi il contratto di compravendita fosse annullabile io l’ eccezione di annullabilità del contratto la posso rivolgere all’accollatario, mi difendo dalla sua richiesta di adempimento: l’accollatario è diventato il mio creditore (certo, aderendo all’accollo è diventato mio creditore) mi chiede il pagamento ma proprio per chiedere il pagamento del prezzo della compravendita se io l appartamento non l ho ricevuto io non pago niente perché il contratto è annullato o annullabile quindi chiedo l’annullamento. Che significa questo? Che la posizione dell’accollante è sempre causalmente connessa al rapporto di provvista.
Altro passaggio di Nicolò:
Se la posizione dell’accollante è sempre causalmente connessa alla provvista (e su questo non possiamo dire niente, è così), come può l’accollante diventare invece titolare della valuta? Se l’accollante ha acquistato un debito, significa che è diventato debitore dentro quel rapporto di valuta. Qual è il rapporto di valuta nell’esempio che vi ho fatto? Il rapporto di mutuo 11:40
L’accollante si è assunto il debito e se l’assunzione del debito ha comportato la successione particolare nel rapporto di valuta, l’accollante a seguito dell’accordo è diventato titolare della valuta come se fosse il mutuatario.
Il problema che Nicolò ha intuito: Se la sua posizione è connessa alla provvista, come è possibile che poi diventa mutuatario. Risponde come se fosse compratore dell’appartamento o come se fosse mutuatario?
Se risponde Come compratore dell’appartamento perché quelle sono le eccezioni che può certamente utilizzare perché la sua posizione è sempre causalmente connessa alla provvista allora questo significa che non può essere entrato nella valuta perché non può essere contemporaneamente debitore a due titoli diversi.
E’ questa l’obiezione di Nicolò e non è una cosa da poco, è una cosa intelligente: è un ragionamento fatto osservando un dato che è sotto gli occhi di tutti. L’art 1273 ultimo comma afferma che l’accollante può sempre opporre le eccezioni relative alla provvista, delle altre non parla \_\_\_\_\_\_13:40. Quindi l’accollante può sempre opporre le eccezioni relative alla provvista.
E’ certo questo. Da questa constatazione deriva un’altra constatazione, altrettanto vera. Se l’accollante può sempre opporre le eccezioni relative alla provvista significa che la posizione dell’accollante è sempre causalmente connessa alla provvista, sempre! Per tutto il tempo in cui dura il rapporto. Fino a che non paga. Perché egli può sempre far valere, fino a che non si è estinta l’obbligazione, le eccezioni relative alla provvista nei confronti del creditore accollatario. E’ estraneo alla provvista ma ne subisce le conseguenze perché ce lo dice il 1273 e il 1273 ce lo dice perché l’accollo è causale, non è astratto e la causa qual è? Il rapporto di provvista.
E allora dice Nicolò questo fatto e cioè la causalità dell’accollo determina la sua inidoneità a determinare successione particolare nel debito che invece si avrebbe se l’accollo fosse acausale, astratto. Ma L’accollo è acausale e cioè astratto? No. E’ causale ex 1273.
Allora la posizione dell’accollante è sempre causalmente connessa alla provvista, questo significa che l’accollante non può mai diventare titolare della valuta e come fa a rispondere come titolare della provvista perché la sua posizione è connessa alla provvista e al tempo stesso diventa mutuatario perché entra nel rapporto di valuta che magari deriva da un contratto di mutuo, come nell’ipotesi, nell’esempio che io vi ho sempre fatto.
E’ un problema logico di non poco conto. Badate bene: questa obiezione di Nicolò formulata negli anni ’30 In una Monografia di Nicolò che si chiama ‘Adempimento del debito altrui’ che rappresenta un punto di riferimento per tutti quelli che vogliono studiare quest’argomento ancora oggi, Nicolò fa quest’affermazione cui nessuno ha più risposto perché è una affermazione cui è difficile rispondere. Tuttavia si è sempre continuato a dire che l’accollo provoca successione particolare nel debito.
Come è possibile? Se ha ragione Nicolò deve avere ragione in tutto, e anche ragione sulle conseguenze della sua affermazione e quindi deve essere considerata vera anche l’affermazione nella quale dice che l’accollo non è idoneo a determinare successione particolare nel debito e quindi l’accollante non può utilizzare le eccezioni relative alla valuta.
E invece la dottrina ha continuato a dire che l’accollo determina successione particolare nel debito, ma senza spiegare perché: non ha superato le obiezioni di Nicolò.
Noi invece siamo in grado di superarla con un po’ di ragionamento e quindi dare un fondamento scientifico più forte alla affermazione corrente, visiva, condivisa in base alla quale l’accollo è idoneo a determinare successione particolare nel debito e che quindi l’accollante perciò può opporre anche le eccezioni relative alla valuta.
Qual è la replica che si può fare all’obiezione di Nicolò? Ripeto, che è stata tenuta lì, per anni, senza che nessuno rispondesse perché non è facile superarla. Riteniamo che una risposta esista: secondo me, secondo noi, secondo Cicala l’errore se di errore si può parlare (siamo in campo opinabile!) è da individuare nel fatto che Nicolò non distingue tra effetto costitutivo e traslativo.
Effetto Costitutivo di un rapporto \_\_\_\_19:18
Effetto traslativo \_\_\_\_\_19:20
Se noi invece distinguiamo come è corretto distinguere tra effetto costitutivo e traslativo ci rendiamo conto che i problema si risolve senza molte incomprensioni.
Pensate, per essere più chiari, alla cessione del credito. Abbiamo detto che il negozio di cessione del credito è un negozio traslativo: effetto della cessione del credito non è la costituzione di un’obbligazione ma il trasferimento della titolarità di un precedente credito.
Qual è la causa del trasferimento del credito? E’ la causa di un qualunque contratto traslativo a titolo oneroso quindi può essere donazione, vendita, permuta.
Facciamo l’ipotesi che io sia la banca che ha mutuato la somma di denaro a tizio per l’acquisto di un appartamento. Ci sono:
Mutuatario: obbligo di pagare
Mutuante: ha il diritto di ottenere la restituzione della somma.
Io sono la banca. Vediamo adesso dal lato attivo del rapporto obbligatorio che succede?
Io sono il mutuante quindi sono il creditore alla restituzione della somma ex mutuo, questo credito che ho ha la valuta il credito causale che si basa sulla causa del contratto di mutuo. Sorge sulla base di questo mutuo.
Allora io banca cedo questo credito a un’altra banca, vendo questo credito. Questo contratto di cessione del credito tra cedente e cessionario è un negozio astratto? No. è un negozio causale? Si.
Qual è la causa? La causa del contratto. Il cessionario acquista il credito per effetto di quale causa? La causa\_\_\_22:20
Ma il credito che acquista è un credito nuovo? No è sempre il credito originario che si fonda sulla causa del rapporto originario cioè acquista il credito del mutuante. Riuscite a vedere le somiglianze con quello di cui stiamo parlando adesso? C’è il trasferimento di un credito che avviene mediante negozio astratto o causale? Causale. Qual è la causa? La vendita. Quindi la posizione del cessionario come acquirente del credito è sempre causalmente connessa al contratto che gli ha consentito di acquistare il credito, su questo non c’è dubbio, quindi l’acquisterà a titolo di compratore.
Il suo acquisto è un acquisto causale, non astratto e tuttavia cosa ha acquistato? Un nuovo credito? No, ha acquistato il credito originario. Quindi diventa titolare del credito adesivo. E c’è una contraddizione in questo? No. Perché una cosa è effetto costitutivo del credito, altro è effetto traslativo del credito. Il fatto che sia causale l’effetto traslativo non incide sulla causa originaria: è ovvio che l’acquirente acquisterà il credito originario e quindi acquisterà il credito \_\_\_24:20
Qualcuno dubita di questo? Qualcuno dice che non è così?
Qualcuno dice che non può essere così così perché l’acquisto del credito è un acquisto causale e invece dovrebbe essere astratto per determinare successione a titolo particolare nella titolarità del credito.
Anche nell’acquisto del credito vi è successione a titolo particolare e l’effetto traslativo è questo: l’effetto traslativo è sempre una successione a titolo particolare. In che cosa? Nella titolarità del diritto.
Se io acquisto la proprietà di una casa a Mezzocannone che ho fatto? Ho fatto una successione a titolo particolare nella titolarità del diritto di proprietà. L’effetto traslativo comporta necessariamente una successione a titolo particolare nella titolarità del diritto.
Se io invece dell’appartamento acquisto un debito, l’effetto dell’acquisto qual è? La mia successione a titolo particolare nella titolarità del diritto di credito e però quest’acquisto l’ho fatto sulla base di un contratto astratto o causale? Causale! E qual è la causa? E’ la causa del contratto di compravendita.
Ci scandalizziamo? No. Perché è una cosa che si dice comunemente perché una cosa è l’effetto traslativo, altra cosa è quello costitutivo.
se noi abbiamo chiara questa considerazione, dobbiamo riprodurre lo stesso ragionamento al debito che circola come il credito. Non c’è nessuna differenza. Allora come si fa circolare il credito con un contratto causale, non c’è bisogno di pensare ad un contratto astratto, così si fa circolare il debito con un contratto causale. Perché effetto dell’accollo non è costitutivo ma traslativo del debito. Se le cose stanno così questo significa che quando l’accollante esercita eccezioni relative alla provvista non le fa valere nel rapporto di valuta di cui è divenuto titolare ma rispetto all’effetto traslativo del debito. Dunque se propone eccezione di annullamento o di risoluzione ciò che si annulla o si risolve non è il rapporto di valuta ma l’effetto traslativo rispetto al rapporto di valuta e in altri termini \_\_\_\_\_27:50 i danni del debitore della valuta e fuoriesce dalla valuta perché estingue quell’effetto che l’ha proiettato nella valuta quindi non vi è quella pericolosa commistione di piani causali diversi (preoccupazione di Nicolò accennata prima: se la posizione dell’accollante è sempre legata causalmente alla provvista però diventa titolare della valuta e in quanto tale eccepisce l’ annullamento di una causa che è estranea alla valuta? Come è possibile?) Ma se noi vediamo bene qual è l’oggetto al quale si riferisce, ci rendiamo conto che l’oggetto non è la valuta ma è l’effetto acquisitivo della valuta sicchè se l’accollante che ha acquistato il rapporto di valuta nella sua condizione originaria fa valere le eccezioni relative alla provvista giacchè l’effetto traslativo di cui egli si è giovato è un effetto sempre causalmente connesso alla provvista, queste eccezioni incidono sull’unico effetto possibile su cui possono incidere e cioè sull’effetto traslativo: revocandolo, annullandolo, cancellandolo con la conseguenza che l’accollante fuoriesce dalla valuta quindi non fa valere dentro la valuta le eccezioni relative alla provvista: si fanno valere le eccezioni relative alla provvista rispetto all’effetto prodotto da quella provvista e qual è quest’effetto? L’effetto traslativo del debito che assume \_\_\_\_30:00 acquistando.
Naturalmente quest’affermazione comporta una precisazione importante: quando noi diciamo che l’accollante può opporre tutte le eccezioni relative alla provvista c’è qualcosa che va precisata, ad esempio non può opporre all’accollatario quelle eccezioni relative alla provvista che non incidono sull’ effetto traslativo ma lo danno per presupposto. Ad esempio non può opporre le eccezioni di inadempimento perché non mette in discussione l’effetto traslativo non incide sull’effetto traslativo, consente di sospendere l’esecuzione dell’obbligazione e questo non lo può fare perché se è diventato titolare della valuta egli risponde come titolare non può far valere dentro la valuta un’eccezione che riguarda una causa diversa quindi non può eccepire inadempimento ai fini dell’art 1460 al fine di sospendere la sua prestazione in attesa che l’altro esegua la propria, questa eccezione non può essere utilizzata. Mentre può essere eccepita utilizzando l’eccezione relativa alla risoluzione per inadempimento del contratto perché la risoluzione del contratto tende a cancellare il contratto e dunque a cancellare l’effetto traslativo. Laddove invece l’eccezione di inadempimento non cancella effetto traslativo ma anzi lo presuppone perché io fermo restando che io ho acquistato, io sto dentro questo contratto, sto dentro questo rapporto in cui io ti ho dato e tu non mi hai dato \_\_\_\_32:30 perché l’altro non mi ha dato qualcosa, l’altro nel rapporto di provvista, quindi non eccepisco la compensazione relativa alla valuta eccepisco nella valuta una eccezione di inadempimento relativa al difetto che attiene alla provvista ma questo non lo posso fare perché faccio valere nella valuta eccezioni estranee alla valuta. Posso invece utilizzare tutte le eccezioni relative alla provvista che incidono sull’effetto traslativo, non posso invece utilizzare quelle che invece non vi incidono e anzi lo tengono fermo e lo presuppongono come esistente.
Quando si utilizzano le eccezioni relative alla provvista non significa che l’accollante può fa valere quasi come ci fosse una commistione la causa della sua provvista dentro la valuta perché questo crea confusione. Quando si dice che l’accollante può opporre le eccezioni relative alla provvista significa che l’accollante può mettere in discussione l’effetto traslativo sulla base dei difetti della provvista, quindi non mette in discussione il rapporto di valuta con profili che attengono al rapporto di provvista, mette in discussione non il rapporto di valuta bensì l’ acquisto del rapporto di valuta: l’effetto traslativo del debito.
Compatibilità tra la causa dell’accollo (il fatto che la posizione dell’ accollante è sempre causalmente connessa al provvista) e il fatto che l’accollo in quanto produca effetto traslativo è idoneo a determinare successione particolare nel debito. Non c’è contraddizione così come non c’è contraddizione tra il dire che la cessione del credito è un negozio causale e tuttavia l’effetto è la successione particolare che il titolare fa nel credito originario che viene acquistato dal cessionario nella sua entità causale originaria e lo stesso ragionamento va fatto in riferimento alla circolazione del debito, come circola il credito come si trasferisce il credito così circola e si trasferisce il debito sulla base dei testi giuridici. Allora è ovvio che l’effetto traslativo è sempre causalmente connesso alla provvista, quando noi diciamo dall’ art 1273 si evince che la posizione dell’accollante è sempre causalmente connessa al contratto in base al quale l’assunzione è avvenuta, allora dobbiamo precisare qual è la posizione dell’accollante che è causalmente connessa? Quella posizione dell’accollante che consiste nell’ acquisto nell’effetto acquisitivo del debito e poi c’è un effetto nell’effetto: l’effetto acquisitivo che effetto ha prodotto? Che l’accollante è diventato titolare della valuta.
Allora qui c’è pure un altro discorso:
Ha acquistato il debito che viene acquistato nella sua consistenza e nella sua qualità causale originaria allo stesso modo in cui il cessionario acquista il credito sulla base del contratto di compravendita con sua causa speciale specifica, ma acquista quel credito originario così come quel credito è alla luce della causa che lo ha prodotto, che lo ha costituito. Perché ciò di cui parliamo è l’effetto traslativo non l’effetto costitutivo del debito l’assunzione del debito comporta un effetto traslativo del debito originario allo stesso modo in cui la cessione del credito vista da un’altra angolazione, è circolazione del credito e l’effetto consiste nell’ acquisto del trasferimento acquisitivo del credito originario: che significa credito originario? Si acquista quel credito che ha quella causa originaria.
Con l’assunzione del debito altrui attraverso l’accollo le parti vogliono questo effetto traslativo del debito: il debito circola si stacca dalla titolarità del debitore originario e va nella titolarità del nuovo debitore accollante ma è lo stesso debito originario: è lo stesso debito così come è stato originariamente costituito da quel negozio causale che lo ha costituito a suo tempo quindi se è un debito ex nuovo, sarà sempre un debito ex nuovo, il che significa che è diventato titolare di un debito ex nuovo. 38:45
ma è diventato titolare del debito ex nuovo sulla base di quale causa? Della causa della provvista. Causa traslativa.
Posso far valere le eccezioni relative alla provvista? Certo perché l’affetto traslativo è sempre causalmente connesso al negozio che lo ha prodotto quindi posso sempre far valere quelle eccezioni ma rispetto a che cosa? Rispetto al rapporto di valuta? No! rispetto all’effetto traslativo del rapporto di valuta che non è la stessa cosa! Quindi quando noi diciamo che la posizione dell’accollante è sempre causalmente connessa al rapporto di provvista, detta così è un po’ ambigua è corretta ma ambigua e va ulteriormente precisata. Qual è la posizione dell’accollante sempre causalmente connessa alla provvista? Quella posizione che consiste nel fatto che è destinatario di un effetto traslativo ed è su quest’ effetto traslativo che io accollando faccio valere le eccezioni relative alla provvista. Sicchè la vittoriosa proposizione di queste eccezioni che cosa produce? L annullamento del rapporto di valuta, la risoluzione del rapporto di valuta? No. Risoluzione del rapporto di provvista con quali conseguenze? Che viene meno l’effetto prodotto dalla provvista ossia l’effetto traslativo. Quindi quel debito originario che ha acquistato viene dismesso\_41:05 dal nuovo debitore, dell’assuntore, dall’accollante che ne perde la titolarità perché è quello l’effetto di cui posso disporre perché quello è l’ effetto causalmente connesso al rapporto di provvista.
L’errore nella dimostrazione di Nicolò è nel non aver colto questo, che l’effetto prodotto dal rapporto di provvista nei confronti dell’accollatario è un effetto traslativo e non costitutivo e ciò che si trasferisce si trasferisce nella sua identità originaria (succede col credito e anche col debito) ed io posso far valere dentro il debito acquistato rimedi che attengono a causa estranea e non è così perché io quando oppongo eccezioni relative alla provvista (io accollante) non faccio valere dentro la valuta eccezioni estranee alla valuta , ma faccio valere le eccezioni relative alla provvista rispetto all’ unico effetto che si è prodotto nella provvista cioè l’ effetto traslativo.
Quindi se io faccio valere quelle eccezioni non incido sul rapporto di valuta ma sul trasferimento del rapporto di valuta, sull’ effetto acquisitivo e se non incido sull’ effetto acquisitivo del rapporto di valuta certo non posso usare eccezioni estranee alla valuta per cui se sto dentro la valuta e non metto in discussione l’esistenza dell’effetto traslativo, non posso sospendere il mio adempimento perché non mi è stata consegnata la valuta 43:35. E quindi farei valere dentro la valuta, quindi dentro il rapporto di mutuo, una ragione estranea perché l eccezione di inadempimento non tende a distruggere l’effetto traslativo e quindi non può essere utilizzata. Se invece io uso altre eccezioni relative alla provvista che si dirigono verso l’effetto traslativo io le posso utilizzare. C’è qualche connessione col rapporto di valuta? No perché io incido non sul rapporto di valuta ma prima del rapporto di valuta perché incido sull’ effetto acquisitivo su quell’effetto che mi ha permesso di entrare nel rapporto di valuta. La valuta resta lì, salva, in toto.
Rivediamo ancora una volta.
Dobbiamo partire dalla osservazione che fa Nicolò. Nicolò dice: l’accollo è certamente causale (affermazione esatta e correttissima). È causale perché l’accollante può sempre opporre le eccezioni relative al rapporto di provvista quindi è un’affermazione che Nicolò fa constatando una verità inconfutabile: l’accollante ex art 1273 può sempre opporre eccezioni relative alla provvista dunque l’accollo è causale, perché possono sempre essere opposte le eccezioni relative alla causa del contratto, quindi questo significa che la posizione dell’accollante dipende dall’esistenza e dalla perseveranza di una valida causa che è sorregga il rapporto di provvista. Da qui quella osservazione critica: se la posizione dell’accollante è sempre causalmente connessa alla provvista come può l’accollante diventare titolare della valuta? Come può mentre è mutuatario, perché ha acquistato la valuta quindi è subentrato a titolo particolare nella titolarità del debito ex mutuo, ipotesi di accollo legata al rapporto originario di mutuo, ecco, come può mentre è mutuatario far valere nel rapporto di mutuo la sua qualità di compratore dell’appartamento? Si crea una confusione di piani! Si finirebbe per far incidere sulla valuta profili patologici di un rapporto estraneo alla valuta. Allora delle due, una, dice Nicolò: o l’accollo è astratto dalla provvista o al contrario non è astratto dalla provvista, e certamente non è astratto dalla provvista e allora non è idoneo a determinare successione particolare nel debito e a seguito dell’accollo, l’accollante acquista un nuovo debito economicamente coincidente con quello precedente ma non giuridicamente lo stesso debito, non acquista il debito adesivo ma acquista un debito nuovo che deriva dal contratto causale che ha concluso che corrisponde a quello ex novo ma non è lo stesso, non è un debito ex nuovo: è un debito ex accollo a sua volta giustificato dalla causa (vendita, donazione) a seconda del contratto in cui è stata inserita la clausola di accollo. Non può essere diversamente. Che cosa verifichiamo noi? Diciamo: premesso che bisogna distinguere effetto costitutivo quindi vi sono dei contratti che hanno effetto di costituire il rapporto di credito contratti di mutuo tra la banca e il cliente con effetto di costituire il rapporto di credito perché il mutuatario diventa debitore della prestazione della somma e l’altro creditore. Poi ci sono contratti invece che non hanno effetti obbligatori costitutivi ma reali traslativi cioè che determinano effetto di trasferimento di quel credito.
Allora se noi abbiamo in mente questa limpida distinzione dobbiamo constatare che con l’assunzione del credito ciò che si determina è l’effetto traslativo del debito la cui causalità come la causalità dell’ effetto traslativo del credito si concilia perfettamente con il fatto che si acquista proprio la titolarità del credito originario o del debito originario. Quindi come nella cessione del credito il contratto di compravendita del credito consente al cessionario di acquistare sulla base di quella causa, la causa debendi, il credito originario che resta il credito originario (credito costituito sulla base di un altro rapporto causale) così l’accollo consente all’accollante di acquistare a titolo derivativo e quindi con effetto successorio (con effetto di successione a titolo particolare nella titolarità del debito) un debito che resta causalmente connesso al suo titolo costitutivo originario ancorchè sia stato acquistato ed effetto dell’acquisto derivi da altra causa che è la causa del contratto di accollo.
Anche nella cessione del credito è così: il cessionario che acquista un credito lo acquista su base di contratto causale che giustifica l’effetto acquisivo ma il bene che vede trasferito è quello originario che resta causalmente connesso al suo titolo originario costitutivo. Una cosa è effetto traslativo, un’altra è effetto costitutivo.
Io con la cessione del credito pongo in essere un effetto traslativo di una cosa, di un bene, un immobile, un diritto, qualsiasi altro diritto quindi anche un diritto di credito ma il diritto di credito che si trasferisce che diritto di credito è? E’ quello originario. Che significa? E’ quel diritto di credito che è sempre quello originario dipendente e conseguente al contratto originario che ha una causa diversa dalla causa debendi che ha giustificato il trasferimento del credito.
La stessa cosa succede nel trasferimento e circolazione del debito: circola quel debito che resta causalmente connesso al suo titolo costitutivo originario ma l’effetto ben può essere dipendente da altra causa ossia la causa che ha determinato effetto traslativo ed è la causa del contratto di provvista in cui è stato inserito. Quindi il fatto che l’accollo sia causale non impedisce di pensare che determini successione particolare nel debito se noi ci rendiamo conto che l’effetto che produce l’accollo è un effetto meramente traslativo che incide dunque sulla titolarità del debito che resta quello originario. Fatta questa precisazione, da una parte constatiamo che non c’è nessuna difficoltà a conciliare la causalità dell’accollo con l’acquisto del rapporto, ma ancora più approfonditamente ci rendiamo conto che ciò con cui si incide da parte dell’accollante quando si indirizzano le eccezioni relative alla provvista non è il rapporto acquistato, non si incide su quel rapporto acquistato, si incide sull’acquisto della titolarità di quel rapporto e cioè
tanto è vero questo che si si dovesse utilizzare una eccezione con causa di provvista, la quale non mettesse in discussione, non avesse come obiettivo quello di cancellare l’effetto traslativo quella eccezione non dovrebbe essere utilizzata. Perché significherebbe, questa volta in maniera più corretta logica giuridicamente, far valere dentro alla valuta profili che attengono alla provvista ad esempio le eccezioni di inadempimento 1460 attengono alla provvista e non possono essere usate dall’accollante. Quindi quando si dice che l’accollante può utilizzare tutte le eccezioni relative alla provvista, dobbiamo fare una precisazione: non tutte, quelle eccezioni compatibili col fatto che le eccezioni devono tendere a mettere in discussione l’unica cosa che possono mettere in discussione e cioè l’effetto traslativo del rapporto di valuta. Chiaro? Allora non c’è alcun problema a riconoscere la conciliabilità del principio della causalità dell’accollo con l’effetto traslativo del debito.
(bisogna capire bene il procedimento, senza impararlo a memoria, per acquisire un metodo di ragionamento per muoversi nel diritto civile!)
E’ necessario strutturare bene il procedimento, essendo anche sintetici, e fissando i passaggi.
-Primo passaggio: si parte da una costatazione relativa al 1273: l’accollo non è astratto è causale. La causalità dell’accollo è idonea a determinare successione par nel debito? Secondo qualcuno no perché è inconcepibile che se una posizione è legata alla provvista può diventare anche connessa alla valuta perché si creerebbe una commistione in cui si finirebbe per far valere nella valuta cause estranee, quindi o l’accollo è astratto e allora va bene, ma se è causale \_\_\_1:04:03
-Replica: l’effetto dell’accollo è un effetto traslativo, dunque la causalità dell’effetto traslativo non incide mai sulla causalità di ciò che si è acquistato. Una cosa è l’effetto traslativo, un’altra l’effetto costitutivo. Ciò che viene in conto all’accollo che cos’è? L’effetto traslativo. Dunque quando si utilizzano le eccezioni relative alla provvista, si incide su quest’effetto, non sulla valuta, non c’è nessuna commistione, la causalità dell’effetto traslativo è certamente compatibile con l’effetto successorio perché una cosa è l’effetto col quale io acquisto una cosa, altra cosa è la causa che sottiene la cosa che io ho acquistato. Quindi quando l’accollante usa eccezioni relative alla provvista intende colpire non la valuta ma l’effetto che l’ha proiettato nella titolarità della valuta quindi non incide sull’accordo di valuta ma sull’effetto che ha consentito l’acquisto della valuta. Quindi non incide sulla valuta ma su un’altra cosa.
Da ciò, che non è vero che tutte le eccezioni relative alla provvista sono esercitabili, solo quelle che incidono sull’effetto traslativo (risoluzione, rescissione): ma non l’eccezione di inadempimento perché presuppone l’effetto traslativo ma non ce l’ha.
Detto questo, allora, quando diciamo che la posizione dell’accollante è sempre causalmente connessa alla provvista noi intendiamo che è sempre causalmente connessa alla provvista quale posizione dell’ accollante? La posizione di accollante come acquirente, quindi l’effetto traslativo in cui egli si è trovato. Questa è la precisazione che conta.

1:06:46 Domanda: Ma l’accollo novativo? il problema della successione particolare nel debito dell’accollo novativo : è evidente che si acquista un nuovo debito che sorge ex novo e ha come sua causa dell’accollo il problema dell’istituto è un problema che attiene alle ipotesi dell’accollo liberatorio. Anche l’accollo novativo determina successione particolare nel debito ma deve essere un accollo normale, cumulativo.

Detto questo abbiamo raggiunto un quadro complessivo sufficientemente accurato dell’accollo. Forse già sapevamo che l’accollo è stipulazione a favore del terzo, adesso ne siamo ben consapevoli. Abbiamo visto le obiezioni che sono state mosse a questa tesi e come possono essere superate. E abbiamo anche capito in che modo e cosa significa parlare di effetto vantaggioso per il creditore accollatario. In che consiste il fatto dell’accollo. Abbiamo visto in che consistono accollo cumulativo e liberatorio.
Abbiamo visto come funzionano e quali sono le difese apprestate dal legislatoredell’accollante e ci siamo resi conto che sostanzialmente sono le stesse che il legislatore prevede per il promittente. E che confermano la nostra idea dell’accollo accollo come stipulazione a favore del terzo.
L’art 1413 in sostanza si riferisce alla stessa fattispecie, in sostanza la sua disciplina coincide con la disciplina del ultimo comma 1273

1413: il promittente (accollante) può opporre al terzo le eccezioni fondate sul contratto dal quale il terzo deriva il suo diritto ma non quelle fondate su altri rapporti tra promittente e stipulante

1273: in ogni caso il terzo (accollante) è obbligato verso il creditore che ha aderito alla stipulazione nei limiti in cui ha assunto il debito e può opporre al creditore le eccezioni fondate sul contratto in base al quale l’assunzione è avvenuta
Qual è il contratto in base al quale l’assunzione è avvenuta? E’ il contratto in cui è inserito l’accollo cioè il contratto di provvista: quel rapporto tra accollante e accollato che è più ampio rispetto alla mera assunzione del debito e produce vari effetti e realizza causa più ampia in cui le parti hanno inserito questa clausola, questa stipulazione a favore del terzo che consente di deviarne effetto con la stipulazione a favore del terzo.
Equal è l’effetto? L’obbligarsi dell’accollante nei confronti dell’accollatario assumendosi il debito di valuta
Abbiamo visto che quindi l’accollo non prevede la partecipazione contrattuale del creditore accollatario. E questo è IMPORTANTISSIMO per ragioni che hanno anche una valenza costruttiva per quanto riguarda la cessione del contratto di cui parleremo più avanti. E’ importantissimo perché ci dice che la mancata adesione del creditore accollatario non rende nullo il contratto di provvista ma lo rende inefficace nei confronti dell’accollatario. Cioè l’accollo produce tutti i suoi effetti, anche l’effetto dell’ accollo ma all’interno del rapporto tra debitore originario e accollante.
Laddove invece se fosse un contratto trilaterale, che si conclude con la partecipazione anche del creditore accollatario, la mancata partecipazione genererebbe una insufficienza nella fattispecie e non si produrrebbe nessun effetto.
Invece produce tutti gli effetti e non si produce soltanto quell’effetto esterno all’accollo ma tutti gli effetti si producono, compreso l’effetto dell’accollo, ancorchè interno.
L’accollo in quanto stipulazione a favore del terzo non prevede partecipazione contrattuale del creditore.
Il contratto di accollo ha comunque propria causa nel rapporto di provvista, il fatto che l’accollo sia causale non impedisce di pensare che vi sia stata l’assunzione dell’accordo di valuta intesa come acquisto della titolarità del debito. Dunque l’accollo è perfettamente idoneo a determinare successione particolare nel debito \_\_\_\_\_1:16:10 l’accollo che non sia novativo, perché se l’accollo è novativo siamo al di fuori. L’accollo non novativo e idoneo a determinare successione part nel debito perchè l’effetto dell’accollo è effetto traslativo del debito, effetto acquisitivo del debito. E il fatto che il debito sia causalmente connesso al suo titolo originario costitutivo è compatibile col fatto che l’effetto acquisitivo sia a sua volta dipendente da altra causa, come succede sempre quando si parla di un contratto traslativo, bisogna solo divenirne consapevoli per poi capire che l’accollante una volta utilizzate le eccezioni relative alla provvista non intende far valere le eccezioni della provvista all’interno della valuta ma far valere le eccezioni relative alla provvista sull’effetto della provvista ossia l’effetto acquisitivo della valuta. Quindi quelle eccezioni non incidono sul rapporto di valuta ma sull’acquisto del rapporto di valuta. Effetto sempre causalmente connesso alla provvista.
Quindi quando si dice che la posizione dell’accollante è sempre connessa al rapporto di provvista, intendiamo dire che è sempre connessa al rapporto di provvista la posizione dell’accollante in quanto acquirente, destinatario dell’effetto traslativo.
Per il momento accantoniamo l’accollo. Poi faremo un quadro complessivo e distintivo anche con gli altri istituti.

Introduco un nuovo tema: quello della distinzione fra delegazione ed espromissione.
Dobbiamo premettere che la delegazione è un contratto anzi sono 2 contratti. È un’operazione economico-giuridica che consta di due fasi.
Una prima fase tra delegante e delegato come protagonisti.
Una seconda fase con delegato e delegatario come protagonisti. Chi sono costoro?
Esempio semplice ma precisiamo subito: spesso sui manuali si dice che la delegazione è quell’operazione che con un solo pagamento consente di estinguere un rapporto obbligatorio che in realtà un debitore che a sua volta è debitore di un terzo, incarica questo suo terzo debitore ad assumersi il suo debito nei confronti del delegatario. Quest’ipotesi è possibile e se volete, anche diffusa, forse la più diffusa. Ma non è detto che sia così. Non necessariamente la delegazione deve prevedere esistenza di due rapporti obbligatori: l’uno tra il delegante e il delegatario, l’altro tra il delegante e il delegato.
L’operazione deve essere articolata.
Facciamo un esempio più facile, che non esaurisce l’ipotesi della delegazione. E’ una delle possibili ipotesi di delegazione: esiste un rapporto di valuta fra tizio e caio. Tizio è creditore di 1000, Caio è debitore nei confronti di Tizio. Caio a sua volta è creditore di 1000 nei confronti di Sempronio. Che cosa dovrebbe fare Caio? Sono operazioni triangolari, l’abbiamo visto nell’accollo ora vediamo delegazione e espromissione.
Caio, che è debitore di Tizio, e creditore di Sempronio, potrebbe dire a Sempronio ‘Caro Sempronio, ti incarico di assumerti il debito di 1000 che ho nei confronti di Tizio’ oppure potrebbe dire ‘Caro Sempronio, visto che tu sei mio debitore, vai a pagare per me a Tizio la somma di 1000’
Nel primo caso abbiamo la Delegazione di debito (=delegatio promittendi) e nel secondo caso la Delegazione di pagamento (=delegatio solvendi).
Che differenza c’è? Nel caso di delegazione promittendi, il delegato è incaricato di assumersi il debito, cioè di obbligarsi a pagare. Nel caso invece di delegazione di pagamento, il delegato è incaricato di pagare direttamente quindi non diventa prima debitore del delegatario e poi esegue la sua obbligazione: va dal delegatario in qualità di delegato.
Allora come vedete la delegazione è un’operazione piuttosto complessa, articolata, perché c’è una prima fase che vede come protagonisti il delegante e il delegato, Caio e Sempronio. Il debitore del rapporto di valuta originario a sua volta creditore di Sempronio, e Sempronio che è debitore di Caio. A-B-C. Il rapporto è tra B e C innanzi tutto. B e C convengono che C, a seguito dell’incarico ricevuto assumerà nei confronti del creditore B il debito di 1000 (delegatio promittendi) oppure su incarico del delegante, C pagherà direttamente il debito che B ha, ad A (delegatio solvendi)
Innanzi tutto si conclude un contratto tra B e C. Si è già completata l’operazione? No. Perché si completi l’operazione è necessario che C vada da A e dica ad A ‘Caro A, io ho ricevuto l’incarico da B di assumermi il debito che lui ha nei tuoi confronti’ oppure ‘Caro A, io ho ricevuto l’incarico da B di pagare il suo debito nei tuoi confronti’. Delegatio promittendi/delegatio solvendi.
iL delegatario può dire di si, e se dice di si, si conclude il contratto di assunzione delegatoria del debito in caso di delegatio promittendi, oppure si conclude un contratto solutorio del debito in caso di delegatio solvendi.
Avete capito? La delegazione si articola in due congegni negoziali collegati tra loro. Prima un contratto tra B e C, poi un contratto tra C ed A.
B è il delegante, C è il delegato ed A il delegatario.
Nell’esempio che vi ho fatto, A e B sono creditore e debitore e B e C sono debitore e creditore.
Ma non è detto che debba essere così. Può darsi che A non sia debitore di B. Può darsi che C non sia debitore di B. B vuole far eseguire una acquisizione patrimoniale per suo conto ad A, per quale ragione? Non lo sappiamo. B si procura la collaborazione di C per fare quest’acquisizione magari chiedendo a C di prestargli i soldi. Non è delegazione questa? Non c’è un rapporto obbligatorio sottostante? E’ delegazione.
Dunque, come vedete, quell’affermazione che si fa in campo istituzionale e alla quale siamo molto affezionati, non è vera.
Si ha delegazione ogni qualvolta B voglia far conseguire ad A una attribuzione patrimoniale per suo conto e per fare ciò utilizza C al quale chiede di effettuare un pagamento ad A, o di assumersi il debito nei confronti di A. perché C lo fa? Per forza deve essere debitore di B? No, può essere pure un prestanome. Sempre delegazione è.
Allora dove sta la caratteristica fondamentale della delegazione? Ripeto l’affermazione, la descrizione che ho fatto della delegazione, e richiamo la vostra attenzione su un passaggio che è il punto di fondo del discorso sulla delegazione: si ha delegazione ogni qualvolta B può far pervenire per suo conto un’attribuzione ad A utilizzando C. C è strumento di B per far conseguire ad A un’attribuzione patrimoniale per conto di B. Questa è l’essenza della delegazione. Perché B vuol fare ottenere un’attribuzione patrimoniale ad A? E non lo sappiamo, magari vuole estinguere un rapporto di debito o magari può avere altre sue ragioni, qualsiasi altra ragione: può far in modo che A abbia un’attribuzione patrimoniale perché A è un investitore abituale e gli dà quei soldi per investirli nelle azioni della FCA (Fiat Chrysler Automobiles). Allora è sempre delegazione? E certo. Perché è delegazione? Perché ciò che è essenziale nella delegazione, ciò che rappresenta lo schema minimo essenziale nella delegazione, è che B vuol far pervenire un’attribuzione patrimoniale per suo conto ad A utilizzando per questo C quindi perché si abbia delegazione è necessario che C si presenti ad A come incaricato di B. Va da A e gli dice ‘Caro A io sono stato incaricato da Tizio a obbligarmi nei tuoi confronti a darti 1000 il 31 dicembre, non so il perché e non lo voglio neanche sapere, io ho voluto accettare. Perché ho voluto accettare? Perché in questo modo ho voluto sdebitarmi visto che sono debitore, oppure per fargli un favore, o per prestargli i soldi. Resta il fatto che io in quanto incaricato da B e quindi nella qualità di mandatario voglio assumermi un debito nei tuoi confronti’
Dunque ciò che conta è che l’assunzione del debito da parte del delegato nei confronti del delegatario, o il pagamento del debito, avvenga sulla base della causa del mandato. Cioè la cosa che deve essere dichiarata è il fatto di agire per B. Perché è importante questo? Perché una volta che si agisce per conto e il delegatario ha ricevuto da C per conto di B, deve conteggiare questo pagamento ricevuto nei rapporti sottostanti, qualsiasi essi siano.
Voi sapete che la delegazione può essere
- Titolata: quando si dichiara che il rapporto sottostante è un rapporto valuta e/o di provvista
- Pura: quando un rapporto (sottostante) non si ha

Il più delle volte è pura. Più è pura e più è utilizzabile perché è uno schema che può servire a soddisfare qualsiasi esigenza.
Ora facciamo l’ipotesi che la delegazione sia pura, e cioè non vi sia riferimento ai rapporti sottostanti.
Io C vado da A e gli dico di essere stato incaricato da B. Non gli dico nessuna ragione quindi senza articolazione rispetto alla provvista. Sono stato incaricato da B di obbligarmi nei tuoi confronti a pagarti 1000 per suo conto. A è d’accordo? Si, è d’accordo. Il delegato in adempimento al suo obbligo, paga. Qual è la causa del trasferimento del danaro da C ad A, l’agire per conto! Solo questa. Io C ho pagato ad a perché incaricato da B. Io lo faccio sulla base di questo, e questo basta a giustificare il passaggio da C ad A. A ha ricevuto da C il danaro ma deve imputare ciò che ha ricevuto da C a B quindi ci deve essere proprio una causa specifica che giustifichi il definitivo arricchimento di A nei confronti di B.
Allora A una volta che ha ricevuto da C, telefona a B e dice ‘senti io ho ricevuto questo signore che è venuto per tuo conto, e gli ho detto di si, poi ha pure eseguito la prestazione però il suo pagamento è fatto per tuo conto, è come se lo avessi fatto tu’ dunque C ha pagato per conto di B ed è come se il pagamento fosse stato effettuato da B con effetto sul suo patrimonio. Allora A ha può dire: ‘Ma c’è una ragione del pagamento di questi soldi? ‘eh non ti ricordi che ti dovevo sti soldi perché mi hai comprato la motocicletta? Allora puoi imputare il pagamento per estinguere quel debito?’
Oppure non ha alcun debito ma chiede ad A di custodire quei soldi, per gestirli in funzione di un viaggio che B sta per intraprendere. E’ delegazione questa? Certo.
La solutio cioè il pagamento che C fa ad A, è un pagamento che deve essere giustificato attraverso due momenti: un primo momento è la giustificazione del trasferimento di danaro da C ad A e questo passaggio è semplicemente quella causa rappresentata dal mandato tra C e B. Altra cosa è il rapporto interno perché io ho ricevuto per conto tuo, eh però poi per trattenere definitivamente questa somma (perché altrimenti devo restituire) quindi ho acquistato per tuo conto, e allora devo chiedere a te ‘ti devo rendere il conto?’ ‘devo conteggiare tra di noi ciò che ho ricevuto’. Ma che cosa devo conteggiare? Tu mi hai dato e io devo restituire. Non c’è ragione e devo restituire. No, perché ad esempio in ragione di un debito sussistente che voglio estinguere ovvero ti ho fatto pervenire questo denaro perché voglio che tu lo gestisca per tutto l’arco in cui io sarò via. Vedete? Vi è l’identificazione della causa specifica che giustifica il fatto che il delegatario, ricevuta questa somma da C per conto di B, può trattenere questa somma nei confronti di B. Se non ci fosse una causa per quel definitivo adempimento di A nei confronti di B, A a chi la deve restituire la somma? A C che l’ha pagata o a B? la deve restituire a B perché C ha pagato nei confronti di B ed A ha ricevuto da C ma per conto di B.
Allora capite che la delegazione è uno strumento molto interessante proprio perché si basa su questa causalità così generica come l’agire per conto, può essere utilizzata per diverse ragioni, che poi si capiranno dopo in un secondo tempo, non è che se ne può prescindere, ma nel frattempo C paga.
Allora che cosa voglio dire con questo? Che la delegazione si distingue e si identifica da altri esempi e si fonda sulla causa dell’agire per conto sul cd IUSSUM DELEGATORIO (che poi non è Ius, mi raccomando, si usa una terminologia latina tradizionale e iussum significa ‘comando’). Quindi si basa tutto sul mandato: è sostanzialmente un’applicazione del contratto di mandato.
C esegue o assume l’obbligo nei confronti di A e paga in quanto mandatario e allora la delegazione si caratterizza per l’esistenza di questa fase preliminare in cui B conferisce l’incarico a C e C a seguito dell’incarico ricevuto e accettato, in qualità di mandatario o si assume il debito verso il delegatario o vi è delegatio solvendi.

Lezione n°6 20 ottobre

Stiamo parlando della delegazione. In realtà il tema da affrontare è quello della distinzione tra delegazione ed espromissione. Ma per comprendere bene l'argomento, occorre innanzitutto sapere cos’è la delegazione e cos'è l'espromissione. La volta scorsa ho iniziato a dirvi alcune cose che vi ricapitolo rapidamente.

La delegazione si articola in due distinti (ancorché collegati): un contratto tra delegante e delegato e un contratto tra delegato e delegataria. I protagonisti sono sempre 3: c’è un soggetto che dà un incarico ad un altro (il delegante che dà l'incarico al delegato), il delegato - in esecuzione di questo incarico - conclude con il delegatario il contratto delegatorio.

Chi è il delegante? Chi è il delegato? Chi è il delegatario?

Il delegante è colui che prende l'iniziativa dell'operazione, è colui che vuole utilizzare un mandatario, un terzo, per far conseguire un'attribuzione patrimoniale per suo conto al delegatario.

Quindi il delegato è mandatario del delegante e il delegato - in qualità di mandatario del delegante - si reca dal beneficiario di questa obbligazione (si reca dal delegatario) e conclude col delegatario o una delegazione di pagamento o una delegazione di debito (a seconda di quello che è il contenuto dell'incarico ricevuto). Delegazione di debito → il delegato diventa debitore del delegatario, cioè promette una prestazione al delegatario in un momento successivo, quindi si assume un obbligo.

Delegazione di pagamento → il delegato non si assume un obbligo ma paga direttamente al delegatario per conto del delegante.

Vi ho descritto in questo modo quella che è l'essenza tipica della delegazione. Poi c'è da chiedersi: ma perché il delegato accetta l'incarico dal delegante? Perché il delegante vuole far ottenere un'attribuzione patrimoniale per suo conto al delegatario?

A queste domande si risponde verificando quali sono i rapporti interni che regolano quest'operazione.

Potrebbe darsi che il delegante sia creditore del delegato e voglia perciò utilizzare questo credito che ha nei confronti del delegato per far ottenere un'attribuzione patrimoniale al delegatario utilizzando questo debito sottostante; potrebbe darsi che il delegante sia debitore del delegatario e quindi vuole quest'operazione perché, attraverso il pagamento del delegato al delegatario, otterrà l'estinzione dell'obbligazione originaria.

Le ragioni dell'operazione si individuano nei rapporti sottostanti che sono

il rapporto di valuta, cioè il rapporto tra il delegante ed il delegatario e

il rapporto di provvista, cioè il rapporto tra delegante e delegato.

È probabile (ma non è essenziale) che il delegante sia debitore del delegatario e creditore del delegato, sicché siamo in presenza di due rapporti obbligatori delineati sottostanti e il pagamento che il delegato fa al delegatario estinguerà sia il rapporto di provvista sia il rapporto di valuta. Attraverso il meccanismo (che poi vedremo qual è) il debito si estingue immediatamente, si estingue con un meccanismo di compensazione (diversamente da quello che \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_5.36).

Ma l'ipotesi della preesistenza del rapporto obbligatorio originario di valuta è appunto una ipotesi, una delle tante ipotesi in cui noi possiamo riscontrare l'esigenza di una delegazione. Non è detto però che necessariamente, perché si abbia delegazione, il delegante sia debitore del delegatario; così come non è detto che, perché il delegato accetti l'incarico, il delegato deve essere debitore del delegante. Potrebbe anche darsi che il delegato sia un terzo qualsiasi, al quale il delegante conferisce questo incarico chiedendogli di anticipare i mezzi per l'esecuzione dell'attribuzione patrimoniale al delegatario; sicché, insieme al contratto di mandato che si conclude tra delegante e delegato, si concluderà anche il contratto di finanziamento in cui il delegato finanzia l'obbligazione anticipando il denaro.

È chiaro questo discorso? L'altra volta ci siamo soffermati su questo punto perché ho voluto richiamare la vostra attenzione sul fatto che, quando si dice la delegazione è un'obbligazione in cui ci sono due rapporti obbligatori sottostanti (un soggetto è creditore di Tizio e debitore di Caio e dunque utilizza questa sua posizione per deviare il pagamento del suo debitore - che ha rilevato - nel patrimonio del suo creditore, così estingue il rapporto di provvista ecc ecc), tutto questo discorso (che pure si fa e che anzi viene spesso enfatizzato nei manuali istituzionali) è un discorso che non coglie l'essenza della delegazione. Non è quella LA delegazione; è una delle possibili delegazioni. La delegazione invece, se la vogliamo identificare nei suoi elementi essenziali, è un'operazione giuridica che si riduce a quella che vi ho descritto → vi è un soggetto (delegante) che ha interesse ad utilizzare un terzo per far conseguire una riduzione patrimoniale ad un altro soggetto che si chiama delegatario.

Colui che deve ricevere l'attribuzione patrimoniale → è il delegatario;

Colui che prende l'iniziativa e dà l'incarico → è il delegante;

Colui che accetta l'incarico e si rende strumento del delegante → si chiama delegato.

È solo in questo modo che noi riusciamo a cogliere gli elementi essenziali della delegazione; è solo in questo modo che noi capiamo qual è la funzione della delegazione. La funzione della delegazione si coglie constatando che la delegazione è sostanzialmente un’operazione giuridica che si fonda sul mandato, sull’agire per conto: il delegante incarica il delegato a porre in essere un’attività per suo conto. Qqq

+

QQqqqq ual è quest’attività che il delegato è chiamato a porre in essere? O l’assunzione del debito verso il delegatario o il pagamento del debito (iussum delegatorium). E’ questo il contenuto di un contratto di mandato. Qual è la conseguenza?

Che il delegato, quando conclude il contratto col delegatario, deve dichiarare al delegatario (e il delegatario deve accettare questo suo \_\_\_\_\_\_10.39) di agire per conto del delegante.

E allora vedete che tutta la complessa operazione che noi chiamiamo delegazione è una operazione che richiama l’agire per conto, la cui causa è l’agire per conto → quello che in termini tradizionali si chiama il cd. “iussum delegatorium”, l’incarico (l’incarico conferito dal delegante). Il delegante incarica il delegato di assumersi il debito; il delegato lo paga (o si assume il debito e poi lo pagherà) al delegatario per conto del delegante. La giustificazione causale del pagamento che il delegatario riceve dal delegato è in questo richiamo al mandato (iussum delegatorium). E però è una causa per così dire generica, è una causa che è sufficiente a reggere l’obbligazione fino al momento del pagamento.

Dopo il pagamento del delegato al delegatario, per poter conteggiare il pagamento nei rapporti sottostanti di valuta e di provvista, c’è bisogno innanzitutto di individuare le ragioni specifiche, le cause specifiche che stanno nel rapporto di provvista e di valuta e che giustificano da una parte il pagamento che il delegato fa al delegatario nei suoi rapporti col delegante, e dall’altra parte l’arricchimento che il delegatario ha nei confronti del delegante.

Il delegato paga in qualità di mandatario al delegatario. Il trasferimento di denaro che avviene dal delegato al delegatario è giustificato dal fatto che si richiama il mandato. Io ti pago 1000 perché intendo – pagando 1000 - eseguire l’incarico che ho ricevuto dal delegante. Non voglio sapere né so il perché il delegante vuole che io ti dia questi soldi per suo conto; è sufficiente che io ti indichi l’esistenza di un mandato e qualifichi nei tuoi confronti il mio pagamento come pagamento del mandatario. Che significa questo? Significa che il delegatario - una volta che ha ricevuto il pagamento – lo deve conteggiare, cioè lo deve imputare al soggetto per cui conto ha ricevuto. Il delegatario ha ricevuto dal delegato ma per conto del delegante; quindi quel pagamento è come se fosse stato eseguito direttamente dal delegante.

Allora il delegatario potrà trattenere la somma ricevuta dal delegato nei confronti del delegante soltanto se vi è una giusta causa nei suoi rapporti con il delegante, cioè se c’è una giusta causa del rapporto di valuta.

Quale può essere questa giusta causa? Per esempio il fatto che il delegante sia debitore del delegatario.

E allora conteggiare quella somma ricevuta dal delegato al delegante significa imputarla a quel rapporto di valuta sottostante e perciò estinguere il debito di valuta.

Allo stesso modo il delegato deve conteggiare il pagamento che ha fatto al delegatario al mandante perché anche nei rapporti interni egli ha pagato in qualità di mandatario, quindi ha diritto - in qualità di mandatario - di ricevere dal mandante la restituzione di tutto ciò che gli è servito per estinguere il mandato.

Allora, se per estinguere il mandato io ho pagato un milione di euro al delegatario, poi andrò dal mandante e gli dirò “Giuseppe, tu mi hai dato l’incarico di pagare € 1 milione di euro? Io gliel’ho dato questo milione di euro. Adesso però - nei nostri rapporti interni, nel conteggio del rapporto di provvista, nei rapporti interni tra me delegato e te delegante - tu mi devi restituire questa somma, a meno che non ci sia una giusta causa nei nostri rapporti interni che mi impedisce di ottenere la restituzione di quella somma. Quale può essere questa giusta causa? Per esempio un rapporto di debito che il delegato ha nei confronti del delegante. Per cui, quando il delegato chiederà al delegante la restituzione di € 1 milione, il delegante dirà “sì, io ti devo questo milione di euro in qualità di mandatario, però attenzione! Ti ricordi che io ti diedi quel milione di euro con cui ti sei comprato l’appartamento? “ → Le due partite si compensano e allora il rapporto di provvista si estingue per compensazione.

Avete capito? Quando parliamo di delegazione, allora, noi dobbiamo immaginare due momenti diversi, due piani diversi: c’è un primo piano in cui quello che conta è il richiamo al mandato: è sufficiente porre a fondamento causale della delegazione l’agire per conto per reggere causalmente l’intera operazione. Questo significa che, se il delegato - in esecuzione del mandato - paga al delegatario, dopo aver pagato non è che può dire “guarda, io i soldi li voglio indietro perché non sono tuo debitore”. Lo può dire? No. Perché?

Perché tu non hai pagato per te, è ovvio che non sei mio debitore, ma tu mica hai pagato in quanto mio debitore, tu li hai pagati in quanto mandatario di Tizio e quindi, in quanto mandatario di Tizio, hai pagato bene, non mi può chiedere la ripetizione del credito. Avete capito? Quindi c’è un primo piano, un primo livello del discorso che è un livello che si esaurisce con l’individuazione di questa causa che è rappresentata dall’agire per conto.

Poi però c’è un secondo livello, perché dopo il pagamento io devo giustificare le attribuzioni patrimoniali vere che si sono verificate nei rapporti sottostanti. E come le giustifico queste attribuzioni patrimoniali sottostanti?

Devo giustificarle non più con l’agire per conto ma con le cause sottostanti sia del rapporto di provvista sia del rapporto di valuta. Quindi si agisce per conto e dichiarare “io agisco per conto” è sufficiente a giustificare il trasferimento di denaro tra il delegato e il delegatario. Però questo pagamento ha una ricaduta duplice, perché ricade sia nel rapporto di valuta che nel rapporto di provvista. E per poter ricadere e consolidarsi come attribuzione patrimoniale ricevuta dal delegatario, è necessario che vi siano delle cause sottostanti, ma in momenti successivi e ulteriori. Quello che conta – per capire cos’è la delegazione - è che il primo livello (il primo piano) si esaurisce attraverso il richiamo della causa del mandato: io non so perché il mandato è stato dato, non so perché il mandato è stato accettato, non so perché il mandato è stato eseguito, non mi interessa in questa fase; in questa fase mi interessa il mandato. Allora voi capirete che, se la delegazione (come è) è caratterizzata da questa causa così generica, proprio perché è una causa generica la delegazione si presta a conseguire risultati diversi: può servire sia ad estinguere i due rapporti obbligatori sottostanti con un unico pagamento sia a raggiungere altri risultati, altri obiettivi (quello per esempio di far ottenere un’attribuzione patrimoniale al delegatario in quanto il delegatario è un operatore finanziario e con questo denaro ricevuto lo dovrà tenere a disposizione del delegante per fargli fare degli investimenti mobiliari che questo delegante gli ha richiesto o gli richiederà); così nei rapporti interni tra delegato e delegante potrebbe darsi che l’operazione serva a mettere a frutto da parte del creditore un proprio credito (io delegante sono creditore del delegato e quindi utilizzo il mio debitore per far conseguire un’attribuzione patrimoniale ad un altro soggetto). Però potrebbe anche darsi che non sia così: potrebbe darsi che io voglio utilizzare il mandatario (il terzo mandatario, il soggetto di cui mi produco la collaborazione giuridica) perché voglio da lui che mi anticipi anche la somma, perché magari questo terzo fa il finanziatore (mi finanzia l’operazione), è uno che mi presta i soldi: “guarda, io voglio che tu faccia pervenire un’attribuzione a Tizio per mio conto e ti incarico di mettermi a disposizione questa somma e di darla per mio conto a Tizio”. Se l’altro accetta, significa che ha accettato anche di finanziarmi l’operazione; se dice di sì e non è già debitore, lo dice per un’altra ragione: perché il rapporto sottostante si qualifica come contratto di mutuo, come contratto di finanziamento. Io delegato, io mandatario, io soggetto al quale l’incarico viene conferito sono uno che fa il finanziatore, ho un fondo comune di investimento e vado finanziando le persone (sempre se hanno credito redditizio). Allora vedete come la delegazione, proprio perché è una struttura funzionalmente leggera evanescente ambigua ed elastica, si presta ad essere utilizzata per vari scopi, per vari obiettivi, per il perseguimento di obiettivi diversi e perciò l’unico modo per definire in maniera corretta la delegazione è quello di individuare una definizione che vada bene per tutti gli obiettivi possibili, perché altrimenti non è una definizione → io definisco un istituto, quindi elaboro un concetto, una nozione generale quando questa nozione va bene per tutti i possibili fatti che sono riconducibili a quello schema. Quando si dice che il contratto di compravendita è scambio di cosa contro prezzo, si individua l’essenza del concetto di compravendita, della funzione di compravendita, per cui è compravendita non soltanto il trasferimento della proprietà di un immobile contro il pagamento di un prezzo, ma tutto ciò che consiste e realizza uno scambio fra un diritto ed una somma di denaro è compravendita.

Vedete, nella definizione degli istituti sempre è così; sempre, quando definiamo un concetto (quando cioè dobbiamo fare una descrizione astratta che sia idonea a contenere in sé tutti i possibili casi concreti).

Allora, per definire la delegazione in maniera tale da poter contenere in quella definizione tutti i possibili casi di delegazione, non possiamo dire (come si legge ancora adesso in qualche manuale) che si ha delegazione quando Tizio debitore di Caio che è a sua volta debitore di Sempronio…. perché così noi elaboriamo una nozione che va bene soltanto per alcune ipotesi di delegazione, ma non per tutte le possibili delegazioni.

Allora, per individuare quello che è il minimo comune denominatore, la minima unità effettuale in grado di definire l’essenza della delegazione riscontrabile in ogni ipotesi in cui io voglio utilizzare questo schema negoziale per soddisfare certi interessi, devo individuare una causa che sia in grado di spiegare tutti i possibili casi concreti di delegazione. E questo lo posso fare se io capisco qual è l’essenza del fenomeno.

E qual è l’essenza del fenomeno? Che la delegazione sostanzialmente è un’applicazione del mandato: il delegante utilizza un contratto di mandato perché vuole procurarsi la collaborazione del mandatario, perché il mandatario con il suo strumento gli serve per farle ottenere una attribuzione a Tizio per suo conto. Ma anche il mandato è un contratto duttile perché può servire ad avere i soldi: io posso dare mandato ad un soggetto (il mandatario) di andare a partecipare ad un’asta per acquistarmi una cosa oppure gli posso dare l’incarico di andare da un concessionario e di comprare per mio conto l’automobile oppure gli posso dare l’incarico di andare ad un’asta giudiziaria e comprare per mio conto un immobile oppure gli posso dare l’incarico di pagare per mio conto una somma di denaro a Tizio. Vedete differenze in questo? No, è sempre mandato; è il contenuto del mandato che cambia, ma l’essenza dell’operazione è sempre la stessa → c’è l’incarico che viene accettato dal mandatario e il mandatario – in esecuzione di questo incarico – farà certe cose. Nel caso della delegazione quali sono le cose che deve fare? O deve pagare direttamente al delegatario se ha ricevuto l’incarico di fare una delegazione di pagamento oppure deve andare dal delegatario e gli deve dire “guarda ,io - in qualità di mandatario e dunque per conto di Tizio mio mandante (delegante) - mi obbligo, ti prometto di pagare 1000 al 31-12-2015” → è mandatario uguale a quel mandato che caratterizza una delle operazioni che vi ho descritto prima, più banali, più semplici, quelle alle quali più facilmente pensiamo → io sono un collezionista di gouaches napoletane, voglio comprare una gouache che non ho nella mia collezione, so che viene venduta a Londra e chiedo ad un mio amico mercante d’arte di andarmi a comprare quel quadro all’asta per mio conto. È un mandato? È lo stesso mandato come struttura tipica essenziale di quello descritto nella delegazione; sempre mandato è. Quindi la delegazione è dominata dal mandato; la delegazione sostanzialmente si basa sul mandato e la causa dell’operazione è il mandato, il richiamo a questo iussum. Questo è il punto, questo è il tipo qualificante della delegazione; se non c’è questo, non c’è delegazione.

Allora il delegato - vediamo da un’altra prospettazione così capirete sempre meglio – va dal beneficiario indicato dal delegante, va dal delegatario e dice “senti, io devo eseguire un mandato ricevuto e dunque, perché sono stato a ciò obbligato dal delegante, per suo conto ti pago 1000”. Il pagamento (di € 1000) che fa al delegatario è un pagamento che viene giustificato dall’agire per conto. Dunque egli è un delegato.

Facciamo l'ipotesi invece (così vediamo questa differenza) che il delegato vada dal delegatario e dica “ caro delegatario, caro Gennarino io intendo pagare 1000, che rappresenta il debito che Tizio ha nei tuoi confronti”. Avete capito questa ipotesi? Allora una volta il solvens si qualifica come delegato e pone a fondamento causale della solutio (cioè del pagamento) l'agire per conto → dice “io pago, ma pago in quanto sono stato incaricato da..”; un'altra volta invece Tizio, che magari è stato incaricato \_\_\_\_\_\_ 32.32, va dal destinatario della solutio e dice “io pago perché intendo in questo modo estinguere il rapporto di debito che il debitore X ha nei tuoi confronti. Tu sei il creditore di X? Bene, io pago il debito di X”.

Sono due cose diverse o è la stessa cosa? Abbiamo fatto la stessa cosa nell'una e nell'altra situazione?

È importante capire questo profilo perché non abbiamo fatto la stessa cosa. Abbiamo giustificato il pagamento che abbiamo fatto in maniera diversa: una volta abbiamo giustificato il nostro pagamento dicendo “io voglio pagare il rapporto di valuta e basta”; un’altra volta lo abbiamo giustificato dicendo “io ti pago, magari ti pago il rapporto di valuta, però non perché voglio farmi estinguere il rapporto di valuta ma perché intendo realizzare l'incarico ricevuto, sto eseguendo l'incarico, ti pago per conto”.

Questa diversa qualificazione funzionale del pagamento ha delle ricadute. Vediamole → c’è un soggetto con i soldi in mano che si presenta a casa del signore Gennaro Esposito e dice “caro Gennaro Esposito, io so che tu sei il creditore di Giovanni Maresca; voglio pagare il debito che Giovanni Maresca ha nei tuoi confronti”. Innanzitutto una domanda: la posso fare una cosa del genere? È il debitore che è tenuto all’adempimento; ma così è il terzo a conseguire l’adempimento altrui. È vietato? No. Come si chiama questo istituto? Si chiama adempimento del terzo. C’è proprio una norma del codice civile che disciplina questa cosa: l’articolo 1188.

Allora qualsiasi terzo……. a meno che l’obbligazione non sia caratterizzata dall’intuitus personae (se si tratta di un’obbligazione infungibile per es. in cui l’oggetto della prestazione è determinato dalle qualità personali del debitore - obbligazione infungibile per esempio: se io ho un contratto con Picasso e Picasso si è obbligato ad affrescarmi le pareti del salotto di casa mia, non può venire uno qualsiasi e mi dice “guarda io sono un terzo e voglio eseguirla io”: non è la stessa cosa!

Quando si tratta di obbligazioni pecuniarie – che poi è il tema di fondo di tutti i nostri discorsi (tutti questi temi di cui stiamo parlando si riferiscono alle obbligazioni pecuniarie) – non sono caratterizzate dall’intuitus, chiunque può pagare il debito (da chiunque provengano, sempre 1.000 euro sono!).

Allora il terzo si presenta dal creditore e dice “caro creditore, io intendo pagare il debito che Tizio ha nei tuoi confronti”. Lo può fare? Abbiamo visto che lo può fare. È disciplinata questa cosa? Si, è disciplinata dall’art. 1180. Come è disciplinata? Il creditore si può rifiutare di ricevere la prestazione? No, non si può rifiutare.

E se si rifiuta? Il terzo si può costituire in mora (mora credendi), con tutte le conseguenze che questo comporta sull’obbligazione. Quindi è forte questa disciplina dell’art. 1180, perché consente al terzo di estinguere un rapporto obbligatorio originario di debito senza che il creditore possa impedirglielo; lui deve accettare la prestazione, non può dire “no, io voglio essere pagato dal mio debitore”. “Io sto eseguendo proprio quello che tu devi avere da Giovanni? Tu devi avere da Giovanni 1000? E io ti sto dando 1000”. Ti puoi rifiutare? No. Se ti rifiuti, subisci tutte le conseguenze negative di questo rifiuto, perché io ti costituisco in mora; posso addirittura arrivare alla liberazione coattiva dopo la costituzione in mora. Quindi il creditore non si rifiuta.

Allora l’ipotesi che abbiamo fatto è quella del 1180.

Altra ipotesi → è sempre uno che è terzo rispetto al creditore che bussa a casa del creditore e dice “io so che Tizio ti deve 1000. Sono stato incaricato da Tizio di pagarti quei 1000 e dunque io te li pago per suo conto”.

Che ho fatto questa volta? Ho fatto una delegazione di pagamento titolata rispetto alla valuta, perché solo così posso creare \_\_\_\_\_\_\_\_ 39.50 con l’adempimento del terzo (ho bisogno del richiamo della valuta). Però in un caso io ho fatto l’adempimento del terzo, nell’altro caso ho fatto la delegazione di pagamento.

Giuridicamente dove si coglie la differenza? Nel terzo. Perché? Il terzo che paga come terzo non può rifiutarsi di ricevere il pagamento; quando invece il terzo che paga (il solvens) qualifica il suo pagamento come pagamento in esecuzione di un contratto di un contratto di mandato, l’accipiens (creditore del delegante) può rifiutare l’adempimento? Sì o no? Oppure lo deve accettare per forza come sta scritto nell’art. 1180? Lo può rifiutare. Perché? Questa è una cosa molto importante; una volta che avete capito questo, avete capito di che cosa stiamo parlando. Perché può rifiutare? Perché quando il terzo paga come terzo (art. 1180), il terzo pone a fondamento causale del suo pagamento l’estinzione del rapporto di valuta, quindi il creditore riceve proprio ciò che deve ricevere sulla base della valuta. Quando invece il delegato paga in qualità di delegato (dunque paga ponendo a fondamento causale del suo pagamento l’agire per conto), egli paga il rapporto di valuta? No, non paga il rapporto di valuta. Esegue il mandato; che poi coincide con la valuta, non mi importa niente. Ma la causa non è l’estinzione della valuta; io non sto pagando perché voglio estinguere la valuta, io sto pagando perché a ciò sono stato incaricato. Tanto è vero che la valuta si estinguerà non a seguito del pagamento ma a seguito del conteggio. È una cosa in più, ulteriore e diversa.

Avete capito questo passaggio? È fondamentale, perché così capiamo che cosa voglio dire quando dico che la delegazione è caratterizzata dall’agire per conto. E proprio perché è caratterizzata dall’agire per conto si articola su quei due livelli diversi: prima il livello del pagamento o dell’assunzione del debito, poi il livello sottostante del conteggio.

Allora, se un soggetto si presenta a casa di un creditore e dice “io ti pago come terzo ai sensi del 1180, perché intendo con ciò estinguere il rapporto …., cioè pongo a fondamento causale della mia solutio proprio il rapporto di valuta di cui sei il creditore”, è ovvio che tu non ti puoi rifiutare perché stai ricevendo l’attuazione del rapporto obbligatorio di cui sei creditore (viene pagato proprio questo) (ricevi il tuo, non ricevi altro che il tuo). Quando invece si paga in qualità di delegato, tu non ricevi il tuo, ricevi l’esecuzione del mandato → che poi coincide è un altro discorso, ma giuridicamente non è la stessa cosa perché io ho ricevuto per conto e poi devo conteggiare nel rapporto sottostante, ed è questo ulteriore passaggio che determina l'estinzione del rapporto di valuta (mentre nel primo caso l'estinzione del rapporto di valuta è diretta e immediata perché io ricevo proprio il pagamento della valuta, da un terzo ma il pagamento della valuta). Qui invece io ricevo il pagamento da un terzo che però è un terzo delegato, cioè che si qualifica come delegato e che quindi non estingue direttamente la valuta ma estingue la sua obbligazione ex mandato → io ricevo per conto, non ricevo il pagamento della valuta, ricevo per conto; che poi debba conteggiare dentro la valuta questo pagamento, ma questo è momento successivo, ulteriore, è una operazione ulteriore, è un'operazione che io creditore potrei pure non fare (una cosa è che tu mi paghi il credito di valuta e allora io non mi posso rifiutare; ma tu invece mi chiedi una cosa in più: mi paghi come delegato, come mandatario, e poi vuoi che io faccia il conteggio, perché lo devo fare se io accetto per conto. Non lo voglio fare, non voglio scocciature). Allora capite adesso che cos'è che qualifica la delegazione? Sia nella delegazione di debito sia nella delegazione di pagamento (strutturalmente cambia ma la funzione è la stessa) ciò che conta è che il delegato nei confronti del delegatario esegue il suo mandato, quindi nella delegazione viene posto a fondamento causale della delegazione l’agire per conto. Ed è questo ciò che conta.

Badate bene, anche quando c’è un adempimento del terzo probabilmente vi è una delegazione sottostante → voi immaginate un terzo che spontaneamente va a pagare il debito di un altro? A parte il padre che paga i debiti del figlio oppure il marito che paga i debiti della moglie (ipotesi molto marginali), è chiaro che questi sono istituti che si applicano al mondo degli affari; nell’ambito dell’economia nessun terzo bussa alla porta e dice “io voglio pagare”: è chiaro che, se lo fa, ha delle ragioni interne con il debitore per farlo, magari è stato incaricato dal debitore. E però questo incarico resta interno, non viene comunicato all’accipiens, non diventa la causa del pagamento (perché, se diventasse causa del pagamento, saremmo all’interno della delegazione). Avete capito?

Il terzo che paga come terzo magari può anche pagare perché è un accollante interno: io ho concluso un accollo interno con il debitore, sono l’accollante, e mi sono obbligato a tenerlo indenne dal peso economico del debito. Che significa tenerlo indenne dal peso economico del debito? Che gli fornisco i mezzi per eseguire il pagamento oppure mi obbligo - nei confronti dell’accollato nei rapporti interni - a pagare come terzo nei confronti del creditore (dell’accipiens). È un terzo ma nei rapporti interni è un accollato, il che significa che poi nei rapporti interni la regolamentazione di questo pagamento che ho fatto verrà fatta con le regole dell’accollo.

Ciò che conta dunque non è quello che sta a monte (prima) ma ciò che risulta nei confronti dell’accipiens, ciò che viene posto a fondamento causale del pagamento. Allora, se il pagamento viene fatto perché si dice che io ho ricevuto un incarico in questo senso e nel momento in cui pago intendo eseguire quell’incarico, allora siamo nell’ambito della delegazione.

Ora questa ricostruzione (in cui ho anticipato tutta una serie di temi che poi esamineremo più avanti) ci serve per risolvere il problema della distinzione tra delegazione ed espromissione.

Il 1272 è la norma che disciplina l’espromissione → “il terzo senza delegazione del debitore ne assume verso il creditore il debito è obbligato in solido con il debitore originario”.

Allora si dice: la delegazione si distingue dall’espromissione innanzitutto perché l’espromissione è sempre titolata rispetto alla valuta: il terzo “che ne assume il debito”: quindi questo debito originario deve essere richiamato, quindi deve esserci un richiamo al rapporto obbligatorio originario; questo rapporto obbligatorio originario è un rapporto \_\_\_\_\_\_\_\_\_-51. Quindi già per questa via cogliamo un aspetto dell’espromissione che la rende diversa dalla delegazione → perché abbiamo visto che la delegazione non serve solo ad assumere il rapporto di valuta originario; anzi, abbiamo detto che la struttura della delegazione è una struttura che è funzionalmente organizzata per consentire un’attribuzione patrimoniale senza alcun riferimento ai rapporti sottostanti, cioè l’essenza della delegazione la individuiamo con riferimento alla delegazione pura (quella delegazione che non richiama i rapporti sottostanti). Qui invece nell’espromissione già abbiamo constatato che siamo in presenza di una particolarità, cioè l’espromissione è sempre riferita ad una valuta. Vedete il codice che dice? “Il terzo che …..ne assume verso il creditore il debito”: “ne assume il debito”, quindi qui ci deve essere il riferimento esplicito a questo debito che il debitore originario si assume.

Quindi già l’espropriazione è meno ampia della delegazione: la delegazione è una cosa che serve a tante cose, l’espromissione è un istituto più limitato perché non può essere puro rispetto al rapporto di valuta.

Allora la domanda dovrebbe essere più correttamente: come si distingue la delegazione titolata rispetto alla valuta dalla espromissione titolata rispetto alla valuta?

Ora la maggior parte della dottrina per molti anni (ancora forse c’è qualche manuale istituzionale che dice così) sottolinea come elemento distintivo questo dato testuale del 1272 “senza delegazione del debitore”, e quindi dice → la differenza tra delegazione ed espromissione sta nel fatto che nell’espromissione non c’è un mandato originario, nella delegazione sì. Quindi mentre nella delegazione vi è una fase preliminare caratterizzata

dal conferimento dell’incarico (come vi ho detto fino a pochi minuti fa), nell’espromissione non c’è, quasi che l’espromittente possa essere spontaneamente indotto ad assumersi il debito altrui. Cosa folle, perché abbiamo visto che è assai implausibile che un terzo possa pagare un debito altrui spontaneamente, così è implausibile che il terzo possa assumersi un debito altrui spontaneamente.

Però sta scritto “senza delegazione del debitore” e questa espressione viene interpretata nel modo che vi ho detto → “senza delegazione” significa che nell’espromissione non c’è una fase preliminare caratterizzata dal contratto di mandato, mentre c’è nella delegazione.

Innanzitutto è necessario a questo punto fare un primo controllo di una affermazione che io ho fatto dandola per scontata, ma forse merita di essere esaminata con più attenzione. La fase preliminare della delegazione è rappresentata dal contratto di mandato → il delegante incarica il delegato, e il delegato è mandatario del delegante mandante. Quindi delegante e delegato corrispondono a mandante e mandatario.

È sicuro che è così? Siamo certi che c’è un contratto di mandato? Oppure il delegante prende l’iniziativa autorizzando il terzo a pagare al delegatario? C’è un incarico o c’è una autorizzazione? E che differenza tra l’una e l’altra? Se c’è un incarico, significa che io devo accettarlo; da questa accettazione deriva per me un obbligo di eseguire l’incarico. L’autorizzazione invece è un’altra cosa: l’autorizzazione mi dà un potere: io posso fare, ho il potere, non il dovere. Per es. la procura per intenderci è un negozio autorizzativo, perché dalla procura scaturisce il potere di spendere l’altrui nome: io sono autorizzato a spendere il nome altrui. Ho anche il dovere di spendere il nome altrui? No, a meno che questo dovere non derivi da un contratto di mandato (cd. mandato con rappresentanza: il mandato che ingloba in sé o accompagna il rilascio della procura).

Avete capito questa cosa? Si dice: la procura è un negozio unilaterale autorizzativo. Va accettata la procura? Se io vi do la procura di rappresentarmi in una certa vicenda, che significa questo? Che voi siete autorizzati, avete il potere di\_\_\_\_\_ 57.04 Dovete accettare la procura? La procura è un contratto? No, è un negozio unilaterale. Perché è un negozio unilaterale? Perché non derivano doveri. Se derivassero doveri per il procuratore, sarebbe necessaria l’accettazione perché non esiste con una dichiarazione unilaterale di caricare di pesi di oneri di debiti e di doveri un soggetto che non li voglia. Quindi è evidente: se un negozio è unilaterale, non può produrre se non effetti diversi da quelli costitutivi del debito per il destinatario della dichiarazione. Quindi il destinatario della dichiarazione ha un potere, non ha un dovere; tanto è vero questo che, quando io voglio che il procuratore abbia l’obbligo di fare qualcosa spendendo il mio nome, devo aggiungere alla procura il mandato, che è un contratto, da cui nascono obblighi perché il contratto fa nascere obblighi. Solo il contratto può far nascere obblighi perché soltanto il contratto può impormi un dovere di eseguire un incarico, di fare qualcosa per conto di un altro.

Si dice: nel caso della delegazione noi siamo in presenza non di una procura (non c’entra niente la procura, lì si spende il nome) ma di un negozio autorizzativo. Vi ho fatto l’esempio della procura per dire che è un negozio autorizzativo che produce poteri, e quindi non richiede di essere accettato: è una dichiarazione unilaterale quella del delegante, con la quale il delegante autorizza il delegato suo debitore ad eseguire la prestazione non nelle mani del delegante ma nelle mani del delegatario. È così? Non è così. A parte che non è così perché non è detto che il delegato (cioè il destinatario) sia un debitore. Ma, indipendentemente da questo, non è vero che sia così perché in realtà qui non è un negozio autorizzativo che promana dalla volontà del delegante, ma è una proposta di mandato che richiede l’accettazione da parte del destinatario. Come faccio a dire questo?

Lo diciamo così perché ce lo siamo inventati o perché c’è un indice normativo al quale ancorare questa decisione? C’è un indice normativo. E qual è questo indice normativo? È il secondo comma del 1269 (delegazione di pagamento). Tra l’altro il fatto che sia dettata con la delegazione di pagamento non significa niente perché la disciplina della delegazione di pagamento e della delegazione di debito è la stessa, non c’è differenza da questo punto di vista, quindi non è una limitazione il fatto che sia scritta nel secondo comma del 1269. Leggiamolo: “il terzo delegato per eseguire il pagamento non è tenuto ad accettare l’incarico ancorché sia debitore del delegante” → “non è tenuto ad accettare l’incarico”: vedete la terminologia che usa il legislatore? Dunque è una dichiarazione quella che fa il delegante che deve essere accettata; ma quindi non è una dichiarazione unilaterale autorizzativa: è una proposta di contratto, che deve essere accettata.

Quindi quando il delegante si rivolge al delegato e dice “caro delegato io ti incarico”, che significa dire “io ti incarico”? Significa dire “io propongo che tu per mio conto svolga questo”, cioè gli sto proponendo un contratto di mandato che va accettato (lo dice il codice). Tanto è vero che - dice il codice – questa proposta può anche non essere accettata, ancorché il delegato sia debitore del delegante.

Vedete che vi trovate adesso col discorso che facevo io prima? “Ancorché sia” significa che può anche non esserlo e dimostra che la delegazione non riguarda soltanto le ipotesi tipicamente descritte nei manuali istituzionali dei due debiti sottostanti che con un solo pagamento si estinguono. Vedete come dice il codice? “Ancorché sia” significa che può anche non esserlo (per esempio nel caso di delegazione \_\_\_\_\_1.2.20).

Però qui si evince un’altra cosa interessante: che, anche se debitore, può non accettare. Perché?

Perché anche nel rapporto di provvista possiamo fare lo stesso ragionamento che abbiamo fatto prima nel rapporto di valuta → quando al debitore viene richiesto di eseguire questo incarico pagando al terzo o assumendosi un debito verso il terzo (è la stessa cosa delegatio solvendi e delegatio promittendi), non si chiede al debitore di eseguire il rapporto di provvista; si richiede di eseguire il contratto di mandato, cioè è un di più. Io sono tuo debitore e quindi potrei essere indotto ad accettare l’incarico. Perché? Perché so che poi dopo, avendo eseguito l’incarico, io potrò far valere quel pagamento dentro al rapporto di provvista e così lo estinguo per compensazione. Però \_\_\_\_\_\_\_\_\_ 1.03.20 , io potrei pure non farlo: “senti, tu mi stai chiedendo una cosa in più, mi stai chiedendo di andare da questo, di fare il contratto di assunzione delegatoria, di fare il tuo mandatario, di pagare per tuo conto e poi - dopo aver pagato per tuo conto al delegatario (accipiens) – potrò far valere nel rapporto di provvista questo pagamento! Allora pigliati i soldi e vattene!”. Avete capito questo? Quindi, anche se sono un debitore…. perciò vedete come è un’operazione delicata e complessa rispetto a come può sembrare leggendo i manuali istituzionali: Tizio è debitore di Caio e creditore di Sempronio. Quindi Sempronio, in quanto debitore di Tizio, accetta l’incarico, paga e col suo pagamento \_\_\_\_\_\_\_\_--1355; un momento, però è complicato perché vedete qui il delegato è debitore e - ancorché sia debitore - non è tenuto ad accettare l’incarico. Ovvio che non è tenuto ad accettare l’incarico, perché quella è una proposta di contratto, diversa e ulteriore rispetto al pagamento del suo rapporto di provvista. Io delegato che ho ricevuto la proposta dell’incarico sono tuo debitore sulla base di un rapporto sottostante di provvista. Benissimo. E questo mi obbliga a prendere un altro obbligo? Certo potrei essere indotto da questa possibilità ad accettare, ma non è mica detto che io debba accettare. Certamente giuridicamente non lo devo accettare.

Vedete come è rilevante questa norma. Richiamo la vostra attenzione su quel dato metodologico che io spesso sottolineo a voi studenti: i ragionamenti si fanno partendo dalla realtà fenomenica. E per noi la realtà fenomenica è quella del codice, se no facciamo discorsi metafisici.

Allora, quando vi dico che la delegazione è caratterizzata da un contratto di mandato tra delegante e delegato, dobbiamo poi capire su che basi si fanno queste affermazioni. Ci sono dei dati normativi che mi spingono in quella direzione e che mi sostengono nella costruzione che ho fatto. E qual è questo indizio normativo?

Perché non si deve dire nulla che non sia frutto di un’interpretazione ragionevole di una norma. E questa norma c’è → il secondo comma del 1268: qui siamo in presenza certamente di qualcosa che deve essere accettato. Ma il negozio unilaterale autorizzativo deve essere accettato perché se no non sarebbe un negozio unilaterale e non sarebbe nemmeno autorizzativo. Esistono i contratti autorizzativi? No, perché i contratti non determinano conseguenze di questo genere: o diritti o doveri, questo nasce dai contratti.

Allora, se io devo accettare, significa che siamo all’interno di un contratto; allora già questo esclude il negozio unilaterale, perché se no non ci sarebbe la previsione di un’accettazione. Il delegato non è tenuto ad accettare l’incarico, dunque è una proposta di incarico che va accettata. E qual è la proposta di incarico che va accettata?

La proposta di mandato. È il mandato che ha come contenuto un incarico: io mi incarico, mi faccio carico a seguito di un contratto, quindi mi obbligo ad una certa attività per conto del delegante.

E che sia un mandato è dimostrato dal secondo comma del 1268 → contratto e niente autorizzazione. Non c’è un’autorizzazione, c’è un dovere; io non sono autorizzato a fare, no, io ho il dovere di fare, perché ho accettato l’incarico (l’incarico = lo prendo in- carico, lo prendo a carico mio). Quindi è un peso, non è un’autorizzazione. Allora è un dovere, un dovere che deriva dal contratto di mandato.

E badate bene: leggendo quella norma e facendo un passo indietro, noi capiamo pure tante altre cose. Innanzitutto che non è detto che, per riferirsi alla delegazione, il delegato sia debitore del delegante: può non esserlo: io ti chiedo di fare quest’operazione economica politica e tu me la farai (o la vuoi fare) perché sei uno che finanzia, avrai un tuo guadagno nel fatto che poi ci sarà un corrispettivo.

Non è più delegazione se non c’è il debito del delegato nei confronti del delegante? Se dovessimo applicare la definizione che sta scritta nei manuali dovrebbe essere così. Ma non è così: anche il legislatore si riferisce ad ipotesi in cui non vi è il debito del delegato nei confronti del delegante. Lo dice il legislatore: il delegato non è tenuto ad accettare l’incarico da parte del delegante ancorché sia suo debitore. Che significa “ancorché sia suo debitore”? Anche se è suo debitore: quindi significa che può anche non essere suo debitore.

Quindi vedete come dalla lettura di questi quattro righi ricaviamo delle osservazioni pregnanti, che ci servono a ricostruire il sistema in maniera non campate in aria ma su fondamenta serie e solide.

Allora ritorniamo a noi →

nella delegazione la fase preliminare della delegazione è rappresentata dal contratto di mandato. È certamente un contratto di mandato perché deriva un obbligo per \_\_\_\_\_\_\_ 11027.

Nell’espromissione no, perché è senza delegazione. L’espromittente (che sarebbe quello che corrisponde al delegato, il terzo estraneo al rapporto di valuta) si assume il debito senza delegazione, dunque spontaneamente. Io già prima vi ho detto che “spontaneamente” non esiste.

In realtà, se un terzo si presta ad un’operazione del genere, è perché ha dei rapporti interni che lo inducono ad assumersi un rapporto di questo tipo.

Allora facciamo una riflessione su questo punto → abbiamo visto che nella delegazione vi è una fase preliminare caratterizzata dal mandato e poi c’è una fase successiva che è quella in cui il mandatario - in forza di questo mandato ricevuto - si presenta dal delegatario e o si assume un debito nei suoi confronti (cioè promette un pagamento per conto di) oppure paga, a seconda se è stata voluta una delegazione di pagamento o una delegazione di debito. È chiaro questo?

E come si caratterizza questa seconda fase? Per il richiamo dello iussum delegatorium, cioè per il richiamo al mandato → sia nell’ipotesi della delegazione di debito sia nell’ipotesi della delegazione di pagamento quello che conta è che il delegato - o promette di pagare o paga - lo fa \_\_\_\_\_ 1.1219, cioè richiama l’esistenza di questo \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_.

Allora ciò che caratterizza la delegazione non è tanto il fatto che vi sia un mandato prima; ciò che caratterizza la delegazione è che nei rapporti tra delegato e delegatario viene richiamato il mandato sottostante.

Ora nel caso di espromissione invece si dice: si ha espromissione se non c’è la preesistente delegazione, se non c’è il mandato→ è una soluzione veramente curiosa. È stata sostenuta per tanti anni con tanta forza.

Quando mai noi, per qualificare il negozio giuridico, facciamo riferimento a ciò che sta prima (e cioè fuori) di quel negozio giuridico? Noi andiamo a individuare qual è la causa del negozio, così lo qualifichiamo.

Anche per la delegazione abbiamo detto che si ha la delegazione quando fra delegante e delegatario i rapporti si giustificano con il richiamo al mandato → quindi la causa dell’assunzione delegatoria o del pagamento delegatorio è rappresentata dal riferimento al mandato. Io delegato ti sto promettendo di darti 1000 ma in realtà sono stato incaricato, ti sto pagando 1000 ma in realtà sono incaricato. Quello che qualifica il contratto dunque è la causa di quel momento, del momento in cui si conclude l'accordo tra delegante e delegatario.

La causa della delegazione va individuata con riferimento quindi alla causa che caratterizza il rapporto tra delegato e delegatario, che sono le parti del contratto di assunzione delegatoria o del contratto solutorio delegatorio. È chiaro questo?

Ora perché invece quando noi parliamo di espromissione, anziché preoccuparci di individuare qual è la causa che caratterizza il contratto che si conclude tra espromittente ed espromissario, ci preoccupiamo di ciò che sta prima (e cioè che nella \_\_\_\_\_\_\_\_\_ 1.15.29 non c’è la delegazione)? Che ci importa? Quello che conta è ciò che è stato elevato a causa del loro accordo (dell'accordo cioè tra le parti dell’espromissione, che sono espromittente ed espromissario). Il fatto che precedentemente c'è stata o non c'è stata una delegazione a che rileva? A niente serve individuare ciò che sta fuori o prima di un negozio giuridico; perché quando noi dobbiamo individuare una causa di un certo negozio in cui le parti hanno voluto scambiarsi la cosa con il prezzo noi che andiamo a vedere? Quello che è successo nel momento in cui le parti hanno convenuto di scambiarsi la cosa con il prezzo. Allora, se noi dobbiamo andare a vedere qual è la causa della delegazione, dobbiamo andare a vedere ciò su cui si è formato la volontà del delegato e del delegatario. Quando vogliamo vedere qual è la causa dell'espromissione, dobbiamo vedere qual è la funzione della dichiarazione di volontà che si sono scambiati l'espromittente e l'espromissario. Che ci importa di quello che sta prima! Quando mai serve ciò che sta prima!

È scorretto metodologicamente sostenere che si ha o non si ha l’espromissione in funzione del fatto che vi sia o non via sia la delega da parte del debitore estromesso: non c’entra niente! Si ha o non si ha l’espromissione e si avrà espromissione anziché delegazione a seconda di quello che le parti hanno elevato ad l’elemento causale della loro volontà (le parti del contratto espromissorio, che sono il terzo espromittente e il creditore espromissario). Qual è la causa che contraddistingue l’espromissione? La causa che contraddistingue l’espromissione è l’assunzione del rapporto di valuta. Laddove invece la causa che caratterizza la delegazione è l’agire per conto. La differenza è tutta qua. La differenza è nella causa, non nel fatto che ci sia o non ci sia prima il mandato, perché anche nell’espromissione così come anche nell’adempimento del terzo ci può essere un mandato perché nessuno spontaneamente si va a pagare un debito altrui o si assume spontaneamente e promette di pagare in futuro un debito altrui. Ciò che conta però è che

* in un caso quella delega interna non resta interna ma viene comunicata all’altra parte, perché diventa fondamento causale dell’accordo tra delegante e delegatario;
* nell’altro caso invece quella delega – che pure ci può essere stata e anzi il più delle volte c’è (perché altrimenti non ci sarebbe proprio la possibilità per il terzo di entrare nel rapporto obbligatorio altrui così senza niente) - resta interna, cioè non viene elevata ad elemento causale dell’accordo fra solvens ed accipiens, tra assuntore e creditore, è esterna, resta fuori da questo contratto, è interna nei rapporti tra assuntore e debitore originario, ma non deve essere comunicata al creditore, perché la causa che le parti (espromittente ed espromissario) pongono a fondamento causale del loro contratto è l’assunzione del rapporto di valuta. ­­­­­­­­­Ciò che sta prima non conta.

Facciamo un’ipotesi che un soggetto senza essere stato delegato si presenti al delegatario e dica “io, essendo stato incaricato da Tizio, ti prometto per suo conto di pagarti 1000 al 31-12-2015”. Che abbiamo fatto qua? Un’espromissione? Qui non c’è la delega in questa ipotesi e tuttavia, pur non essendoci stata la delega, il terzo assuntore si presenta dal delegato e richiama una delega che non c’è stata e dice “io, in quanto incaricato da Tizio, ti prometto per suo conto di pagarti 1000 al 31-12-2015”. Qui non c’è stata. Quindi, se fosse vero quello che dicono gli avversari, qui saremmo in presenza di un’espromissione perché non c’è stata una delega.

E invece non è così. Perché? Perché qual è la causa di un contratto? Le parti che causa hanno voluto?

L’agire per conto. Quindi siamo in presenza di una delegazione. Naturalmente è una delegazione invalida, perché la causa non c’è, però appartiene al capitolo ‘delegazione’, ancorché invalida; non è un espromissione.

È chiaro quello che vi dico? Cioè quello che conta allora non è ciò che è accaduto prima, ma ciò che penetra nel contratto tra assuntore e creditore e lo qualifica causalmente. Allora nel contratto tra delegante e delegatario ciò che penetra nel contratto e lo qualifica funzionalmente è l’agire per conto, il richiamo al mandato, anche se il mandato non c’è; magari è ovvio che poi diventerebbe invalido come contratto perché avrebbe richiamato una causa che non c’è, quindi mancherebbe la causa e il contratto sarebbe nullo, invalido per mancanza di causa, ma siamo pur sempre nel capitolo ‘delegazione’, siamo dentro alla delegazione ancorché invalida.

Se invece tra assuntore e creditore non è penetrato niente dei rapporti sottostanti tra assuntore e debitore (che possono essere anche rapporti di mandato) perché ciò che conta è ciò che viene messo a fondamento causale dell’accordo tra espromittente ed espromissario, è l’assunzione del rapporto di valuta → allora in questo caso, anche se c’è stata la delega, proprio perché quella delega non è penetrata nel contratto e non è stata comunicata all’espromissario perché tra le parti espromittente ed espromissario è stata elevata a causa non il mandato ma l’assunzione del rapporto di valuta. Avete capito questo caso?

Del resto, se ricordate quello che vi ho detto mezz’ora fa quando vi ho parlato dell’adempimento del terzo, sostanzialmente stiamo ripetendo le stesse cose che vi ho detto quando ho parlato dell’adempimento del terzo. Il terzo che paga come terzo (ai sensi del 1180) qualifica causalmente la sua solutio (il suo pagamento) con il rapporto di valuta. Se invece lo stesso terzo, indipendentemente dalle ragioni interne (potrebbe anche essere quella della delega che c’è), si presenta e non qualifica il suo pagamento come giustificato causalmente dal rapporto di valuta ma come giustificato dall'incarico (dal mandato), allora egli non sarà terzo ma sarà delegato (delegazione di pagamento 1168 - adempimento del terzo 1180).

Avete capito questo fatto? Anzi, a questo punto vi consiglio una cosa che serve a capire molto bene, anche se sembra un gioco ma non lo è, e cioè → l'adempimento del terzo: espromissione = la delegazione di pagamento: delegazione di debito. La causa dell'adempimento del terzo è la stessa causa dell’espromissione però

* nel caso di adempimento del terzo, il terzo paga;
* nel caso di espromissione, il terzo non paga ma promette il pagamento assumendosi il rapporto di valuta.

La causa è la stessa (il rapporto di valuta originario) che rappresenta

* una volta la causa del pagamento (io intendo estinguere il rapporto di valuta);
* un'altra volta io non estinguo il rapporto di valuta ma lo assumo, cioè prometto di pagarlo ma sempre la causa è riferibile al preesistente rapporto di valuta. Perciò vi ho detto che l’espromissione è sempre titolata rispetto alla valuta. Il riferimento alla valuta serve a fornire sostanza causale a\_\_\_\_\_\_\_\_ 12530.

Allora voi capirete a questo punto che c'è una certa vicinanza tra adempimento del terzo ed espromissione, per cui l'adempimento del terzo svolge - rispetto all’espromissione - lo stesso ruolo che svolge la delegazione di pagamento rispetto alla delegazione di debito.

Che differenza c'è tra delegazione di pagamento e delegazione di debito? La causa è la stessa (l’agire per conto); nel caso della delegazione di debito, il mandatario promette di pagare; nel caso della delegazione di pagamento, il delegato (il mandatario) non promette di pagare ma paga. E così nel caso dell'adempimento del terzo, il terzo paga; nel caso dell’espromissione il terzo promette di pagare, ma che cosa? Sempre il rapporto di valuta. Perciò vi ho detto: l'adempimento del terzo sta all’espromissione come la delegazione di pagamento sta alla delegazione di debito. Avete capito quest'equazione? Serve a farvi fare dei collegamenti che difficilmente vengono fatti. Chi di voi ha mai pensato a questa vicinanza dell'adempimento del terzo con l’espromissione? Nessuno! Invece è una vicinanza notevolissima, perché la causa è la stessa: la causa dell'adempimento del terzo è la stessa causa dell’ espromissione, però sono due istituti diversi perché

* una volta, quando io pago come terzo, estinguo immediatamente perché pago;
* nel caso dell’espromissione invece io prometto di pagare (come succede nella delegazione di debito: io non pago, prometto di pagare; mentre nella delegazione di pagamento io pago).

Quindi vedete l'adempimento del terzo è come se fosse una espromissione di pagamento. Se esistesse l’espromissione di pagamento sarebbe l'adempimento del terzo. Avete capito? Perciò vi dico che l'adempimento del terzo sta all’espromissione (espromissione di debito ovviamente) come la delegazione di pagamento sta alla delegazione di debito. Perciò l'adempimento del terzo è come se lo potessi chiamare (anche se è scorretto) alias espromissione di pagamento. Uso questo termine del tutto improprio per farvi capire la coincidenza funzionale di questi due istituti.

Quindi vedete come stiamo entrando in un campo molto interessante. Quante cose di queste si evincono dalla lettura del mandato?! Sul Gazzoni c'è scritto poco e niente! Sono questi istituti complessi e difficili ma poi, se si segue, c’è tutta una logica. Tutto ruota intorno a queste cose che abbiamo detto.

Ci sono però altre cose da dire. Una prima cosa da dire è: perché è così importante stabilire questa differenza tra espromissione e delegazione e sostenere che anche senza delega si può avere espromissione perché quello che conta non è tanto che ci sia o non ci sia una delega ma il fatto che questa delega sia o no posta a fondamento causale dell'accordo con il creditore. Perché, se questa delega è posta a fondamento causale dell'accordo tra assuntore e creditore, allora abbiamo una delegazione (delegato delegatario); se invece la delega è relegata nei rapporti sottostanti e non viene conosciuta e non viene portata giuridicamente a conoscenza del creditore (non viene posta a fondamento causale dell'accordo tra assuntore e creditore), allora siamo in presenza di una espromissione (e l'assuntore si chiamerà espromittente e il creditore si chiamerà espromissario). Quindi non è posta a fondamento causale la delega; è posta a fondamento causale un'altra cosa rispetto alla delega. Che cosa? La stessa causa che caratterizza l'adempimento del terzo: il rapporto di valuta. Io voglio assumermi il rapporto di valuta. La causa è da individuare in questa funzione.

L'espromissione ha la funzione di determinare l'assunzione del rapporto di valuta. Anche l'accollo produce quest'effetto ma questo effetto non esaurisce la funzione dell'accollo perché la funzione dell'accollo è un'altra cosa: la funzione dell'accollo è quella che coincide con la causa del contratto di cui l'accollo è clausola o modalità. L'assunzione del rapporto di valuta è un effetto che non esaurisce nella causa, è un effetto \_\_\_\_\_\_ 13204 come prezzo per es. se l'accollo è inserito in un contratto di compravendita, appunto perché l'accollo è stipulazione a favore del terzo, quindi è un'altra cosa, realizza un più ampio contratto. L'effetto è l'assunzione del rapporto di valuta, tant'è che abbiamo visto che l'accollo - se non è cumulativo - determina l'assunzione particolare del debito, quindi l'assunzione del rapporto di valuta; ma la causa non è l'assunzione del rapporto di valuta: la causa è la causa della vendita di cui l'assunzione del rapporto di valuta rappresenta un segmento perché è il prezzo, funziona come prezzo e non è la stessa cosa (come poi meglio vedremo quando vedremo le differenze tra espromissione ed accollo, ma già adesso qualcosa la riusciamo ad intuire).

Invece nell’espromissione quello che lì era soltanto un effetto che si combina insieme a tanti altri effetti perché si realizza una causa più ampia, qui esaurisce l'intera causa dell’espromissione. La causa dell’espromissione coincide con la mera assunzione del rapporto di valuta. Quindi, quando io voglio organizzare un'operazione economico-giuridica triangolare in cui voglio però che l’unico risultato che si consegue è la mera assunzione del rapporto di valuta, faccio l’espromissione. Se invece voglio qualcosa in più (voglio che quell'assunzione del rapporto di valuta venga fatta in funzione della vendita dell'appartamento perché tutto venga retto da quella causa che è la causa della provvista, la causa del contratto di compravendita), allora devo fare un accollo.

Avete capito? L’espromissione invece ha come proprio obiettivo unico, mirato, l'assunzione del rapporto di valuta. Qual è l'obiettivo unico e mirato dell'adempimento del terzo? Il pagamento del rapporto di valuta. Vedete? Adempimento del terzo → espromissione; delegazione di pagamento → delegazione di debito. L'adempimento del terzo sta all’espromissione come la delegazione di pagamento sta alla delegazione de debito. Adesso si capisce un po' di più.

Alla fine, quando faremo un quadro generale, tutto risulterà più chiaro.

Però chiediamoci perché è così importante anche stabilire che l’espromissione è compatibile con l'esistenza di una delega, che resta esterna riferita al contratto di espromissione, non diventa causa dell'assunzione, però c’è, o può esserci. Perché è importante dire questo? Ci sono delle conseguenze sul piano dei poteri che sono riconosciuti all’espromittente per recuperare dall’espromesso (debitore) ciò che ha pagato all’espromissario (sempre se questo diritto esista) (non è detto che ci sta sempre). Naturalmente questo richiede una certa riflessione ed un ulteriore approfondimento sul tema, quindi lo vedremo nella prossima lezione.

**7a Lezione 21.10**

Stiamo parlando di delegazione e espromissione.
Abbiamo visto che la differenza tra delegazione ed espromissione va colta con riferimento alla causa del contratto delegatorio o espromissorio concluso dall’assuntore con il creditore.
Quando il contratto tra delegato e delegatario, assuntore e creditore, ha come propria causa l’agire per conto e, in altri termini, se le parti del contratto richiamano il mandato e dunque il delegato dichiara che si assume il debito per conto del delegante e il delegatario accetta il delegato come suo debitore per conto del delegante, siamo in presenza di delegazione.
Se invece tra assuntore e creditore si conclude un contratto in cui la causa non è l’agire per conto, non c’è un riferimento a un mandato, ma la causa è la mera assunzione del rapporto di valuta allora siamo in presenza di una espromissione.
Dunque la differenza tra delegazione ed espromissione non si coglie in riferimento al fatto che ci sia o non ci sia la fase preliminare che consiste nel contratto di mandato. Si dice che quando c’è questa fase preliminare si ha delegazione, quando non c‘è, siamo in presenza di espromissione. Ed è un errore. Perché ciò che conta non è quello che sta prima del contratto ma ciò che sta dentro il contratto, e qual è l’elemento distintivo del contratto? La causa.
Allora se il profilo causale è l’agire per conto, siamo in presenza di una delegazione. Se il profilo causale è l’assunzione del rapporto di valuta siamo in presenza di espromissione.
Già vi ho fatto notare e mi appresto a ripetere: il problema della distinzione tra espromissione e delegazione si pone in relazione alla delegazione titolata rispetto al rapporto di valuta ed espromissione. E’ chiaro che se la delegazione fosse pura, senza alcun riferimento al rapporto di valuta, se cioè la delegazione non tendesse ad assumersi un preesistente rapporto di valuta, allora non si avrebbe alcuna possibilità di confonderla con l’espromissione perché il contenuto dell’espromissione è sempre quello dell’assunzione del rapporto di valuta, in altri termini, l’espromissione è sempre titolata rispetto al rapporto di valuta.
E quindi il problema della distinzione si pone tra espromissione, che è sempre titolata rispetto alla valuta e la delegazione titolata rispetto alla valuta. Siamo in presenza di un’assunzione del debito altrui cioè di un’assunzione del rapporto di valuta che avviene tramite un contratto tra assuntore e creditore, c’è da stabilire se si tratta di un contratto espromissorio o delegatorio. Come si fa? Bisogna andare a verificare dentro il regolamento contrattuale quale sia l’elemento causale: la funzione che le parti hanno assegnato a questo contratto. Se la funzione è quella di eseguire un mandato sicchè il mandato viene elevato a fondamento causale del contratto tra assuntore e creditore, siamo in presenza di una delegazione. Se invece nel contratto tra assuntore e creditore si fa riferimento alla funzione che consiste nella mera assunzione del rapporto di valuta, allora siamo in presenza di una espromissione.
Dunque non è vero che nel caso di delegazione il delegato esegue l’incarico mentre nel caso della espromissione l’assuntore spontaneamente si assume il debito altrui. Non esiste la spontaneità in queste vicende. L’assuntore, colui che si assume il debito, è sempre un soggetto che esegue questa operazione sulla base di ragioni interne che molto spesso consistono nella esistenza di un incarico che ha ricevuto dal debitore originario . Quest’incarico può sfociare in una delegazione come in una espromissione.
Sfocerà in una delegazione quando il mandato , il cd iussum delegatorio, sia posto a fondamento causale del contratto.
Sfocerà in una espromissione quando l’incarico non viene comunicato al creditore espromissario, resta interno, tra espromittente ed espromesso, tra assuntore e debitore originario perché nei confronti dell’espromissario l’espromesso non si presenterà nella qualità di mandatario, non dichiarerà di voler fare questa operazione giuridica in quanto a ciò è stato incaricato ma dichiarerà all’espromissario che è sua intenzione assumersi il rapporto. Se fa questo, conclude una espromissione. Quindi il fatto che vi sia o meno il mandato tra il debitore e assuntore è del tutto irrilevante ai fini della qualificazione della fattispecie assuntoria la quale sarà delegazione o espromissione a prescindere dal fatto che vi sia o no il mandato perché anche nell’espromissione può esserci il mandato, anzi, il più delle volte c’è. Ma questo mandato non viene comunicato al creditore, non viene posto a fondamento causale del rapporto tra espromittente e espromissario. Quindi noi potremmo trovarci di fronte ad un’ipotesi in cui manca il mandato cioè non c’è stato un incarico da parte del debitore nei confronti del terzo delegato e tuttavia il terzo assuntore si presenta al delegatario e dichiara al delegatario che intende promettergli un pagamento di un debito altrui per conto del debitore originario. E in questo caso, in cui l’assuntore ha dichiarato che intende assumersi il rapporto di valuta originario per conto di un altro, siamo in presenza di una delegazione o di un’espromissione? Se, per ipotesi, non c’è stata la delega non c’è quella fase preliminare del mandato e tuttavia in mancanza di questo mandato il delegato, l’assuntore, si presenta al creditore e dichiara di voler assumere quel rapporto di valuta in quanto a farlo è incaricato da Tizio, suo debitore, nel rapporto di valuta. In una situazione del genere è delegazione o espromissione? Certamente una delegazione invalida, perchè manca la causa, anche se la mancanza del mandato originaria può essere sopperita dalla successiva dichiarazione del delegante quindi più che di delegazione invalida, dovrebbe parlarsi di delegazione incompleta perché ancora priva di causa ma la causa può sopravvenire successivamente. In ogni caso è chiaro che non produrrà i suoi effetti finchè non si completa la fattispecie. In ogni caso siamo dentro la delegazione.
Ciò che conta, dunque, non è l’esistenza o meno del mandato, ciò che conta è che il mandato venga posto a fondamento causale del contratto, se viene posto a fondamento causale del contratto tra assuntore e creditore, siamo in presenza di una delegazione, altrimenti di una espromissione.
Quali sono le conseguenze pratiche di questa ricostruzione della distinzione tra delegazione ed espromissione che prescinde dall’esistenza del mandato, che ho fatto? La rilevanza pratica è sostanzialmente la seguente: coloro i quali ritengono, ripeto, erroneamente alla luce di quello che ho detto, che si ha espromissione quando l’espromittente spontaneamente si assume il rapporto di valuta quindi perché si abbia espromissione non c’è bisogno del mandato, ritengono che l’espromittente il quale abbia il diritto alla rimborso da parte dell’espromesso che ovviamente ha pagato il debito originario e poi agirà nei confronti del debitore per farsi rimborsare ciò che ha pagato non lo può fare con l’azione che spetta al mandatario e cioè la cd actio mandati contraria.
Nel caso del mandato noi abbiamo un’azione che il mandante può esercitare nei confronti del mandatario e un’azione che il mandatario può esercitare nei confronti del mandante. Allora, che cosa può fare il mandante nei confronti del mandatario? Può agire nei confronti del mandatario qualora non esegua l’incarico che doveva eseguire = actio mandati diretta.
Poi c’è l’azione che il mandatario può esercitare nei confronti del mandante quando il mandatario richiede al mandante la restituzione delle spese che ha dovuto affrontare per eseguire il mandato. Il mandante deve fornire al mandatario i mezzi per eseguire il mandato. Ma non è detto che questi mezzi debba fornirli preventivamente, potrebbe darsi che chieda al mandatario di finanziargli l’operazione: io ti do l’incarico di andare ad un’asta di quadri con l’incarico di comprarmi quello che mi interessa in particolare e siccome costa 15.000€, nel frattempo dovrei elargirgli quella somma di danaro, ma può anche chiedergli di anticipare la somma che successivamente restituirà. Quindi sostanzialmente chiede al mandatario di anticipargli le spese per l’esecuzione del mandato. Questo succede ad esempio anche quando si svolge un’attività professionale di avvocato: il cliente dà l’incarico all’avvocato di iniziare un giudizio quindi di promuovere un’azione giudiziaria nel confronti di un soggetto nei confronti del quale ritiene di avere dei diritti da eseguire. Per iniziare l’azione giudiziaria oltre al compenso che spetterebbe all’avvocato ci sono anche delle spese cd ‘’vive’’ perché per iniziare la causa bisogna innanzi tutto iscrivere al ruolo l’azione che è stata notificata entro 10 giorni dall’ (ultima) notifica e l’iscrizione al ruolo ha un costo che dipende dal valore della causa ad esempio per cause di valore superiore a 500.000€ l’iscrizione al ruolo è 1700€ grosso modo, in ambito civile mentre in ambito amministrativo per alcune cause che riguardano gli appalti pubblici l’iscrizione al ruolo è enorme perché per disincentivare l’accesso ai tribunali e deflazionare il flusso di cause che circolano il legislatore ha reso questo sistema pressochè inaccessibile dal punto di vista economico l’utilizzazione dello strumento giudiziario in alcuni settori. Ad esempio in ambito amministrativo quando si fa il ricorso al TAR perché un’impresa in relazione ad un appalto pubblico ritiene di non essere stata considerata adeguatamente dalla commissione, si impugna l’atto amministrativo per chiedere l’annullamento davanti al TAR e per fare questo si paga una iscrizione al ruolo che si aggira intorno agli 8000€. E allora quando si va dall’avvocato bisognerebbe quanto meno fornirgli i mezzi perché l’avvocato possa eseguire il suo incarico e tra i primi mezzi da fornirgli vi è quello di pagargli il contributo unificato al momento dell’iscrizione al ruolo, una sorta di tassa che si paga per accedere al servizio giustizia nel nostro paese. In genere i clienti pagano anticipatamente almeno l’iscrizione, potrebbero anche non farlo chiedendo all’avvocato di anticipare quei soldi in funzione di un successivo risarcimento. E’ lo stesso discorso del quadro. Ci sono mezzi che dovrebbero essere forniti dal mandante e che servono all’esecuzione dell’incarico e che il mandante non fornisce d’accordo con il mandatario, il mandandatario potrebbe rifiutarsi di eseguire l’incarico senza ricevere almeno i mezzi per poter avviare l’operazione: non è un obbligo quello di anticipare le spese. Però il mandatario potrebbe impegnarsi ad anticipare le spese, naturalmente in tal modo che cosa fa? Finanzia l’operazione, la sostiene attraverso un finanziamento più o meno cospicuo. Allora una volta adempiuto l’incarico, ha diritto al risarcimento di ciò che è servito per eseguire l’incarico? Si. E come può ottenere questo rimborso? Con l’actio mandati contraria: il mandatario fa un’azione contro il mandante e gli chiede la restituzione.
Nel caso di espromissione, così come anche in quello di delegazione, è il delegato o l’esprimittente che paga il debito altrui, potrebbe avere interesse a chiedere la restituzione al debitore originario espromesso di quanto ha pagato all’espromissario.
Ora, se l’espromittente è mandatario, perché si può essere espromittenti e mandatari dato che anche nell’espromissione come abbiamo visto può esserci mandato (naturalmente un mandato che resta interno tra mandatario e mandante, tra espromittente ed espromesso) allora se l’espromittente è mandatario, cioè ha pagato l’espromissario ma nei rapporti interni ha pagato in quanto mandatario, allora potrà agire con l’actio mandati contraria come il delegato. Quindi la situazione è diversa rispetto a chi invece dice che l’espromittente non può essere mandatario perché se è mandatario siamo in presenza di una delegazione ma non è così: l’espromittente può essere mandatario e non per questo il suo ruolo smette di essere quello dell’espromittente e diventa il ruolo del delegato perché l’assuntore è mandatario ma in questo caso diventa esprimittente perché quando conclude il contratto di assunzione espromissorio con l’espromissario non dichiara quel mandato e pone a fondamento causale del suo obbligo l’assunzione della valuta quindi è perfettamente compatibile nel ragionamento che ho fatto fin’ora che vi sia un assuntore il quale sia mandatario del debitore originario e dunque il mandante e che però verso il creditore sia un assuntore espromittente, non un delegato. Allora se è così anche l’espromittente potrà agire con l’actio mandati contraria perché nei rapporti interni con il debitore viene in rilievo questo incarico ricevuto nei confronti del creditore l’espromittente sarà colui il quale ha eseguito il mandato e quindi in qualità di mandatario può agire con l’actio mandati contraria.
Allora mentre la dottrina che noi abbiamo criticato, sostiene che quando c’è espromissione l’assuntore che paga non può rivalersi verso il debitore con l’actio mandati contraria IO DICO se il mandato c’è, come il più delle volte c’è, l’espromittente, ancorchè sia espromittente, nei rapporti interni se ha agito come mandatario può agire con l’actio mandati contraria. E cioè con la stessa che può utilizzare il delegato.
Nel caso di espromissione e delegazione io vi ho detto che l’assuntore delegato o l’espromittente che paga potrebbe aver diritto a ottenere il rimborso dal debitore. Perché usiamo il condizionale ‘potrebbe’?
Perché la possibilità di agire in via di regresso dipende da come funziona la provvista tra assuntore e debitore, lo vedremo meglio più avanti ma sin da ora vi preciso che assumersi il debito altrui non significa sempre che il debito altrui si è trasferito in capo all’assuntore anche nei rapporti interni: una cosa è l’assunzione esterna del debito, altra cosa è l’assunzione interna e le due cose non coincidono se non nell’accollo: solo nell’accollo all’assunzione esterna corrisponde sempre l’assunzione interna.
Esempio:
pensiamo ad un accollo, accollo in cui l’accollante si assume il rapporto obbligatorio originario in corrispettivo dell’acquisto dell’appartamento (esempio fatto più volte). Allora Tizio, debitore della banca che ha mutuato la somma che gli serviva per costruire la villetta di cui è proprietario, si vuole liberare del peso del debito che grava su di lui con queste rate, allora dice: io pur di liberare questo debito sono pronto a vendere la mia casa e quindi organizza quell’operazione di cui abbiamo più volte parlato: io vendo l’appartamento e mi faccio pagare il prezzo dall’acquirente, dal compratore mediante accollo del preesistente debito che io ho con un altro soggetto, la banca che ha finanziato proprio la costruzione di quella casa quindi l’accollante, come abbiamo visto, si assume il debito altrui ma se lo assume in un più ampio quadro: cioè non si assume pienamente \_\_\_27:15 dell’espromittente, fa un’operazione più complicata, se lo assume quale prezzo per l’acquisto dell’appartamento. Tant’è vero che la causa dell’accollo come sappiamo non è l’assunzione dell’accordo di valuta, che è la causa dell’espromissione, ma è la causa del contratto in cui l’accollo è inserito. Quindi ad esempio in questo caso è la causa della compravendita. Quindi l’operazione che viene fatta determina sempre determina sempre l’assunzione dell’accordo di valuta originario ma quest’effetto non esaurisce la causa dell’operazione perché l’operazione è più ampia e complessa perciò l’accollo è stipulazione a favore del terzo, cioè una clausola che sta dentro un più ampio contratto, una causa più articolata e qual è? Nell’esempio che abbiamo fatto è la causa della compravendita quindi l’assunzione dell’accordo di valuta in quel caso di accollo corrisponde al pagamento del prezzo della compravendita. Allora immaginate un accollo cumulativo, in cui accollante e accollato restano debitori insieme nei confronti dell’accollatario. L’accollatario chiede l’adempimento al debitore originario, all’accollato, lo può fare? Si perché può rivolgere l’adempimento a entrambi. Poi ci chiederemo se può farlo a sua scelta o deve seguire un ordine, ma poi lo vedremo.
Nell’accollo cumulativo tra accollante e accollato si stabilisce il cd. Vincolo di solidarietà passiva per cui il creditore accollatario chiede l’adempimento per intero a un qualsiasi debitore e l’adempimento di uno libera anche l’altro, ce lo dice la nostra disciplina, l’obbligazione solidale passiva. Allora il creditore accollatario può chiedere l’adempimento all’accollato. E l’accollato si può rifiutare? No. Bene, una volta che l’accollato ha pagato, cosa succede? Può agire nei rapporti interni nei confronti dell’accollante per farsi dare dall’accollante i soldi che ha pagato? Ovvio che si, altrimenti avrebbe venduto la casa gratis: se io ho venduto la casa e il pagamento era di 500.000€ che si è accollato il compratore e poi sti 500.000€ che rappresentano il debito che l’accollante si è assunto quale prezzo dell’acquisto, quindi l’accollatario chiede il pagamento al debitore originario che paga e quindi ha venduto la casa all’accollante che non gli ha dato i soldi. E’ mai possibile? Ovvio che no. Quindi è evidente che a questo punto l’accollato si rivarrà nei confronti dell’accollante che si è assunto il debito quale prezzo della compravendita quindi gli chiede la restituzione. E se l’accollante non pagasse, potrebbe chiedere potrebbe chiedere la risoluzione del contratto di compravendita per inadempimento, perché? Perché per l’accollo il peso economico del debito si è trasferito dall’accollato a titolo originario all’accollante anche nei rapporti interni, quella assunzione esterna del debito che è un effetto dell’accollo coincide perfettamente con l’assunzione interna del debito perché il peso del debito si è trasferito sull’accollante tant’è vero che nel rapporto interno se l’accollato ha dovuto pagare e non ha pagato l’accollante, proprio perché nei rapporti interni il peso del debito si è trasferito sull’accollato, l’accollato potrà chiedere l’intero all’accollante. Facciamo il contrario: l’accollatario, la banca chiede il pagamento dei 500.000€ all’accollante, all’assuntore, l’assuntore paga, dopo aver pagato può andare dall’accollato a chiedere la restituzione? Come abbiamo visto, potrebbero farlo il delegato o l’espromittente, potrebbe fare la stessa cosa l’accollante? Eh no! Perché significherebbe dire che l’accollante ha acquistato l’appartamento gratis. E potrebbe chiedere la restituzione della metà? Ossia l’accollante agirebbe per la restituzione della sua quota del 50% nei rapporti interni, è una regola che vale come regola generale per la solidarietà passiva e si applica in questo caso? No! Perché quello che accade nei rapporti interni è che il peso economico del debito si è trasferito dall’accollato all’accollante. Quindi mentre nell’accollo l’assunzione esterna del debito si accompagna sempre all’assunzione interna quindi vi è una perfetta simmetria tra accollo esterno e accollo interno. Del resto noi sappiamo che se l’accollo esterno non produce l’effetto esterno, si converte in accollo interno perché l’accollo esterno presuppone sempre necessariamente almeno l’accollo interno. L’accollo interno può essere soltanto interno e non essere anche esterno perché le parti non hanno voluto che l’effetto si producesse verso l’accollatario oppure l’effetto non si è prodotto perché l’accollatario non ha aderito alla stipulazione. Quindi possiamo avere un accollo interno che non sia anche accollo esterno ma l’accollo esterno per forza deve essere anche accollo interno perché lo presuppone, sta dentro. L’accollante si è accollato il debito originario perché ha avuto un corrispettivo il che significa che quel corrispettivo che ha ricevuto si giustifica per il fatto che comunque egli si è assunto su di sé il peso economico del debito almeno nei rapporti interni. L’assunzione esterna in cui consiste l’accollo in senso proprio, che si ha quando l’accollo è esterno e produce l’effetto esterno a seguito dell’adesione da parte dell’accollatario, presuppone in sé necessariamente l’accollo interno. Detta così sembra una cosa astrusa ma basti pensare all’esempio che vi ho fatto: io ho comprato una casa e ti pago l’acquisto di questa casa mediante l’accollo del mutuo che tu hai nei confronti della banca, è chiaro che se mi sono assunto il debito per pagare l’acquisto della casa, non posso chiedere il rimborso di quello che ho pagato perché sarebbe come dire che il compratore ha comprato la casa dopodichè si è fatto restituire i soldi dal venditore. Allora quando si dice in maniera più aulica: vi è perfetta simmetria tra accollo esterno e accollo interno, è un principio, questo, che si ricava dalla mera osservazione empirica di un fenomeno che non può che essere così: come potrebbe essere al contrario? [per dire che questo fatto è ovvio, il prof parla dell’uovo di Colombo xD]
Una volta capito come funziona il sistema, poi è semplice e si ricorda facilmente perché non può che essere così: non è possibile che io acquisto un appartamento, pago, e mi faccio poi ridare i soldi. Quindi se riflettiamo su questa constatazione banale, ci rendiamo conto che essa è espressione di un problema teorico: poiché la causa dell’accollo è la causa del contratto in cui l’accollo è inserito è evidente che il peso economico del debito dell’accollo interno si è trasferito da Tizio, debitore originario, a Caio. Qualsiasi sia l’accollo.
Succede la stessa cosa nell’espromissione e delegazione? Si può trasferire e si può non trasferire: qualche volta il peso economico si trasferisce dal debitore originario al delegato o espromittente, altre volte no perché magari delegazione e espromissione servono come strumenti per ottenere il finanziamento di un’operazione. Allora in un caso di questo genere è evidente che il delegato e l’espromittente che pagano hanno poi diritto ad ottenere il rimborso. In tutti questi casi in cui si ha diritto al rimbirso, come agisce nei confronti del soggetto tenuto ad anticipare i mezzi? Con l’actio mandati contraria. Se non ci fosse l’actio mandati contraria, cosa potrebbe utilizzare? L’azione di ingiustificato arricchimento, che però è più debole rispetto all’actio mandati contraria Perchè io innanzi tutto ricevo non l’intera somma: non è detto che riceva l’intera somma. Io posso chiedere ciò di cui l’altro si è arricchito, quindi nei limiti dell’arricchimento avvenuto. Poi devo dimostrare una serie di cose: devo dimostrare che l’altro si è arricchito, ci sono delle prove che devo dare in giudizio, sennò non funziona. E invece con l’actio mandati contraria è semplicissimo: io dimostro di essere mandatario, perchè avevo l'incarico e dimostro di avere l’\_\_45:00, basta. Presento due documenti e ho vinto la causa. E non è la stessa cosa, no? Non è che si può dire ‘tutto sommato che problema c’è? Invece dell’actio mandati contraria, agisce con l’azione ingiustificata di arricchimento’. No perchè non è la stessa cosa. Quindi una cosa è l’actio mandati contraria, un’altra è l’azione per ingiustificato arricchimento. Quest’ultima è più faticosa, complicata, insicura e incerta. Allora dire che anche l’espromittente può agire con l’actio mandati contraria è una cosa importante. E perché lo possiamo dire? Perché noi sappiamo che l’espromittente, anche se si è assunto il debito in qualità di assuntore espromittente ponendo a fondamento causale della sua assunzione il rapporto di valuta potrebbe aver sviluppato i rapporti interni in esecuzione di un preesistente contratto di mandato che non compare verso l’espromissario ma che c’è nei rapporti interni e che dunque viene utilizzato per il recupero di quanto si è dato.
A questo punto però sorge un un problema di carattere generale che si pone in riferimento al mandato in genere ma ovviamente siccome qui stiamo parlando in riferimento alla delegazione e anche all’espromissione, sull’applicazione dei principi del mandato, questo principio viene in rilievo anche in questi casi. Qual è il problema?
Nel caso di delegazione, come abbiamo detto, c’è bisogno, perchè vi sia delegazione, che nel contratto di assunzione delegatoria, cioè nel contratto che viene stipulato tra delegato e delegatario, vi sia il riferimento al mandato, cioè il delegato deve dichiarare esplicitamente che sta agendo in quanto a ciò è stato incaricato dal debitore: vi è, per così dire, (tra molte virgolette) una sorta di ‘‘contemplatio domini’’. Attenzione, non è la vera contemplatio domini che è quella che fa il procuratore il quale spende il nome: qui invece non si spende il nome, si dichiara di agire per conto. Per questo parliamo di una sorta di contemplatio domini, perchè esplicitamente il delegato dichiara di agire per conto.
Nell’espromissione, invece, l’espromittente ancorchè sia il mandatario come il più delle volte è, non deve dichiarare di agire per conto perchè il fondamento causale non è l’agire per conto ma l’assunzione del rapporto di valuta. Quindi l’espromittente non fa quella specie di contemplatio domini che fa il delegato: il delegato dichiara di agire per il mandatario dice che c’è un mandante di tutto questo e io sto eseguendo l’incarico che mi ha dato Tizio come mandante. Nel caso dell’espromittente invece, anche se nella sostanza è così, l’espromittente non me lo deve dire. Allora nel caso dell’espromittente, sorge un problema: come si fa a capire che l’espromittente ha agito per conto altrui? La natura gestoria dell’attività dell’espromittente, da che cosa risulta? Nel caso della delegazione, la natura gestoria dell’attività del delegato, risulta dal fatto che il delegato comunica ma se il mandatario invece non dichaira di agire come mandatario, la natura gestoria della sua attività da che cosa risulta? Il problema sorge in via generale con il mandato: ci sono conseguenze importanti perchè se io ho agito come mandatario il mandante può chiedere nei miei confronti la consegna della cosa che il mandatario ha comprato per me, può rivendicarla. Se invece non ha agito come mandatario, no. Quindi è importante stabilire se il mandatario ha agito come mandatario o in proprio. Allora quando l’attività del mandatario viene qualificata come attività gestoria perchè lo dice lo stesso mandatario nel momento in cui esegue il mandato, nulla quaestio. Ma quando invece non lo dice?
Vi faccio l’esempio in un campo diverso per farvi rendere conto: il mandatario ha avuto l’incarico di comprare un quadro. Ora potrebbe darsi che il mandatario vada all’asta e dica di comprare il quadro per conto del prof Grasso che mi ha dato l’incarico, lo può fare? Certo che si: la natura gestoria di quest’attività è \_\_\_51:52 quindi ha eseguito l’incarico, quindi quando ha comprato quel quadro, quel quadro lo richiedo io. Sono gli effetti propri dell’attività gestoria dettata in tema di mandato.
Vediamo gli art 1703 ss.

ART 1706- ACQUISTI DEL MANDATARIO: Il mandante può [rivendicare](http://www.brocardi.it/dizionario/3280.html) le [cose mobili](http://www.brocardi.it/dizionario/1126.html) acquistate per suo conto dal mandatario che ha agito in nome proprio , salvi i diritti acquistati dai terzi per effetto del [possesso di buona fede](http://www.brocardi.it/dizionario/1502.html). Se le cose acquistate dal mandatario sono [beni immobili](http://www.brocardi.it/dizionario/3575.html) o [beni mobili](http://www.brocardi.it/dizionario/1126.html) iscritti in [pubblici registri](http://www.brocardi.it/dizionario/1128.html), il mandatario è obbligato a ritrasferirle al mandante. In caso d'[inadempimento](http://www.brocardi.it/dizionario/4835.html), si osservano le norme relative all'esecuzione dell'obbligo di contrarre

Dunque il mandante può rivendicare le cose mobili acquistate per suo conto dal mandatario che ha agito in nome proprio. Se c’è il mandato di rappresentanza, l’acquisto viene fatto direttamente da parte del soggetto di cui si è spero il nome perchè c’è anche la procura, ma se il mandato è senza procura ciononostante se sono cose mobili il mandante può comunque rivendicarle, e se sono cose immobili sorge l’obbligo per il mandatario di trasferirle. Ed è un obbligo di trasferimento che può essere eseguito dal 2932 che serve a eseguire anche il contratto (non terminato?). Sono conseguenze importanti per il mandato, e che però presuppongono il fatto che il mandatario abbia agito come mandatario. Abbia cioè posto in essere un’attività per conto. Allora quando il mandatario dichiara di agire per conto, non c’è problema. Ma quando non lo dice? Lo deve dire per forza che è il mandatario? Anzi, potrebbe darsi che sia proprio il mandante ad imporgli di non dirlo, per ragioni fiscali o altre ragioni. Il prof propone un esempio di un collezionista di quadri, conosciuto da tutti nell’ambiente. E in ragione di un’asta per un quadro da lui molto ricercato, magari il venditore preferisce vendere a quel collezionista in ragione della possibilità di vendere a un prezzo più alto. Pertanto il collezionista manda l’amico ad acquistare il quadro a qualsiasi cifra, ma senza fare mai il suo nome per non doverlo pagare di più. Quindi acquista. Ma non può succedere che il collaboratore amico, acquistando il quadro, poi voglia tenerlo per sè?
Ma Se acquista per conto, ci sono le conseguenze del 1706. Al contrario, non acquistando per conto, non subisco quelle conseguenze. Da qui si desume l’importanza. E’ un problema che prescinde da delegazione ed espromissione ma in quella occasione si prospetta questo problema e qui lo risolviamo, ma è un problema di ordine generale del contratto di mandato senza rappresentanza, perchè di quello stiamo parlando.
caso 1 >Il mandatario dichiara di essere mandatario: il mandato è senza rappresentanza, ma vi è una sorta di contemplatio domini perchè vi è il riferimento al soggetto per il cui conto si agisce. (->delegazione)
caso 2 >Attività gestoria posta in esere per conto di un altro ma senza dichiararlo, quindi senza quella sorta di contemplatio domini che abbiamo individuato nel caso di delegazione. [Attenzione: non è la vera contemplatio!! Perchè con la contemplatio domini vera c’è la procura, qui siamo al di fuori dell’ipotesi della procura. Perchè se io sono procuratore, non acquisto niente rispetto al debitore e il debitore assume di nuovo il debito di cui è già titolare.] E’ chiaro che quando parliamo di queste assunzioni che sono conseguenze dell’ esercizio di attività gestoria, parliamo di attività gestoria senza rappresentanza, dove però una volta la natura gestoria dell’attività è conclamata apertis vebis dallo stesso mandatario, altra volta invece la natura gestoria di quest’attività non è conclamata e allora da che cosa deve risultare? Perchè non è irrilevante il fatto che il mandatario abbia agito in qualità di mandatario o in proprio.
Allora qual è la soluzione? E’ chiaro che il problema debba trovare una soluzione.
La soluzione, si dice, è: innanzi tutto l’adempimento dell’obbligazione del mandatario è un adempimento un pò diverso dall’ordinario adempimento dell’obbligazione. L’adempimento dell’obbligazione normale è sorretta dal cd ‘animus prestandi’ ossia dall’intento di porre in essere quell’attività esecutiva. Quando il debitore esegue la prestazione non deve avere l’interesse o l’intenzione, giuridicamente rilevante, di estinguere l’obbligazione che sta pagando, ciò che conta è che vi sia la volontà del comportamento. La volontà non deve essere indirizzata all’estinzione dell’obbligazione (naturalmente è ovvio che il più delle volte io pago perchè intendo così pagare l’obbligazione, ma dal punto di vista del diritto, è irrilevante questo intento). Una volta che ho fatto l’adempimento posso impugnare l’adempimento? Dico ‘guarda scusa, io non volevo estinguere l’obbligazione, mi sono sbagliato’. Posso farlo? Chiaramente no. Non è che siccome manca la direzione della volontà, allora non si produce l’effetto estintivo il quale invece si produce indipendentemente perchè ciò che conta è l’animus prestandi ossia la volontarietà del comportamento (è ovvio che se io ti faccio pagare con una pistola puntata, l’adempimento non esiste) ma se io pago e pongo in essere quelle attività materiali che seguono all’adempimento, volute, questo è sufficiente, l’animus prestandi. Non l’intento di estinguere l’obbligazione. In altri termini: l’adempimento è un atto dovuto, non è un negozio giuridico in senso proprio. Un negozio giuridico in senso proprio è un negozio in cui le parti, o la parte, il soggetto, che emette la liberazione di volontà del comportamento volitivo deve avere una volontà degli effetti: il suo intento è rivolto alla produzione degli effetti, quindi si ha negozio giuridico quando io voglio gli effetti che si producono. Quindi se io, quando adempio all’obbligazione, devo volere anche l’effetto estintivo dell’obbligazione saremmo di fronte ad un negozio giuridico. E invece normalmente l’atto di adempimento non è negozio giuridico, è un atto giuridico, non un negozio. (importante sapere questa differenza!). Il negozio è anche un atto, però un atto giuridico particolare. A sua volta è anche un fatto. Fatti naturali (alluvione, avulsione..) e fatti umani (comportamenti umani: azioni, atti come azioni compiute) allora l’atto giuridico è un’azione compiuta che produce effetti. Il negozio giuridico è un particolare atto sorretto da qualcosa in più: dall’intento di produrre quegli effetti giuridici: ci vuole una volontà degli effetti altrimenti non è un negozio giuridico. Naturalmente non è detto che si debbano produrre esattamente gli effetti che uno vuole: possono prodursi anche effetti diversi che uno non conosce ma è necessario volere gli effetti, il negozio giuridico si caratterizza perchè è una manifestazione di volontà diretta alla produzione, estinzione, modificazione di un preesistente (atto giuridico?)
Il negozio giuridico è quel particolare atto atto giuridico, quindi quel particolare fatto umano, un’azione umana, un agire umano, che però è sorretto dalla direzione della volontà. Cioè, la volontà che sorregge quel comportamento è una volontà diretta alla produzione dell’effetto. Allora, l’atto dell’adempimento: io sono tenuto a pagare 1000 entro il 25 ottobre, se pago quel giorno, l’atto di pagamento che atto è? E’ un atto giuridico? Certo! Ma non è un negozio giuridico e quindi io non lo posso impugnare: se è un atto c’è una certa disciplina, se è un negozio, ve n’è tutt’altra per cui io posso impugnarlo con quelle modalità che sono tipiche del negozio giuridico (errore, violenza, dolo, vizio del volere). Quando l’atto non è un negozio allora è diverso perchè è irrilevante il vizio del volere perchè la volontà non è rivolta alla produzione dell’effetto, la volontà è relazionata alla volontà del comportamento che c’è sempre (a meno che le cose non si facciano da ubriachi). Ogni atto umano è di per sè un atto volontario perchè è il concretarsi di una azione umana che in quanto azione umana proviene dal nostro cervello. Però una cosa è la volontarietà dell’azione in sè, altra cosa è la volontarietà dell’azione in quanto riporta la volontarietà dell’effetto giuridico.
Allora quando stiamo parlando dell’adempimento di un’obbligazione, normalmente si dice che non c’è bisogno della volontà degli effetti: ciò che conta è la volontarietà del comportamento umano in cui consiste quell’azione. Per cui tutte le norme dettate a salvaguardia della corretta formazione della volontà in questo caso non si applicano perchè non sussiste la volontà degli effetti, l’effetto si produce indipendentemente dalla volontà. Dire ‘indipendentemente’ dalla volontà non significa che è contraria alla volontà, significa che è irrilevante, che non devo andare a verificare se c’è la volontà dell’effetto quindi quando ricevo il pagamento non devo andare a verificare la volontà di estinguere quel obbligazione. Quello che mi interessa è che ci sia l’animus prestandi, cioè che ci sia stato quel comportamento umano volontario.
Allora, tutte le obbligazioni che vengono eseguite, sono caratterizzate dal fatto di essere atti dovuti: caratterizzate dal fatto che c’è dentro l’animus prestandi. Quando invece si tratta di una obbligazione ex mandato, cioè quando si tratta di una obbligazione in capo al mandatario, il mandatario per estinguere l’obbligazione deve voler eseguire proprio quell’obbligazione ex mandato: ci vuole la volontà dell’effetto, il mandatario che esegue l’incarico, deve voler eseguire il mandato in quanto incarico ricevuto. L’atto di adempimento quindi ha natura negoziale ed è sorretto non dal mero animus prestandi ma da un altro intento che si chiama ‘animus solvendi’ cioè la volontà deve essere rivolta alla estinzione dell’obbligazione cioè io mandatario devo avere l’intento, nel momento in cui eseguo il comportamento, proprio di eseguire quel comportamento in qualità di mandatario.
Quando si parla di mandato, la obbligazione del mandatario, diversamente da quella di qualsiasi altro debitore, viene eseguita attraverso un comportamento esecutivo dell’obbligazione che deve essere sorretto non soltanto con l’animus prestandi ma da un di più, dall’animus solvendi. Quindi si avrà attività esecutiva del mandato quando il mandatario avrà voluto eseguire: quando, cioè, il mandatario avrà posto in essere un comportamento in cui risulta la sua intenzione di porre in essere l’incarico ricevuto. Abbiamo risolto il problema? No, però siamo vicini, perchè quando si tratta di individuare l’intenzione, cosa che succede in tanti casi di diritto civile, animus possidendi – animus \_\_1:13:27 quando noi parliamo di questi animus noi intendiamo l’intenzione. Come si fa a valutare l’intenzione di una persona? Con un esame psicanalitico? Capire la reale intenzione di una persona è difficile, dal punto di vista psicologico e neurologico non ci riguarda. Dal punto di vista giuridico come si fa? Si fa allo stesso modo sempre, ogni volta che si parla di animus: non è che bisogna fare una ricerca della psiche, l’intenzione di deve concretare in dei comportamenti, deve risultare da come io mi sono comportato. L’intenzione non è mai interna intenzione: è un’intenzione che si esprime, che si manifesta, che appare, e che dunque è ricavabile dai comportamenti e dalle circostanze. Quindi non un interno volere che è insondabile ma quel volere, quella volontà rivolta alla produzione dell’effetto che risulta dalle circostanze e dal comportamento. Ci stiamo avvicinando alla soluzione. Il problema è riuscire a dimostrare che dalle circostanze e dal comportamento oggettivamente tenuto dal soggetto si può ricavare l’intento solutorio per l’incarico ricevuto. Anche se poi l’interno volere della parte è diverso: io sono andato lì e ho voluto tenere l’oggetto per me perchè me ne sono innamorato, ma è l’interno volere che ci interessa? Ci interessano le circostanze: il fatto che sono andato lì ad acquistare per un altro, il fatto che sono andato lì a fare una certa attività che faccio normalmente professionalmente (vado alle aste per conto altrui) e l’oggetto è proprio quello che mi è stato indicato ed è stato pagato nei limiti che mi sono stati segnalati dal mandante. Dunque, io attraverso delle presunzioni, posso provare (le prove costituiscono un altro grande cavillo del d. civile: la prova del fatto e nel caso di specie la prova dell’adempimento sorretto dananimus solvendi). Come posso darla questa prova? Con un documento, o con prove testimoniate. Oppure con presunzioni: si presume che sia così perchè è ragionevole pensare che sia così, date le circostanze.
Lo stesso si dice per l’animus possidendi. Animus possidendi e animus debendi sono cose diverse: il possesso consente l’usucapione, la detenzione no. Si distingue l’animus, e come si distingue?
Innanzi tutto bisogna capire cosa si intende per Animus: il pensiero quando esce da noi e diventa percepibile dagli altri divenendo comportamenti che sono animati da quel pensiero, diventa giuridicamente rilevante. Allora qual è l’animus possidendi? Se io mi comporto pubblicamente come proprietario, allora probabilmente ho l’intento di possedere come proprietario, ragionevolmente e lo desumo da questi comportamenti: sono presunzioni (pago le tasse, ho fatto lavori di restauro). Sono comportamenti che possono sembrare neutri in astratto ma in concreto ho detenuto materialmente la res con l’intento di diventarne proprietario, ma non perchè io penso di essere proprietario ma facendo cose da proprietario.
E’ un problema generale: ogni volta che diciamo animus è così. E così con l’animus solvendi che è dentro di noi, ma nel momento in cui si esterna in comportamenti assume rilevanza a seconda delle circostanze. Non è la stessa cosa se un comportamento io lo tengo a casa mia o se lo tengo \_\_\_1:20:47 , se lo tengo autonomamente o se sono andato lì perchè qualcuno mi ha invitato ad andarci e allora presumibilmente mi sono mosso come mandatario e allora non posso cambiare idea e appropriarmi del bene perchè l’ho comprato io anzichè eseguire l’adempimento ex mandato.
Il fatto che tu hai voluto soddisfare una tua esigenza, è irrilevante per il diritto: ciò che conta per il diritto è che date le circostanze (il ricevimento di quelle indicazioni, la persona che fa professionalmente quel mestiere) tutti questi elementi indiziari, sono presunzioni semplici vincibili con presunzioni contrarie, contengono ragionevolezza ed è ragionevole presumere come è ragionevole presumere che chi ha un fondo rustico lo coltiva, ne paga le tasse, paga l’imu allora è ragionevole presumere che vi sia l’animus possidendi.
Allora nel caso della espromissione il fatto che l’espromittente non dichiari di agire come mandatario, quindi non vi è quella contemplatio domini che abbiamo visto nella delegazione, non impedisce al mandatario di agire con l’actrio mandati contratia sempre che il suo comportamento sia esecuzione di quel mandato e come si capisce? se è sorretto dall’animus solvendi la cui presenza si desume da ciò che abbiamo illustrato fin’ora.

Lezione 22 ottobre ’14

Abbiamo detto ieri della distinzione tra delegazione ed espromissione, siamo giunti a dei risultati definitivi e finali. La distinzione tra delegazione ed espromissione è data dalla ***causa*** del contratto delegatorio e dalla causa del contratto espromissorio.

Il contratto delegatorio🡪 è quel contratto tra assuntore e creditore , è caratterizzato dal richiamo al mandato, all’”agire per conto”. L’assuntore dichiara di assumersi il rapporto di valuta perché a tanto è stato chiamato incaricato dal delegante. E’ questa la ragione causale della delegazione.

Nella espromissione🡪invece l’assuntore e il creditore convengono che l’assuntore assumerà il debito del debitore originario , del debito di valuta nei confronti del creditore espromissario, ponendo a fondamento causale di questo suo intento l’assunzione del rapporto di valuta.

*Quindi non rileva ciò che è prima nel contratto*; non si può dire che l’espromissione si distingue dalla delegazione perché mentre nella delegazione vi è la fase preliminare caratterizzata dal mandato, nella espromissione mancherebbe questa fase.

Tutto questo che si è detto è irrilevante ai fini della individuazione, della identificazione della espromissione rispetto alla delegazione.

 Anche nella espromissione ci può essere questa fase preliminare caratterizzata dal mandato!🡪ciò che conta è che questo mandato resta interno, non viene cioè comunicato all’espromissario,non viene posto a fondamento causale dell’assunzione nei confronti dell’espromissario.

Questo significa che quando c’è il mandato anche nell’espromissione (come il più delle volte capita) l’espromittente ,che abbia il diritto di ottenere il rimborso di quanto ha pagato all’espromissario, potrà agire in rivalsa per ottenere dal debitore espromesso la restituzione di quanto pagato all’espromissario mediante l*’actio mandati contraria*, cioè l’azione che spetta al mandatario per ottenere dal mandante la restituzione delle spese che il mandatario ha dovuto affrontare ai fini dell’esecuzione dell’incarico ricevuto.

Abbiamo più volte detto che nell’espromissione🡪 la causa dell’espromissione è l’assunzione del rapporto di valuta. Abbiamo detto che nell’accollo🡪l’effetto dell’accollo che è idoneo a determinare la successione a titolo particolare nel debito, è quello dell’assunzione del rapporto di valuta; abbiamo detto che anche nella delegazione🡪(non sempre) ma possiamo avere delle ipotesi di delegazione in cui il delegato si assume per conto del delegante il rapporto di valuta.

Perché non sempre? Perché non sempre la delegazione è preordinata a determinare l’assunzione del rapporto di valuta. Potremmo avere la delegazione “pura”, cioè la delegazione che non fa riferimento ad un rapporto di valuta da assumere, che si esaurisce con il fatto che il delegato promette un’attribuzione patrimoniale in una certa data al delegatario per conto del delegante.

Anche qui siamo in presenza di una delegazione..anzi proprio la presenza di questa ipotesi ci ha indotto, ricorderete, ad approfondire la conoscenza del profilo causale e dal profilo causale della delegazione ci siamo resi conto che la causa della delegazione🡪ciò che caratterizza funzionalmente la delegazione è questo richiamo al mandato è sufficiente a giustificare la promessa di una prestazione che il delegato fa al delegatario per conto del delegante.

 È sufficiente per lo meno nella fase della costituzione del debito del delegato nei confronti del delegatario o nella fase del pagamento del debito del delegato al delegatario nella delegazione di debito. Successivamente però c’è bisogno di integrare questa *causa generica* con le *cause specifiche* che hanno indotto da una parte il delegatario a ricevere la prestazione, dall’altro il delegato ad assumersi il debito.

Quindi mentre:

-nell’espromissione abbiamo sempre l’assunzione del rapporto di valuta,

- e nell’accollo abbiamo sempre l’assunzione del rapporto di valuta, (a meno che l’accollo non sia novativo)

-nella delegazione non abbiamo sempre l’assunzione del rapporto di valuta; possiamo averla o no, a seconda di qual è lo scopo per cui il delegante organizza questa operazione giuridica che si chiama delegazione. Può darsi che il delegante sia debitore del delegatario e voglia con la delegazione che il peso del debito si trasferisca, dalle sue spalle su quelle del delegato, e vuole che si trasferisca proprio quel debito del debito originario di valuta. Abbiamo in questo caso una delegazione “titolata” rispetto alla valuta che è preordinata a determinare l’effetto dell’assunzione del rapporto di valuta.

Ma possiamo trovarci di fronte ad ipotesi in cui la delegazione non persegue questo scopo , il delegante non realizza questa sua esigenza , realizza altre esigenze. Magari il delegante non è neanche debitore del delegatario , tuttavia vuole fargli pervenire un’attribuzione patrimoniale non perché vuole in tal modo eseguire, adempiere al rapporto di valuta ( sia pure indirettamente attraverso la collaborazione del delegato) ma per altre ragioni che saranno sottostanti nel rapporto di valuta concreto e che saranno poi esaminate al momento opportuno, cioè dopo il pagamento.

Quindi mentre nell’espromissione noi abbiamo sempre l’assunzione del rapporto di valuta, mentre nell’accollo abbiamo sempre l’assunzione del rapporto di valuta (a meno che l’accollo non sia novativo) nella delegazione non abbiamo sempre l’assunzione del rapporto di valuta.

Possiamo averlo o possiamo non averlo. Lo abbiamo🡪 quando si verifica quella ipotesi tipica che viene discussa e descritta nei manuali istituzionali, del debitore il quale vuole liberarsi del debito originario di valuta e dunque fa questa operazione triangolare per adempiere indirettamente, utilizzando come strumento del’adempimento il terzo mandatario.

Ci può essere dunque una delegazione costruita per ottenere come effetto l’assunzione del rapporto di valuta, ci può essere invece la delegazione costruita in maniera diversa. E proprio per questo noi non diciamo che la causa della delegazione è l’assunzione del rapporto di valuta sia pure per conto.

Quello che conta non è il fatto che si possa anche assumere il rapporto di valuta per contro di un altro..NO. Ciò che conta è che il debito e il pagamento , il debito che viene assunto dal delegato, il pagamento effettuato dal delegato (delegazione di debito e delegazione di pagamento ) è giustificato dall’agire per conto e basta. Questa è quella …. (9.37) effettuale che caratterizza la delegazione, il resto non è caratterizzante della struttura e della funzione della delegazione.

Allora abbiamo l’assunzione del rapporto di valuta con l’espromissione , l’assunzione del rapporto di valuta con l’accollo, l’assunzione del rapporto di valuta con la delegazione preordinata a determinare questi effetti. Cioè la delegazione titolata rispetto alla valuta.

Ora che cosa caratterizza l’*assunzione del rapporto di valuta?* Che significa assumere il rapporto di valuta?

Vediamo di essere più consapevoli di questa parola.

“Assumere il rapporto di valuta”🡪significa farlo proprio, prenderlo su di sé.

Etimologicamente cosa significa assumere? Prendere sulla soma, il collo, la schiena , su cui si carica un peso.

L’assuntore è colui che si assume, che prende sul suo collo, sulla sua soma, sulla sua schiena, in maniera meno figurata sul suo patrimonio giuridico, un debito altrui verso il creditore.

Ciò che caratterizza questi negozi che noi adesso stiamo esaminando (delegazione, espromissione e accollo) è che sono tutti caratterizzati da un **unico effetto** , in alcuni casi essenziali ed in alcuni casi eventuali cioè nella delegazione.

Ma anche nella delegazione quando vi è l’effetto del l’assunzione del rapporto di valuta questo effetto è *uguale* a quello che si determina nel caso di espromissione e nel caso dell’accollo: cioè in che consiste questo effetto? Consiste nel prendere su di sé, *verso il creditore* ,il peso originario.

Perché sottolineo questo aspetto anche col tono di voce per richiamare la vostra attenzione “VERSO IL CREDITORE”? Perché l’assunzione che rappresenta l’effetto della delegazione titolata rispetto al rapporto di valuta, nell’espromissione e nell’accollo, è sempre un’assunzione verso il creditore.

Perché insisto? Perché come abbiamo visto che esiste anche un’assunzione che non è verso il creditore, ma è nei rapporti interni.

Per esempio nell’accollo interno🡪vi è l’assunzione verso il creditore?No, vi è l’assunzione nei rapporti interni, cioè l’accollante prende su di sé il peso economico e giuridico del debito ma non verso il creditore, bensì verso l’accollato. L’accollo dunque resta interno tra accollante e accollato, perciò è interno.

Quindi noi possiamo avere un’assunzione INTERNA del debito e un’assunzione ESTERNA.

 Quello che ci riguarda e che caratterizza la delegazione, l’espromissione e l’accollo è l’assunzione esterna🡪verso il creditore.

Noi abbiamo la delegazione titolata rispetto alla valuta quando ,a seguito dell’accordo tra delegato e delegatario, si determina l’assunzione del rapporto di valuta verso il creditore.

Abbiamo espromissione quando l’accordo tra espromittente ed espromissario ,basato sull’intento di assumersi il rapporto di valuta, produce l’effetto dell’assunzione del rapporto di valuta originario in capo all’espromittente nei confronti del creditore. L’accollo è la stessa cosa.

Quindi **assumersi il debito altrui** 🡪(come delegato,espromittente, accollante) significa farlo proprio , assumerlo, prenderlo su di sé, verso il creditore. Dunque diventare ,verso il creditore, debitore.

L’accollante🡪diventa debitore dell’accollatario

L’espromittente🡪 diventa debitore dell’espromissario

Il delegato🡪debitore del delegatario ( quando vi è ovviamente la delegatio promittenti )

Vi ho già fatto notare che questa assunzione esterna del debito, che caratterizza l’effetto della delegazione titolata rispetto alla valuta, espromissione ed accollo, e che per quanto riguarda questo profilo effettuale della delegazione, espromissione ed accollo, in pratica fanno parte della stessa categoria; sono congegni negoziali preordinati a produrre l’effetto giuridico dell’assunzione del rapporto di valuta , preordinati cioè all’assunzione del rapporto di valuta verso il creditore .

Questo risultato è cosa diversa dall’assunzione interna del debito , sono 2 cose diverse. Una cosa è l’assunzione interna del debito ,altra l’assunzione esterna del debito.

Coincidono questi 2 profili? Non necessariamente. Noi possiamo avere un’assunzione esterna del debito ma non un’assunzione interna del debito, cioè l’assuntore non prende su di sé il debito originario anche nei confronti del debitore originario . Che significa questo?

Che il peso definitivo del debito non si è trasferito addosso a lui definitivamente 🡪 nei rapporti interni il peso del debito è tutto ancora in capo al debitore originario.

Tanto è vero che l’assuntore successivamente al pagamento potrà agire in rivalsa nei confronti del debitore originario e ottenere la restituzione. Quando succede questo?

Succede in tutte quelle ipotesi di delegazione ed espromissione in cui l’assuntore vuole crearsi una *ragione di credito* nei confronti del debitore originario. Che significa questa frase?

Vuole per esempio prestargli il danaro, vuole anticipargli i mezzi per l’esecuzione della prestazione, attraverso un finanziamento.

Se io pago oggi con soldi miei una cosa tua e poi mi rivarrò nei tuoi confronti tra 1 anno oppure a rate nei prossimi 5 anni , evidentemente ti ho finanziato l’operazione . Perché lo faccio? Perché voglio costituirmi una ragione di credito. Voglio diventare tuo creditore del rimborso della somma. Perché ? Perché io professionalmente faccio il finanziatore , guadagno. Si può fare facendo una delegazione, un’espromissione? Sì. Io ho costruito e adottato un congegno negoziale trattasi di assunzione espromissoria , trattasi di assunzione delegatoria, che determinano l’effetto dell’assunzione del rapporto di valuta verso il creditore ma non nei rapporti interni.

Quindi una cosa è il profilo esterno del’assunzione, altra cosa è il profilo interno dell’assunzione.

Questi 2 profili non devono necessariamente coincidere, se non nell’ACCOLLO. Perché?

Perché nell’accollo l’assunzione del rapporto di valuta è corrispettivo di un acquisto, è il prezzo di un acquisto. Io per assumermi il debito tuo ho ricevuto un corrispettivo. Quale? Ho ricevuto un immobile . Quindi quella assunzione del debito si inquadra in un’operazione causale più complessa, che presuppone il fatto che il peso economico del debito sia stato spostato dal debitore originario al nuovo debitore, definitivamente. Giacchè il nuovo debitore è vero che si assume il debito verso il creditore ,ma lo ha fatto dietro corrispettivo, quindi ha avuto dal debitore un corrispettivo, un prezzo, che giustifica il fatto che egli ha preso definitivamente su di sé il peso economico del debito.

Con riferimento all’accollo non si può immaginare che l’accollante vuole acquistare una ragione di credito nei confronti dell’accollato. L’accollante non può avere questa esigenza , non ha una ragione di credito verso l’accollato. Egli ha ottenuto già lo scambio; ha realizzato con l’accollo lo scambio. Io mi assumo il debito, tu mi dai l’appartamento. Non si può creare nessuna ragione di credito perché l’accollo è questo: è inserito in una operazione più complessa di cui rappresenta un segmento.

Quindi mentre nella delegazione e nella espromissione noi possiamo individuare una discrasia tra assunzione esterna del debito ed assunzione interna del debito,

nel caso dell’accollo🡪vi è perfetta ***simmetria*** tra questi 2 profili. All’assunzione esterna del debito corrisponde sempre l’assunzione interna del debito. Perché l’assunzione esterna del debito è essenzialmente espressione di questo scambio interno che c’è stato e che ha prodotto per l’accollante l’acquisto di un debito precedentemente dell’accollato , che l’accollato per trasferirgli gli ha anche pagato. “Per trasferirti il mio debito io ti ho pagato..cosa?ti ho dato un appartamento” , c’è uno scambio: io do una cosa a te, tu dai una cosa a me (contratto a prestazioni corrispettive). La mia prestazione è trasferimento dell’immobile, la tua prestazione è prenderti il peso del mio debito!

Quindi questo è il senso dell’accollo, non può che essere questo. Inanzitutto questo, poi siccome tu ti prendi il peso del debito all’interno prenditelo anche all’esterno , a me conviene che tu te lo prendi anche all’esterno, visto che io ho subìto un sacrificio in questo debito, mi fa piacere che tu sia debitore nei confronti del mio creditore accollatario.

E questo mi libera di più, mi fa vivere più tranquillo, io ho trasferito il peso del debito e il soggetto che ha acquistato questo debito,l’accollante diventa debitore dell’accollatario. Per cui il creditore accollatario può chiedere il debito a lui e questo mi giova.

Quindi nell’accollo, proprio per i profili causali non è possibile immaginare che l’assuntore abbia assunto il debito perché voglia precostituirsi delle ragioni di credito verso l’accollante. Non è così perché proprio la struttura dell’intera operazione giuridica in cui è inserita l’accollo, impedisce una conseguenza di questo genere. Sicchè è del tutto evidente che nel caso dell’accollo, all’accollo esterno corrisponde sempre l’accollo interno .

 Magari le parti si sono accordate; potrebbe esserci un accollo interno che non è anche accollo esterno , o perché le parti lo hanno voluto soltanto come accollo interno ,oppure perché le parti pure avendolo voluto come accollo esterno non riescono a raggiungere questo obiettivo perché l’accollatario non aderisce all’accollo esterno.

Quindi possiamo avere un accollo interno che non produce un accollo esterno o che non vuole produrre un accollo esterno ma non possiamo immaginare un accollo esterno (e cioè un accollo in cui l’assunzione del debito avvenga nei suoi profili esterni nei confronti del creditore) che non corrisponda anche e inanzitutto ad un accollo interno.

Quindi la delegazione, l’espromissione, l’accollo sono congegni negoziali che per questi profili, per questo effetto cioè l’assunzione del rapporto di valuta (che è essenziale nell’espromissione e nell’accollo ed eventuale nella delegazione ma quando c’è ,è uguale a quello che succede nell’espromissione e nell’accollo) per questo profilo effettuale questi congegni negoziali appartengono ad una categoria che noi possiamo valutare *unitariamente🡪*perché sono tutti congegni negoziali preordinati a determinare l’effetto dell’assunzione del rapporto di valuta . L’effetto è sempre lo stesso, o che venga fatto con la delegazione o con l’espromissione o con l’accollo. Qual è questo effetto? Consiste nel prendere su di sé da parte dell’assuntore il debito originario verso il creditore.

Naturalmente il fatto che questo effetto sia sempre uguale nella delegazione titolata rispetto alla valuta, nell’espromissione e nell’accollo , non significa che via sia coincidenza tra questi congegni negoziali. Perché una cosa è l’accollo , una cosa è l‘espromissione , una cosa è la delegazione. Da che punto di vista? Dal punto di vista degli *interessi* che si realizzano.

Nell’espromissione l’unico interesse che si realizza l’assunzione del rapporto di valuta; nella delegazione invece l’assunzione del rapporto di valuta non è l’unico interesse. Perché? Perché in realtà questa assunzione del rapporto di valuta viene fatta per conto di un altro. Quindi questo assumersi il rapporto di valuta è inquadrato in un’altra prospettiva più ampia, che è quella di procurarsi la collaborazione del debitore.

Ancor di più nell’accollo, poiché l’assunzione del rapporto di valuta nell’accollo è allegato in un piano di interessi molto più complesso . che come abbiamo visto quell’accollo, il cui effetto consiste nell’assunzione del rapporto di valuta rappresenta il segmento di un piano di effetti molto più ampio, perché coinvolge un contratto di cui l’accollo è soltanto clausola, una modalità.

Quando noi vogliamo un accollo ,inserendolo nel contratto contratto di compravendita, evidentemente io non voglio solo l’assunzione del rapporto di valuta. Voglio che l’assunzione del rapporto di valuta venga vista in funzione del corrispettivo ricevuto, cioè voglio fare *qualcosa in più*. Se io volessi fare solo l’assunzione del rapporto di valuta dovrei fare che cosa? L’espromissione!

Perché l’unico congegno negoziale che ha come causa tipica la mera assunzione del rapporto di valuta è l’espromissione. Quindi l’espromissione si esaurisce nell’assunzione del rapporto di valuta. La delegazione no. È ancor più complessa.

 Perché nell’accollo questa assunzione del rapporto di valuta è inserito in un quadro più complicato, in un piano di interessi più articolato, in una situazione effettuale più complessa. Le parti non intendono soltanto produrre l’assunzione del rapporto di valuta vogliono produrre pure altra cosa: vogliono produrre il trasferimento dell’immobile , vogliono anche altro. Quell’assunzione del rapporto di valuta è in funzione di quest’altra.

Questa è una cosa importantissima da dire🡪 l’assunzione del rapporto di valuta quando viene fatta con l’accollo è in funzione di tutto il resto. Tanto è vero che la causa dell’accollo è la causa del rapporto di provvista , tanto è vero che la posizione dell’accollante è sempre causalmente connessa alla provvista e su questo ci siamo dilungati. Il che significa dire che anche nei confronti del creditore accollatario io posso far valere i difetti funzionali della provvista. Che significa allora?

Che anche nei confronti del creditore accollatario “guarda che io mi assumo il rapporto originario di valuta e per questo effetto prendo su di me il debito originario e divento così come se fossi espromittente o delegato. Però io non voglio solo l’assunzione del rapporto di valuta, voglio l’assunzione del rapporto di valuta in funzione dell’acquisto dell’appartamento. Tanto è vero che se questo non avviene io non ti pago. L’assunzione non c’è più , me ne vado, si estingue l’effetto traslativo”.

Vedete come il medesimo effetto quando viene calato nella realtà della delegazione, nella realtà dell’espromissione, dell’accollo diventa sempre lo stesso effetto in sé e per sé ma il contesto diventa diverso.

Una volta io voglio una cosa più ampia dell’assunzione del rapporto di valuta che è l’attuazione del mandato , procurarmi la collaborazione di un soggetto. Lo scopo della delegazione è questo:io voglio che il soggetto sia mia strumento per fare alcune cose. È tipico del mandato, io voglio realizzare un’attività di cooperazione giuridica con la delegazione. Tanto è vero che questo elemento del mandato è comunicato anche al delegatario perché nel contratto di assunzione delegatoria sia il delegato sia il delegatario pongono a fondamento causale del contratto l’agire per conto, cioè lo iussum delegatorio, cioè il mandato.

Immaginiamo una delegazione titolata rispetto al rapporto di valuta, anche qui nella delegazione titolata rispetto al rapporto di valuta non è che io ho voluto l’assunzione del rapporto di valuta e basta, altrimenti facevo l’espromissione. Ho voluto l’assunzione del rapporto di valuta in funzione dell’attuazione del mandato.

Tanto è vero che questo mandato, questo iussum delegatorio penetra nella struttura del contratto di assunzione delegatoria e ne diventa addirittura la causa, fondamento causale , l’assunzione. E la mancanza di questa causa sia generica che funzionale, dunque la mancanza generica o funzionale del mandato è ovviamente OPPONIBILE al delegatario. Perché? Perché quando il delegatario ha accettato di concludere il contratto di assunzione delegatoria ovvero quando ha accettato il pagamento del delegato in quanto delegante nella delegatio promittenti, ha evidentemente accettato che quel comportamento fosse in esecuzione di un contratto di mandato. Ho accettato che Tizio che svolge quel ruolo lo faccia in qualità di mandatario e che dunque tutto quello che sia stato fatto, è stato fatto perché si è voluto soddisfare un’esigenza del delegante.

Allora vedete anche qui, nella delegazione preordinata a produrre l’effetto dell’assunzione del rapporto di valuta ,noi non abbiamo una situazione uguale a quella che si ha nell’espromissione . Perché nell’espromissione io voglio solo l’assunzione del rapporto di valuta sic et simpliciter e NULLA posso opporre al creditore espromissario di diverso e di estraneo.

C’è stato prima questo mandato, questo mandato è nullo. Posso opporre questa nullità? No, perché? Perché pur essendoci mandato, questo mandato nell’espromissione lo tengo segreto perché invece ho elevato a causa dell’operazione l’assunzione del rapporto .

Allora mentre nel caso dell’espromissione questa assunzione del rapporto di valuta caratterizza ed esaurisce l’intera operazione , (nell’accollo è una cosa ancora più vistosa) nella delegazione anche nel caso della delegazione preordinata a produrre effetti dell’assunzione del rapporto di valuta dunque della delegazione titolata rispetto alla valuta ,anche in questo caso non è che si vuole soltanto l’assunzione del rapporto di valuta altrimenti avrei fatto l’espromissione. Perché qui voglio l’assunzione del rapporto di valuta in funzione dell’attuazione mandato..perchè? perché evidentemente voglio spostare l’attenzione dell’operazione.

Quindi ciò che serve ,ciò che conta (e non a caso è la causa della delegazione) è questo, l’agire per conto. Con la delegazione io delegato mi voglio procurare la collaborazione di un mio alter-ego, di un mandatario che agisca. Questa è l’essenza della delegazione.

Allora anche quando la delegazione produce l’effetto dell’assunzione del rapporto di valuta comunque produce un effetto diverso; l’effetto è lo stesso in sé, però il contesto è diverso. Il piano degli effetti è diverso, la causa è diversa e la causa incide sul regolamento ovviamente, modella il regolamento negoziale in maniera diversa . Per cui lo stesso effetto calato in un’altra realtà diventa una cosa parzialmente diversa .

Dobbiamo capire questo perché altrimenti non capiamo fino in fondo, dobbiamo capire quali sono queste esigenze che si vuole realizzare con la delegazione, con l’espromissione e con l’accollo. Queste esigenze si colgono in riferimento al profilo causale che magari produce lo stesso effetto, in quanto l’assunzione del rapporto di valuta è sempre lo stesso (trasferimento del peso del debito nei rapporti esterni dal debitore originario al nuovo debitore ..poi faremo anche una distinzione).

Però una cosa è ch questo effetto lo produco con la delegazione, una cosa è questo stesso effetto lo produco con l’espromissione, una cosa è che questo stesso effetto lo produco con l’accollo. Perché?

Perché quando questo effetto io lo voglio produrre con la delegazione titolata rispetto alla valuta io non voglio soltanto l’assunzione del rapporto di valuta, altrimenti non avrei posto al delegato di proporsi come mandatario e di farsi accettare come mandatario dal delegatario.

Voglio che l’assunzione del rapporto di valuta venga fatta come esecuzione del contratto di mandato, voglio che l’assunzione del rapporto di valuta sia giustificata causalmente dall’agire per conto. Voglio che il delegato e il delegatario convengano tra di loro che il delegato prometta di pagare la valuta non perché vuole promettere ma perché a tanto è stato incaricato dal delegatario. Voglio questo, e naturalmente non lo posso valere io che organizzo l’operazione come delegante; lo deve volere il delegato che accetta e lo deve volere anche il delegatario che accetta la proposta del delegato di essere delegato e non espromesso.

Naturalmente per il delegatario sarebbe meglio non essere delegatario ed essere espromissario. Perché?

Perché siccome l’*ESPROMISSIONE* si esaurisce nella mera assunzione del rapporto di valuta , l’espromittente🡪 potrà eccepire all’espromissario soltanto le *eccezioni relative al rapporto di valuta.*

 Le eccezioni relative al rapporto di valuta preoccupano meno il creditore espromissario , rispetto ad altre eccezioni .. perché? Perché sono eccezioni relative ad un rapporto di cui egli è stato *artefice* ,di cui è titolare quindi conosce ciò che è accaduto in quel rapporto. Se è andato bene, se è andato male, cosa è successo. Perché lui è stato *protagonista*. Il rapporto di valuta è quel rapporto originario che ha costituito il debito dell’espromesso nei suoi confronti. Questo debito nasce dal contratto di compravendita : l’acquirente si obbliga a pagare un prezzo. Qual è il rapporto di valuta? È il rapporto obbligatorio tra il compratore e creditore ,relativo all’obbligo del compratore di pagare il prezzo. Qual è la causa? È la causa che sta nel contratto. Chi è che costituito questo contratto, che è “PARTE” di questo contratto? Il creditore!

Successivamente nel corso dell’accordo in attesa che scadano i termini dell’accordo, il creditore originario di questo rapporto incarica un *terzo* di pagare, di assumerlo come espromittente. Questo terzo si presenta dall’espromissario e conclude con l’espromissario un contratto di assunzione espromissoria, che è quel contratto caratterizzato dal fatto che le parti convengono come causa di questo contratto la mera assunzione del rapporto di valuta.

🡪Il terzo assuntore espromittente potrà opporre ovviamente all’ espromissario le *eccezioni relative al rapporto di valuta* . Ma quali sono queste eccezioni? Sono quelle fondate su quel contratto di cui il *creditore espromissario* è parte! E quindi che conosce, che sa quali sono.

SE invece dell’ espromissione si facesse una *DELEGAZIONE*🡪stesso esempio:io ti incarico, sono debitore di Tizio, gli devo 1 miione di euro perché mi sono comprato la sua villa a Capri, ti incarico di pagare e ti incarico di concludere una delegazione. Tu dal delegato vai dal delegatario e dici che vuoi assumerti il debito di 1 milione di euro per conto del delegante. È la stessa cosa? NO! Una volta abbiamo fatto l’espromissione, una volta abbiamo fatto la delegazione.

Ma c’è una differenza solo terminologica? C’è una ***differenza*** importante.. perché? Perché questa volta l’assunzione del rapporto di valuta che è effetto anche di questa delegazione titolata rispetto alla valuta , è però un effetto che non è “mero”, “solo”.. che si esaurisce. No! È un effetto che si collega causalmente all’agire per conto. Che significa questo?

🡪che il delegato potrà opporre al delegatario anche le eccezioni relative a cosa? *Le eccezioni relative al rapporto di mandato* , che magari non c’è, era annullabile.

Quindi vedete questa delegazione che magari è una delegazione titolata rispetto alla valuta ma astratta rispetto alla provvista ,per quanto sia astratta rispetto alla provvista, non è mai così astratta da escludere quelle conseguenze che ci siamo detti. Da escludere qual tanto, quel minimo di provvista rappresentato dal mandato. E quello non si può escludere perché tutta l’operazione è stata costruita così. Certo tu delegatario puoi dirmi che non ti sta bene, che non accetti. Ma se hai accettato questa operazione tu delegatario, perché il delegato è venuto da te a proporsi come delegato, non è che si è presentato come un terzo, altrimenti sarebbe stato adempimento del terzo (1180 c.c.) o espromissione.

Non ha fatto questo ha fatto un’altra cosa. Ha detto :”guarda io vengo in qualità di mandatario perché sono stato incaricato da Tizio tuo debitore allora io mi obbligo a pagare quel debito di valuta secondo le scadenze originarie, PER CONTO DEL DELEGANTE, questo è il punto. Perché io allora non ho fatto solo un’assunzione del rapporto di valuta; ho fatto un ‘assunzione del rapporto di valuta per conto. È quel “per conto” che determina la differenza, che significa che quel rapporto di valuta non esaurisce il profilo causale ed effettuale della delegazione. Con CONSEGUENZE DIVERSE PER IL CREDITORE delegatario, che si potrebbe vedere opporre queste eccezioni relative non alla provvista (perché magari nell’ipotesi e nell’esempio che vi ho fatto la delegazione non fa riferimento ai rapporti sottostanti , del perché il delegato ha accettato l’incarico)ma deve far riferimento all’incarico che accettato che è pur sempre in qualche misura, in una minima misura una “sorta di provvista”. Quella provvista è sempre riferibile al delegatario ,non che il delegato si assumesse il rapporto di valuta ma che se lo assumesse per conto , in esecuzione dell’incarico di mandato.

Dunque il mandato penetra nel contratto di assunzione delegatoria e si *comunica* al delegatario, che è parte e che ha voluto insieme al delegato la causa in questione, da cui può essere colpito ancora.

Perché Il delegatario chiede al delegato l’adempimento alla scadenza e il delegato può dire: “no guarda ma il mandato non esiste proprio, è stato annullato!”. Quindi non c’è più la causa.

Quindi vedete come la situazione si modifica e ancor peggio è per l’ACCOLLATARIO. Perché ? Perché una cos certa l’abbiamo vista nel 1273 c.c., cioè che l’accollante🡪sempre oppone *le eccezioni relative alla provvista.* Dunque l’accollo è sempre relativo alla provvista e dunque anche l’accollatario che aderisce all’accollo si espone alla provvista, cioè a tutti i difetti di quel contratto di compravendita di cui egli non sa proprio niente.

Es. accollo di mutuo inserito in un contratto di compravendita dell’appartamento. Creditore accollatario è il banco di Napoli, aderisce all’accollo , chiede l’adempimento all’accollante. L’accollante gli oppone che il contratto di compravendita si è risolto o che è rescindibile. Tutti questi problemi che sono propri del rapporto di provvista, l’accollatario li conosce? Può immaginare che ci siano ma non li conosce , perché non è parte di quel contratto, è estraneo. Che ne sa se ci sono ragioni per cui quel contratto sia rescindibile, risolubile, annullabile, nullo? Non lo può sapere perché è estraneo , non vi ha preso parte!

Allora vedete come è diversa la situazione del creditore espromissario, rispetto all’accollatario, rispetto al delegatario? Qual è il più *sicuro* dei 3? L’espromissario. Perché?

 Perché l’espromissario può subire soltanto eccezioni che attengono alla valuta, quindi eccezioni relative ad un rapporto di cui egli è parte , quindi in quanto parte è un rapporto che ben conosce e di cui può anche valutare la pericolosità. Il creditore banca rispetto alla vendita con accollo del mutuo , che ne sa della vendita che è stata fatta davanti al notaio?

Perché il legislatore ha previsto espromissione,delegazione e accollo e non ha previsto una sola cosa? Perché non ne ha previsto uno solo di questi rimedi triangolari? Perché il legislatore ha previsto questi istituti differenziandoli attraverso la *causa*, ancorchè l’effetto sia lo stesso.

Quando la causa cambia anche lo stesso effetto assume un significato diverso perché si cala dentro un contesto.

Nell’espromissione quell’effetto dell’assunzione del rapporto di valuta è l’effetto dell’assunzione del rapporto di valuta, basta. Esaurisce quel piano degli effetti, non c’è altro, perché coincide perfettamente con la causa. La causa è l’assunzione del rapporto di valuta? Sì, l’effetto è? L’assunzione del rapporto di valuta..chiuso.

In altri casi invece l’assunzione del rapporto di valuta è un effetto, che in quanto effetto è uguale a quello che si ha nell’espromissione, ma non esaurisce la causa perché la causa è più ampia.

*Accollo*: l’assunzione del rapporto di valuta esaurisce?No.

 Nell’esempio che vi ho fatto è il prezzo dell’acquisto dell’appartamento , dunque si inserisce nella causa, in quella vicenda e quella vicenda riverbera verso il creditore. Il creditore una volta che ha aderito e quindi diventa creditore dell’accollante, si può vedere opporre dall’accollante una serie di eccezioni e di difese fondate su un contratto che non conosce proprio del quale è totalmente estraneo, è terzo per definizione. Non sa niente. Certo deve aderire, ma aderire all’accollo non significa accettare il contratto (?), significa solo che voglio che quell’effetto si produca nei miei confronti.

 Resto sempre estraneo, non sono parte.

 E così anche nella *delegazione* titolata rispetto alla valuta, perché vi può essere anche il caso di delegazione in cui l’assunzione del rapporto di valuta non c’è, ovvero il caso di delegazione pura rispetto sia rispetto alla provvista che alla valuta.

La delegazione titolata rispetto alla valuta determina quell’effetto che è proprio lo stesso dell’espromissione. Ma è proprio lo stesso effetto? In quanto assunzione del rapporto di valuta nei confronti del creditore , l’effetto è lo stesso, ma si cala in un altro contesto cioè non realizza la causa dell’assunzione del rapporto di valuta. Realizza un’altra causa! Cioè la causa del mandato. E tutto questo che noi abbiamo detto determina una conseguente diversa posizione del CREDITORE nella delegazione, nell’espromissione e nell’accollo. La tutela del creditore delegatario è diversa dalla tutela del creditore espromissario, è diversa da quella del creditore accollatario.

L’unico congegno negoziale in cui l’assunzione del rapporto di valuta è totalmente astratta dalle ragioni interne , per cui è avvenuta, è l’*espromissione*.

 Perché le ragioni interne per cui l’espromittente si è assunto il debito sono irrilevanti. Perché l’hai fatto? Perché ho ricevuto un incarico. Perché l’hai fatto? Perché voglio fare un regalo. Perché l’hai fatto? Perchè voglio così attuare un accollo interno che ci sta con l’espromesso. Sono ragioni interne. Ma queste ragioni interne rilevano? NO, sono estranee al contratto espromissorio, non penetrano nel contratto. Perché? Perché la causa del contratto espromissorio è *soltanto* l’assunzione del rapporto di valuta. Io non voglio sapere perché tu ti assumi il rapporto di valuta con l’espromissario ,te lo assumi e basta.

Adempimento de terzo (1180cc) : non rileva perché il terzo paga, perché mi vuole bene, perché è la mia amante, mia moglie che mi vuole salvare dai debiti. Non rileva. Arriva il terzo con i soldi in mano e dice “io ti pago il debito di Tizio” e basta. Le ragioni interne non rilevano, le ragioni sottostanti che ci sono sempre .

Nella delegazione ,anche nella delegazione in cui non si richiama la provvista, le ragioni interne comunque rilevano in qualche modo, perché? Qual è il minimo di ragione interna che può non esserci nella delegazione?il fatto che io sto facendo tutto questo perché ho accettato l’incarico. Mi sono legato mani e piedi come mandatario al mandante e quindi sto eseguendo il mio compito di mandatario . questa ragione interna rileva perché? Perché diventa causa dell’operazione . Quindi una volta la causa dell’operazione è l’agire per conto, è il mandato ; un’altra volta la causa dell’operazione è la causa di un comune contratto più ampio, di cui di cui l’accollo è modalità; altra volta la causa dell’operazione è la mera assunzione del rapporto di valuta.

 A seconda di queste diverse cause quell’effetto che consiste nell’assunzione del rapporto di valuta è un effetto che si colora di qualcosa di diverso , pur essendo in sé e per sé uguale. Si colora di colori diversi, perché appunto realizza funzioni diverse. Una volta vuole realizzare funzioni più ampie, più complesse sul piano di interessi più articolati , altre volte vuole realizzare un piano di interessi meno articolato pur sempre che non si esaurisce nell’ assunzione del rapporto di valuta , cioè procurarsi la collaborazione giuridica di un cooperatore, di un mandatario, per cui la delegazione è sostanzialmente un’applicazione per adempiere ai termini di un mandato. È un mandato utilizzato per adempiere un’obbligazione, per assumersi il debito altrui o per diventare (55.56)

Altra volta invece , nell’espromissione, l’assunzione del rapporto di valuta esaurisce l’intero profilo causale , non c’è nient’altro. E quindi l’effetto è quello più *incolore* diciamo così, perché non si combina con quegli altri colori che abbiamo visto esserci più o meno densi nell’accollo e nella delegazione. L’effetto è la mera assunzione del rapporto di valuta, che realizza la causa. Il legislatore ha ritenuto questa causa, una causa sufficiente per reggere l’assunzione del rapporto di valuta, quindi la produzione di questo effetto. Tutta l’operazione qui pesa sulla valuta, ciò che rileva è la valuta. In altri casi anche se vi è l’assunzione del rapporto di valuta l’operazione non pesa sulla valuta perché c’è qualche altra cosa : o c’è il mandato o c’è il contratto più ampio in cui è inserito.

Una volta capito questo maneggiate espromissione, delegazione, accollo come pochi.

Fermiamoci per un po’ sul significato dell’*assunzione del debito altrui.*

Anche qui voglio farvi capire la necessità di svegliare le vostre intelligenze. Assumere il debito altrui cosa significa? L’ abbiamo già visto.. prendere su di sé.

Vi pongo questa questione 🡪Ma quando l’assunzione è *liberatoria o privativa* , questo trasferimento del peso del debito si vede, plasticamente è visibile; perché il debito era prima in capo a Tizio e poi lo prende su di sé l’assuntore, quindi l’assuntore succede a titolo particolare nel debito e sostituisce il precedente titolare. Quindi questo trasferimento del peso del debito nei rapporti esterni ,che è essenziale nell’assunzione del debito, questa assunzione del debito è visibile.

Però come sappiamo l’assunzione può essere sia liberatoria sia *cumulativa*, lo abbiamo detto con riferimento all’accollo. Sono nozioni generali che già conoscete, lo sapete che questo si ha anche con l’espromissione e anche con la delegazione. Ognuno di questi congegni negoziali tollera sia l’assunzione cumulativa, sia l’assunzione liberatoria.

Allora quando vi sia l’assunzione liberatoria, il fatto che vi sia il trasferimento del peso economico e giuridico del debito da A precedente titolare a B nuovo titolare che succede nella titolarità,si vede.

Ma quando invece non vi è questa sostituzione? Io prendo su di me, cioè faccio mio , proprio, su di me sul mio collo il debito originario ma il debitore originario continua ad essere debitore. In che consiste in questo caso l’assunzione del debito?

Che significa prenderlo su di sé verso il creditore, se l’assuntore acquista il debito ma resta nella titolarità del debito ***anche*** *il precedente debitore* (l’accollato, l’espromesso, il delegante)?

Chiaro il problema? È facile dire “assumersi il debito altrui significa farlo proprio verso il creditore”. Eh ma quando questo fare proprio nei confronti del creditore *non comporta la liberazione del debitore originario* , che significa farlo proprio verso il creditore , se quello resta ancora debitore? Com’è che lo faccio proprio quando resta ancora l’altro? Capite il problema?

Deve avere un *significato diverso* o per lo meno bisogna fare delle precisazioni che siano in grado di individuare questo trasferimento anche con rilevanza esterna verso il creditore, pure nelle ipotesi in cui l’assunzione sia cumulativa. E come si risolve il problema?

🡪Si risolve in questo modo: quando l’assunzione è cumulativa far proprio il debito originario da parte dell’assuntore verso il creditore significa che l’assuntore vuole diventare nei confronti del creditore debitore principale.

La responsabilità del debitore originario degrada a responsabilità sussidiaria. Ripete:Nel caso di assunzione cumulativa del debito come si fa a cogliere questo trasferimento del peso del debito da A a B, nei confronti del creditore originario , visto che A continua a essere debitore del creditore originario? Come si fa a cogliere questo trasferimento?

Si dice “assumere il debito altrui” quando l’assunzione è cumulativa significa🡪farlo proprio nel senso che verso il creditore originario si diventa DEBITORE PRINCIPALE. Mentre il debitore originario vede degradata a SUSSIDIARIA la responsabilità. Vediamo che significano queste cose.

Che significa diventare *debitore principale*?

Significa che il creditore nel caso di assunzione cumulativa deve chiedere l’adempimento prima al debitore principale e poi al debitore sussidiario.

Sapete che quando si determina l’effetto dell’assunzione cumulativa del debito, si crea tra assuntore e debitore un vincolo di *solidarietà passiva.* La regola generale della solidarietà passiva è quella della “libera electio”, la libera scelta questo significa. Libera scelta da parte del creditore, il quale rivolge la richiesta di adempimento a uno qualsiasi dei suoi debitori solidali; il debitore prescelto non può rifiutarsi di eseguire la prestazione. L’ adempimento di uno libera tutti gli altri, questa è la regola in tema di solidarietà passiva.

Ora nel caso della obbligazione solidale che si crea a seguito dell’assunzione cumulativa del debito invece questa regola non vale! Perché? Essendosi verificato l’effetto dell’assunzione cumulativa del debito , ciò significa che nei confronti del creditore , l’assuntore ha preso su di sé il peso economico e giuridico del debito nel senso che vuole diventare nei confronti del creditore (il creditore lo ha accettato così) DEBITORE PRINCIPALE!

🡪Il creditore quindi deve chiedere l’adempimento prima all’assuntore e poi al debitore originario, seguendo un ordine nella richiesta.

Del resto una regola di questo genere è contenuto nella *norma* che disciplina la *DELEGAZIONE*, quindi vi è un ancoraggio normativo a questa affermazione che io faccio:

* 1268 c.c. 🡪 se il debitore assegna al creditore un nuovo debitore, il quale si obbliga verso il creditore, il debitore originario non è liberato dalla sua obbligazione, salvo che il creditore dichiari espressamente di liberarlo.

“verso il creditore”: anche nella dizione del codice vedete c’è questo riferimento all’assunzione esterna e quindi l’assunzione del debito che è prodotta dalla delegazione, dall’espromissione e dall’accollo è un’assunzione esterna ; ci si assume il debito, lo si assume su di sé , ci si obbliga verso il creditore.

* 2°comma🡪 Tuttavia il creditore che ha accettato l’obbligazione del terzo non può rivolgersi al delegante, se prima non ha richiesto al delegato l’adempimento.

Quindi nel 2°comma del 1268 è prevista una *regola* dettata appunto per la delegazione cumulativa: il creditore che ha accettato l’obbligazione di un terzo non può rivolgersi al delegante (creditore originario) se prima non richiesto l’adempimento al delegato (l’assuntore) .

Quindi vedete vi è la norma che ci dice, che almeno per quanto riguarda la delegazione cumulativa, che il creditore delegatario nel caso di delegazione cumulativa deve eseguire un ordine nella richiesta dell’adempimento. Deve chiedere l’adempimento prima al delegato e poi al delegante. Perché?

Perché appunto il delegato in quanto si è assunto cumulativamente il debito (in quanto assuntore , cioè che si assume il peso economico e giuridico del debito nei confronti del creditore) è diventato verso il creditore, debitore principale. E l’altro diventa debitore secondario. Quindi si chiede l’adempimento prima al debitore principale e poi al debitore secondario.

Questa norma è dettata esplicitamente solamente per la delegazione cumulativa (2°comma 1268) però la dottrina ritiene che sia espressione di un PRINCIPIO GENERALE. Qual è questo principio generale? Appunto che l’assunzione cumulativa del debito deve esprimersi nel senso che l’assuntore prende su di sé il peso economico del debito verso il creditore, diventando verso il creditore , debitore originario. Quindi nel caso di assunzione cumulativa questo trasferimento cumulativo de debito noi lo vediamo nel fatto che l’assuntore diventa verso il creditore, debitore-principale. E il debitore originario ,che era debitore principale, diventa debitore-secondario , cioè sussidiario.

Quindi si dice proprio perché questa norma è un principio generale riguarda anche l’espromissione e l’accollo.

PROF.GRASSO🡪 ha un’idea diversa sul punto che si riserva quando spiegherà i suoi saggi .

RIEPILOGO: Quindi assumere il debito altrui significa farlo proprio verso il creditore. Farlo proprio verso il creditore quando l’assunzione è cumulativa significa diventare verso il creditore, debitore-principale. Come si fa a vedere che vi è stato il trasferimento?

-nel caso di assunzione liberatoria si vede plasticamente.

- per colui che entra come si fa a vedere che si è trasferito su di lui? Entra nello stesso rapporto obbligatorio, resta obbligato il debitore originario e però il peso del debito si è trasferito. Che significa? Come si vede questo fatto che si è trasferito? Si vede dal fatto che, essendosi trasferito su di lui verso il creditore ,diventa debitore principale verso il creditore. Quel tanto di trasferimento che si determina è dato dal fatto che acquista il peso del debito in via principale rispetto all’altro che invece la cui responsabilità viene degradata a sussidiaria. Vi è una traccia normativa ; bisogna sempre ancorare le nostre riflessioni ai dati normativi. C’è un dato normativo significativo che è il 1268 dettato per la delegazione cumulativa ma è evidente , per lo meno così si ritiene che sia espressione di un principio generale . Prof non lo considera così evidente perchè ritiene che non si applichi all’espromissione e all’accollo, ma ciò non significa che non sia d’accordo nel ritenere che l’assunzione cumulativa del debito comporti necessariamente la degradazione a sussidiaria della responsabilità del debitore originario e l’acquisto in via principale dall’assuntore.

Solo che questo si esprime non col beneficium ordinis di cui si parla nel 1268 ,ma di questo a suo tempo…

Quindi assumere debito altrui significa farlo proprio verso il creditore; farlo proprio verso il creditore significa diventare verso il creditore, debitore-principale.

Abbiamo fatto un passo avanti perché abbiamo parlato dell’assunzione del rapporto di valuta come effetto della delegazione quando è titolata rispetto alla valuta, espromissione e accollo. Cosa significano dal punto di vista effettuale questi 3 congegni negoziali, che si classificano per i profili funzionali, sicchè gli effetti ancorchè siano uguali tra di loro però calati nei singoli contesti funzionali assumono significati e valori diversi e discipline diverse; sappiamo cosa significa assumere il rapporto di valuta , significa farlo proprio , significa cioè acquistarlo, diventare titolare, spodestare il creditore originario quando l’assunzione è liberatoria. Quando l’assunzione è cumulativa io non spodesto nessuno, ma un po’ lo spodesto perché lo faccio diventare debitore sussidiario e io divento debitore principale.

Quindi è questo in cui si coglie il trasferimento de peso economico del debito verso il creditore . Io entro nel rapporto obbligatorio, divento obbligato ma lo prendo su di me rispetto a te perché rispetto a te ,debitore originario, divento debitore principale e la tua responsabilità degrada a sussidiaria; diventi responsabile dopo che l’adempimento sia richiesto a me.

**Lezione 27 ottobre 2014**

Riprendiamo il discorso interrotto mercoledì. Abbiamo parlato del significato dell’**assunzione del rapporto di valuta**. Assumere il debito altrui significa prenderlo su di sé, farlo proprio verso il creditore nei suoi profili per così dire “esterni”. Ciò che rileva è che chi si assume il debito diventa, verso il creditore, suo debitore.

Vi ho fatto notare che quando l’*assunzione* è *cumulativa*, assumere il debito altrui significa farlo proprio verso il creditore nel senso che verso il creditore si diventa debitore principale. Quindi, nel caso di accollo cumulativo, espromissione cumulativa, delegazione cumulativa, il creditore dovrà rivolgersi prima all’assuntore e poi al debitore originario, che non è più il debitore principale ma è il debitore secondario, viene degradato a debitore sussidiario. Vi ho detto anche che la delegazione, l’espromissione e l’accollo sono istituti diversi l’uno dall’altro, perché hanno funzioni diverse, però sono accomunati dal fatto che sono idonei a determinare il *medesimo effetto*, cioè l’assunzione del rapporto di valuta. Per la verità, per quanto riguarda la delegazione abbiamo precisato che l’assunzione del rapporto di valuta non riguarda sempre la delegazione, ma è un effetto che si produce soltanto quando la delegazione è voluta in questa direzione, cioè quando abbiamo una *delegazione titolata rispetto alla valuta*. Io delegante incarico il delegato di assumersi il mio rapporto originario di valuta nei confronti del delegatario per mio conto. C’è bisogno che l’incarico del delegante sia un incarico che abbia come contenuto l’assunzione del rapporto di valuta per conto del delegante, da parte del delegato, verso il delegatario.

Ma quando la delegazione è preordinata all’assunzione del rapporto di valuta, quindi quando si tratta di una delegazione titolata rispetto al rapporto, quando siamo in presenza di un’espromissione, quando siamo in presenza di un accollo, l’effetto che si produce è sempre lo stesso effetto, cioè l’assuntore diventa debitore nei confronti del creditore originario e fa proprio il peso economico e giuridico del rapporto di valuta, rapporto originario che lega debitore originario e creditore. Quindi delegazione, espromissione e accollo si distinguono per quanto riguarda la causa, la funzione, ma l’effetto che producono -cioè l’effetto dell’assunzione del rapporto di valuta- è un effetto che è sempre uguale a se stesso, sia che venga prodotto nell’accollo, sia nell’espromissione, sia nella delegazione. Ciò che cambia è il contesto, perché con l’accollo e con la delegazione si realizza una causa più ampia della mera assunzione del rapporto di valuta, soltanto con l’espromissione si realizza solo l’assunzione del rapporto di valuta, sicché soltanto con l’espromissione possiamo dire che l’assunzione del rapporto di valuta è elevata a causa dell’operazione e quindi quell’effetto realizza compiutamente e totalmente la causa che sorregge il giudizio.

Ora si pone, rispetto a questo discorso, un problema; si dice: *ma siamo sicuri che si può fare un quadro complessivo unitario della delegazione, dell’espromissione e dell’accollo?*Oppure vi sono tra i vari congegni negoziali delle **differenze**, delle discrasie tali da non consentire un discorso unitario come quello che stiamo facendo? Discorso unitario che però dentro questa unitarietà sappia distinguere in funzione delle cause diverse e dell’effetto che l’assunzione del rapporto di valuta è in grado di produrre. Perché nasce questa questione? Essa nasce perché c’è una norma del c.c. dettata in questa materia, art 1274, che ha una disciplina che sembrerebbe indicare una diversità tra delegazione, accollo e in particolare l’espromissione, che resta al di fuori di questa regola contenuta nell’articolo. Sicché da questo alcuni autori fanno derivare l’idea che non sia possibile fare una riflessione unitaria sui tre istituti proprio per l’estrema differenza e variabilità di questi congegni negoziali di cui stiamo trattando. Vediamo più da vicino di cosa si parla leggendo il testo dell’**art 1274**: “**I.***Il creditore che, in seguito a* [*delegazione*](http://www.brocardi.it/dizionario/1639.html)*, ha liberato il debitore originario, non ha* [*azione contro di lui*](http://www.brocardi.it/dizionario/1649.html) *se il* [*delegato*](http://www.brocardi.it/dizionario/1639.html) *diviene* [*insolvente*](http://www.brocardi.it/dizionario/899.html)*, salvo che ne abbia fatto espressa riserva.*

**II.***Tuttavia, se il delegato era insolvente al tempo in cui assunse il debito in confronto del creditore, il debitore originario non è* [*liberato*](http://www.brocardi.it/dizionario/1630.html)*.*

**III.***Le medesime disposizioni si osservano quando il creditore ha aderito all'*[*accollo*](http://www.brocardi.it/dizionario/1646.html) *stipulato a suo favore e la liberazione del debitore originario era condizione espressa della stipulazione.”*

**Analizziamo il testo della norma**. L’art riguarda l’insolvenza del nuovo debitore. L’assuntore non paga al creditore. Che succede? Ovviamente la questione si pone con riferimento all’**assunzione liberatoria**, se l’assunzione è cumulativa il problema non si pone perché c’è l’altro debitore tenuto –con il vincolo della solidarietà- forse in via sussidiaria, ma pur sempre è obbligato solidale, quindi dopo aver rivolto la richiesta di adempimento al nuovo debitore, all’assuntore, il creditore potrà rivolgersi al debitore originario.

Quindi innanzitutto questo art riguarda l’ipotesi in cui l’assunzione sia liberatoria. Nei primi 2commi si disciplina l’ipotesi della ***delegazione liberatoria***. Nel 3°comma si disciplina l’***accollo liberatorio***.

Qual è la disciplina della delegazione liberatoria? Il prof. richiama l’attenzione sul fatto che il legislatore ha usato le seguenti parole: “*Il creditore che, in seguito a* [*delegazione*](http://www.brocardi.it/dizionario/1639.html)*, ha liberato il debitore originario”:*dobbiamo trovarci in presenza di una delegazione liberatoria, e qual è? RISPOSTA SBAGLIATA: delegazione liberatoria è quella in cui il creditore libera il debitore originario. SBAGLIATO!**La delegazione liberatoria** non **è** quella in cui comunque il creditore libera il debitore originario, ma **quella in cui la liberazione avviene a seguito della delegazione**, cioè quando la delegazione è preordinata alla liberazione. Io ti incarico di assumerti il mio debito nei confronti del creditore ma voglio essere liberato, ti incarico -in altri termini- di fare una delegazione liberatoria. Il delegato accetta l’incarico, va dal delegatario e dice: io sono disposto -perché a tanto sono stato incaricato dal delegante- a prometterti il pagamento del rapporto di valuta alla scadenza, ma questa mia ***proposta*** contrattuale (proposta di concludere un contratto di assunzione delegatoria privativa) è condizionata alla liberazione del debitore originario. In altri termini, in questo caso la liberazione è dentro il contratto; è stato voluto un contratto di delegazione liberatoria e perciò l’art dice “*a seguito di delegazione, ha liberato il debitore*”; la liberazione deve essere voluta dalle parti che hanno stipulato il contratto di assunzione delegatoria, perché altrimenti non è a seguito della delegazione, è a seguito di una dichiarazione unilaterale del creditore delegatario. Es. Si fa una delegazione cumulativa; il giorno dopo il creditore delegatario può liberare il debitore originario? **SI**, nessuno glielo impedisce. Se io creditore delegatario ho accettato la delegazione cumulativa, la delegazione non era condizionata alla liberazione quindi io ho accettato la proposta che mi fa il delegato e la proposta (che mi fa il delegato) è quella di un’assunzione cumulativa del rapporto di valuta; mi sta bene. Il giorno dopo decido di liberare il debitore originario, mi sono reso conto che il delegato è solvibilissimo quindi voglio liberare il debitore originario, *posso farlo?* Certo che sì. *È la stessa cosa?* Nella prima ipotesi la liberazione avviene *a seguito della delegazion*e, cioè è un effetto voluto dalla delegazione; nella seconda ipotesi, la liberazione non è effetto voluto dalla delegazione, ma è effetto di una *dichiarazione unilaterale* di natura remissoria che viene fatta dal creditore delegatario. Il creditore delegatario rinunzia al suo credito nei confronti del debitore originario; lo può fare? CERTO, esiste un istituto che si chiama remissione del debito che ce lo consente sempre, quindi anche in questo caso è consentito. ATTENZIONE ALLE PAROLE DA USARE! Quando il legislatore utilizza alcuni termini piuttosto che altri, queste sue scelte hanno un senso.

“*Il creditore che, in seguito a* [*delegazione*](http://www.brocardi.it/dizionario/1639.html)*, ha liberato il debitore originario, non ha* [*azione contro di lui*](http://www.brocardi.it/dizionario/1649.html) *se il* [*delegato*](http://www.brocardi.it/dizionario/1639.html) *diviene* [*insolvente*](http://www.brocardi.it/dizionario/899.html)*, salvo che ne abbia fatto espressa riserva.”*

La regola è contenuta nel **co.1**: se siamo in presenza di una delegazione liberatoria, e il debitore nuovo, l’assuntore -che è l’unico debitore (dato che è liberatoria)-, **diviene** insolvente, il delegatario non ha azione contro di lui. Che significa che non ha azione contro di lui? Vuol dire che non può chiedere poi al delegante (debitore originario che è stato liberato), di dargli i soldi che il nuovo debitore non può dargli perché diventato insolvente.

Guardiamo il **co.2**: altra regola ->*se il delegante* ***era*** *insolvente al tempo in cui assunse il debito nei confronti del creditore, il debitore originario non è* [*liberato*](http://www.brocardi.it/dizionario/1630.html)*.* In questo caso, si ha azione contro di lui.

Qual è l’elemento distintivo di questa disciplina? È il ***momento in cui si scopre che l’assuntore è diventato insolvente***. Se si scopre dopo la delegazione (co.1), se era già insolvente (co.2).

*Riepilogo*: siamo in presenza di delegazione liberatoria. Nel caso di delegazione liberatoria il nuovo debitore diventa successivamente assolvente; quello che è fatto è fatto, la liberazione è avvenuta, il delegatario è fregato. Invece, l’assuntore non paga perché era già insolvente prima, al momento in cui è avvenuta la delegazione. A questo punto il delegatario ha azione e quindi il delegante non si è liberato, continua ad essere responsabile, il delegatario gli può chiedere l’adempimento dell’obbligazione.

Questa regola è fissata nei commi 1 e 2 dell’art 1274 per la delegazione liberatoria, delegazione condizionata al fatto che le parti hanno voluto l’assunzione in funzione della liberazione. Io mi assumo il debito altrui, però il debitore originario deve essere liberato. Non è delegazione liberatoria quella in cui comunque in un qualche modo si libera il debitore originario, perché la liberazione del debitore originario potrebbe non essere conseguenza di un’assunzione condizionata alla liberazione, ma poterebbe essere conseguenza di un’autonoma dichiarazione di volontà del creditore originario. Questa è una cosa IMPORTANTISSIMA sia per spiegare il 1274 sia per altre ragioni che vedremo in seguito.

Se vi viene chiesto: ditemi qual è la delegazione, oppure l’espromissione, oppure l’accollo liberatorio, non è corretto dire è accollo liberatorio quello in cui è liberato il debitore originario! ***L’assunzione liberatoria è quell’assunzione in cui l’acquisto del debito altrui è condizionato alla liberazione del debitore originario***; laddove invece **la liberazione può anche conseguire, essere l’effetto di una dichiarazione unilaterale del creditore originario (delegatario, espromissario, accollatario) che rimette il debito al debitore originario**.

È la stessa liberazione? Sì. Vi sono conseguenze diverse? Certo. Sono proprio le conseguenze che ci fanno capire come sia importante questo passaggio appena evidenziato.

Dire che accollo, espromissione, delegazione liberatoria è quell’ipotesi di assunzione liberatoria in cui la liberazione è condizione dell’assunzione, non è una pignoleria ma è importante, perché dire questo e verificare che esiste un altro tipo di liberazione che riguarda il debitore originario, che è quella che consegue alla dichiarazione unilaterale del creditore, e che quindi ha natura remissoria, ci consente di risolvere una serie di problemi concreti che vedremo subito dopo aver chiuso il discorso sul 1274.

Vediamo il **co. 3** dell’art 1274: esso sostanzialmente richiama la stessa disciplina per l’accollo liberatorio, qui è detto ancora più chiaramente. “*Le medesime disposizioni (co.1 e 2) si osservano quando il creditore ha aderito all'*[*accollo*](http://www.brocardi.it/dizionario/1646.html) *stipulato a suo favore e la liberazione del debitore originario era condizione espressa della stipulazione.”*. Qui il legislatore lo dice apertis verbis, il maniera esplicita: siamo in presenza di accollo liberatorio, non di un accollo in cui comunque c’è stata liberazione del debitore originario, ma di un accollo in cui la liberazione era condizione espressa della stipulazione, cioè l’accollo è stato voluto come liberatorio e l’adesione del creditore è stata adesione all’accollo liberatorio, si ché l’effetto della liberazione è l’effetto dell’accollo, liberazione avvenuta a seguito dell’accollo, a causa dell’accollo. Se è così, si applicano le stesse disposizioni: **se l’accollante diventa insolvente, l’accollatario non ha azione contro di lui; se l’accollante era insolvente, la liberazione è come se non ci fosse stata perché l’accollatario perseguita l’accollante**.

Qui si parla di espromissione? Si parla di delegazione (co.1 e co.2), si applica la disciplina della delegazione all’accollo (co.3), purché sia liberatorio come deve esserlo la delegazione. **L’espromissione non è inserita in questo articolo** perché è un’altra cosa, non c’entra con delegazione e accollo. Evidentemente ci sono delle *specificità dell’espromissione* che la rendono irriducibile alla delegazione e all’accollo, anche per quel tanto di somiglianza che prima è stata da noi individuata. Quando il legislatore ha voluto una disciplina unitaria che riguardasse altre ipotesi di congegni negoziali in grado di determinare l’assunzione del rapporto di valuta, lo ha fatto, come nel 1274 richiamando la delegazione e l’accollo e nulla dicendo dell’espromissione. Quindi il 1274 dovrebbe dimostrare che il tentativo unitario di ricostruzione del fenomeno dell’assunzione del rapporto di valuta, è un tentativo destinato a fallire, perché contrasta con la logica del sistema normativo, quello dal quale non possiamo mai prescindere. Il fatto che l’espromissione non sia prevista qui, dimostra che la logica del legislatore vuole che l’espromissione sia in un altro capitolo rispetto alla delegazione e all’accollo, oppure le cose non stanno così? Anzi, proprio il 1274 ci dimostra che siamo in presenza di un sistema unitario al quale partecipa anche l’espromissione, perché è del tutto evidente che dell’espromissione qua non si deve dire niente.

Perché questo diventi evidente, bisogna partire dalla *ratio* della norma.

*Perché il legislatore ha fatto una disciplina così articolata che prevede il momento dell’insolvenza come elemento decisivo per la perdurante responsabilità del debitore originario?* Per capire questa ragione, facciamo una semplice riflessione. Il contratto di assunzione delegatoria è caratterizzato dal richiamo del ***mandato***; la causa di questo contratto è l’agire per conto del mandante. Se quel mandato viene posto a fondamento causale del contratto tra delegato e delegatario, significa che il delegato può riassumersi il debito di valuta in quanto mandatario, e il delegatario vuole che il delegato divenga suo debitore per contro dell’altro (MIN 29.27) è ovvio, perché la *causa* è comune, a differenza dei *motivi*. Una cosa sono i motivi, una cosa è la causa; la causa riguarda unitariamente il contratto, tutte le parti del contratto condividono la medesima causa seppure da angolazioni diverse, perché altrimenti non sarebbe la causa del contratto, sarebbero i motivi per cui ciascuno ha voluto quel contratto, che sono motivi individuali. La causa non è individuale, confluisce nel contratto e diventa comune alle parti; se volete, è il *motivo oggettivo comune alle parti.* Se la causa del contratto di assunzione delegatoria è l’agire per conto, questo significa che a quella causa partecipano sia il delegato sia il delegatario, è un’ovvietà.

Ripeto, se la causa del contratto è l’agire per conto, il cd. *Ius delegatorium*, questo mandato richiamato e posto a fondamento causale deve riguardare sia delegato che delegatario.

Allora il delegatario ha accettato che il delegato divenga suo debitore per conto perché ha voluto condividere questa operazione gestoria, voluta da chi? Dal mandante, evidentemente. Se io delegatario accetto te come debitore delegato, non debitore qualsiasi, ma ti accetto in quanto tu sei mandatario del mandante, significa che io ho voluto condividere questo disegno gestorio del mandante. Tizio però, che è il mandante, proprio perché è colui il quale ha iniziato quest’operazione, deve assumersi una **responsabilità** nei confronti del delegatario; sono io delegante che ho immaginato come tuo nuovo debitore Caio, sono io mandante che ho voluto che la delegazione fosse liberatoria. Quando tu delegatario hai accettato la delegazione liberatoria, hai sostanzialmente consentito l’attuazione di un progetto gestorio di cui ti devi assumere –in quanto mandante- la responsabilità. Se mi hai presentato un delegato che era insolvente nel momento in cui ha bussato alla mia porta per propormi la delegazione liberatoria, ebbene devi essere responsabile di questa vicenda. Ecco perché c’è una differenza tra essere originariamente insolvente e diventarlo.

Perché c’è questa differenza? Perché se era insolvente originariamente, allora la responsabilità sta in capo a chi –mandante- ha organizzato un’operazione per fregare il delegatario; se invece diventa insolvente, il discorso è diverso. Io delegante ti ho presentato una persona per bene, che aveva una solida posizione economica, poi se è divenuto insolvente io non posso controllare la sua vita. Se questo signore impazzisce, sperpera tutto il patrimonio, il delegante non è responsabile.

La ratio di questa norma sta nel fatto che evidentemente **al delegante viene assegnata la responsabilità dell’operazione**, e non può che essere così perché è il delegante che è mandante, è lui che ha voluto l’operazione economica in questo modo, e l’ha voluta con modalità che si comunicano al delegatario, perché quel mandato diventa fondamento causale del contratto di assunzione. E così riusciamo a capire la differenza di disciplina per l’ipotesi in cui il nuovo debitore sia divenuto insolvente e quella in cui il debitore assuntore era già originariamente insolvente. Nel caso fosse stato originariamente insolvente, il problema di auto responsabilità è in capo al delegante che ha costruito quel tipo di operazione. La stessa logica c’è anche nell’accollo liberatorio: la stipulazione è nel contratto tra accollante e accollato. Quindi, è una stipulazione congegnata dall’accollato, è nel suo interesse; se io vendo l’appartamento a Mezzocannone al fine di liberarmi del peso economico del debito che ho nei confronti del Banco di Napoli, è chiaro che io spero di ottenere la liberazione totale, altrimenti diventerebbe una situazione paradossale. Mi sono sacrificato a vendere l’appartamento, però l’accollo è cumulativo, l’assuntore non paga e la banca legittimamente viene a chiedere i soldi a me e io non posso liberarmi, in caso di accollo cumulativo con vincolo di solidarietà. Poi nei rapporti interni posso agire in via di regresso, però nel frattempo la casa l’ho persa. Tu non hai pagato, forse sei stato inadempiente nei miei confronti, forse lo posso far valere nei contratto di compravendita come motivo di risoluzione del contratto per inadempimento, ma nel frattempo io ho pagato, anche se nei rapporti interni mi ero liberato trasferendo il peso economico del debito sull’accollante e per fare questo mi ero sacrificato a vendere la casa.

È ovvio che in un quadro di questo genere, la cosa che conviene fare all’accollato è quella di dire: va bene, prevediamo la stipulazione a favore del prezzo (MIN 38.10) però questa assunzione diventerà efficace se il creditore accollatario vorrà liberare il debitore originario. In questo modo si costruisce nel contratto di compravendita una stipulazione *espressamente* condizionata alla liberazione del debitore originario, cioè l’accollante, dello stipulante. Allora che succede nell’es fatto? Qui ad organizzare l’operazione è sempre stato il debitore originario (accollante o delegante), e anche qui questa organizzazione si comunica al creditore accollatario, perché è vero che il creditore accollatario non è parte del contratto, però deve aderire alla stipulazione fatta in quel modo. E quindi quella predisposizione dell’operazione liberatoria, lui sa che è stata voluta dal debitore originario e la volontà del debitore originario, attraverso lo strumento dell’**adesione all’accollo,** si comunica all’accollatario. Non è un qualcosa che resta interno tra accollante e accollato, perché appunto l’accollante si accolla sulla base del rapporto di provvista, dunque tutto ciò che è contenuto nel rapporto di provvista se lo porta sempre dietro, e lo comunica all’accollatario. Non lo comunica contrattualmente, perché l’accollatario NON diventa parte del contratto, però glielo comunica; tant’è che l’accollatario, inorridito da una cosa del genere, può scegliere di non aderire e non accettare l’accollo liberatorio, il quale non si produce. Si produrrà solo l’accollo interno perché l’accollo esterno –a seguito della mancata adesione- si converte in accollo meramente.

Anche nell’accollo vi è una comunicazione al creditore accollatario di ciò che è avvenuto all’interno, quindi anche in questo caso si presenta in maniera pressoché analoga a quella individuata per la delegazione, questo problema dell’auto-responsabilità. Sei tu accollato che mi hai costruito questa operazione economica; quindi sei tu accollato responsabile nei miei confronti. Se l’accollante era insolvente, è vero io ho aderito quindi tu ti sei liberato, ma io i soldi li vengo a chiedere anche a te. Se invece l’accollante diventa insolvente io non posso fare niente perché non sei più tu responsabile nei miei confronti. Si riscontra, dunque, lo stesso ***principio di auto-responsabilità*** individuato nei confronti della delegazione.

A questo punto noi non conosciamo il PERCHE’ di questa disciplina, invece è importante saperlo per capire meglio come funzionano dall’interno questi istituti. Noi adesso sappiamo una cosa in più molto importante: ***nel caso di delegazione liberatoria e nel caso di accollo liberatorio si determina un problema di auto-responsabilità da parte del debitore originario***, la quale si esprime giuridicamente nella disciplina dettata dall’art 1274. Una volta fatta questa precisazione, risulta chiaro perché non è stata citata l’espromissione. Perché nei confronti dell’espromissione l’auto-responsabilità del debitore originario non può mai essere richiamata, perché l’espromissione è sempre impermeabile ai rapporti sottostanti di provvista. È astrattissima dalla provvista l’espromissione, ciò che c’è prima tra espromittente ed espromesso –e noi sappiamo che qualcosa c’è, può essere anche il mandato o altre cose- e che probabilmente è sempre dovuto alla fertile fantasia dell’espromesso, cioè del debitore originario, è sempre del tutto estraneo all’espromissario. All’espromissario non si comunica nulla di ciò che è interno tra espromesso ed espromittente. C’è un mandato? Probabilmente ci sarà, ma all’espromittente non si presenta come mandatario. Si presenta come un terzo che vuole diventare debitore dell’espromissario perché vuole assumersi il rapporto originario di valuta. Perché lo ha fatto, perché così ha voluto il debitore originario? Ovvio che sì, il terzo ha rapporti col debitore originario che organizza l’operazione (operazione nell’interesse dell’espromesso quindi è normale che venga organizzata da lui l’operazione). Però l’espromesso, debitore originario, non rileva in alcun modo, è come se il rapporto interno giuridicamente non ci fosse; l’espromissione è tutta basata sulla valuta, la causa dell’espromissione è l’assunzione del rapporto di valuta, e niente sulla provvista. Mentre nella delegazione almeno quel po’ di provvista rappresentata dal mandato non può non esserci perché il mandato viene anche della delegazione pura rispetto alla provvista, quel mandato viene elevato a causa dell’operazione e quindi al delegatario si comunica giuridicamente, diventa rilevante giuridicamente il fatto che l’operazione è stata organizzata, voluta e preordinata dal mandante. Quindi mentre si può parlare di auto-responsabilità con riferimento alla delegazione e anche con riferimento all’accollo sia pure con le dovute diversità (nell’accollo non c’è il mandato, ma comunque le ragioni interne si comunicano al creditore accollatario che deve aderire a quella stipulazione, connessa causalmente alla causa originaria che lo riguarda), i rapporti interni sia nell’accollo che nella delegazione riguardano il creditore delegatario, il creditore accollatario, mentre **i rapporti interni dell’espromissione non riguardano MAI l’espromissario, debitore originario**. Quindi è ovvio che questa disciplina non si può applicare all’espromissario, sarebbe in contraddizione con questo principio. L’espromissione è del tutto svincolata dalle ragioni sottostanti, quindi il fatto che sia il debitore originario a volere una certa operazione giuridica (espromissione) è per l’espromissario del tutto irrilevante perché questa operazione non gli viene comunicata in alcun modo. Il mandato, se c’è, è esterno, non viene richiamato. Quindi è ovvio, perché io me la dovrei andare a prendere con l’espromesso? Io scopro che l’espromittente è insolvente, era insolvente, e me la prendo con l’espromesso? Perché, che c’entra? E già ma è l’espromesso che avrà indotto l’espromittente a venire da te a dire: io voglio assumermi il debito di valuta sempre, però lo ha fatto nei rapporti interni, io non ne so niente! Tutto ciò che avviene prima non mi si comunica! Il problema non è della conoscenza in via di fatto, stiamo parlando di cose giuridiche: ciò che conta è che io non ne ho *conoscenza giuridica*, potrei pure saperlo in via di fatto cos’è successo ma che mi interessa? Giuridicamente quello che conta è che l’espromissario è estraneo alle vicende interne e quindi se è estraneo alle vicende esterne, anche l’espromesso è estraneo nei confronti dell’espromissario per quanto riguarda le vicende sulla solvibilità o la non solvibilità dell’espromittente.

Dalla lettura del 1274 non risulta per nulla quello che vogliono far risultare gli altri, e cioè che vi è una sorta di discrasia tra espromissione da una parte e delegazione e accollo dall’altra; non è affatto così. Anzi il 1274 dimostra che le cose stanno diversamente, cioè che c’è una logica unitaria che domina tutto il sistema, tant’è vero che la esclusione dell’espromissione dal sistema dell’art 1274 appare perfettamente logica alla luce della logica del sistema. E qual è la logica del sistema? È che da una parte delegazione ed espromissione determinano comunque per l’accollatario la rilevanza dei rapporti interni di provvista,così che è logico poter parlare di autoresponsabilità pure nell’altra ipotesi. L’espromissione invece,proprio perché è totalmente astratta dalla provvista,consente all’espromissario di essere totalmente ignaro,inconsapevole giuridicamente di cos’è la provvista,la quale rispetto a lui è del tutto irrilevante.

L’espromissario ne ha una conseguenza positiva perché non si vedrà opporre eccezioni relative ad un rapporto che egli non conosce,di cui non è stato parte però, l’espromissario poi,se sbaglia a valutare l’espromittente,non se la può prendere con l’espromesso perché non c’è la responsabilità del debitore originario c’è solo la sua responsabilità,è lui che decide.

Se l’espromittente si presenta come intenzionato ad assumersi il rapporto di valuta purchè vi sia la liberazione del debitore originario,allora l’espromissario deve stare “con quattro occhi aperti non con due”,perchè mentre nella delegazione dell’espromissione poi può sempre fare il tentativo di prendersela con il debitore originario(dicendo che era già insolvente quando gliel’ha presentato),nel caso dell’espromissione non lo può fare.Quindi su questa vicenda è più responsabile lui,perché manca l’autoresponsabilità del debitore.

Si capisce perciò perché nell’art 1274c.c. non ci doveva stare la disciplina dell’espromissione,perché la disciplina del 1274 è dettata con riferimento alla **REGOLA DELLA AUTORESPONSABILITà IN CAPO AL DEBITORE ORIGINARIO** che ha dato avvio all’operazione con un comportamento che rileva giuridicamente verso il creditore delegatario o accollatario,perchè anche nell’espromissione chi ha dato inizio a tutto è l’espromesso,il debitore originario,ma con un comportamento che non rileva nei confronti dell’espromissario perché quest’ultimo di quello che è successo prima non sa nulla giuridicamente,perché l’espromissione si conclude senza alcun riferimento a ciò che è avvenuto prima; invece la delegazione e l’accollo fanno riferimento a ciò che è accaduto.

L’accollo più di tutto,è causalmente connesso al rapporto di provvista,per cui una volta che io,accollatario,abbia aderito tutto quello che sta nel contratto può essere usato contro di me.

Ma anche nella delegazione succede una cosa del genere,sia pure in maniera più limitata. Perché anche la delegazione pura rispetto alla provvista non è poi così pura, perché il mandato è pur sempre una provvista :è la ragione interna per cui il delegato va a fare il delegato(??55:16).Quindi il mandato anche nella delegazione pura rispetto alla provvista ,in cui cioè non si richiamino i rapporti sottostanti,-pur essendo quel mandato un rapporto sottostante- deve essere richiamato. Perciò quando diciamo **una delegazione pura rispetto alla provvista** diciamo una cosa diversa rispetto **all’espromissione pura rispetto alla provvista**. Quest’ultima è il massimo di purezza possibile,invece la delegazione, pure quella pura, non è tanto pura,perché il mandato è una provvista( perché rappresenta la ragione interna tra delegante e delegato,per cui l’uno ha fatto una cosa e l’altro ne ha fatta un’altra) e questo minimo di provvista non può non esserci nella delegazione, altrimenti verrebbe meno al causa del contratto di assunzione delegatoria,questo contratto si regge per quella causa,per cui un minimo di provvista ci deve essere.

Proprio per questo DELEGAZIONE ED ACCOLLO sono più vicini di quanto lo sia L’ESPROMISSIONE.

L’espromissione ha la caratteristica di essere purissima per quanto riguarda la provvista e lo evinciamo dall’art 1274 perché questa mancata purezza rispetto alla provvista della delegazione e dell’accollo consentono al delegatario e all’accollatario di invocare la responsabilità del debitore originario perché quel suo comportamento lo coinvolge giuridicamente;nel caso dell’espromissione sarebbe invece assurdo parlare di autoresponsabilità. Infatti non se ne parla in questo articolo che disciplina questi profili di **AUTORESPONSABILITà NEI CASI DI INSOLVENZA ORIGINARIA DELL’ ASSUNTORE**.

Una volta letto e capito il 1274 ci rendiamo conto che non è una norma che dimostra incoerenza del sistema,anzi va nella direzione della coerenza del sistema. Infatti il sistema qua non prevede l’espromissione perché è costruita in maniera diversa rispetto a delegazione e accollo. Così come,a sua volta,la delegazione è diversa dall’accollo e viceversa.

Quando diciamo che la delegazione e l’accollo non sono mai del tutte astratti dalle ragioni interne per cui l’operazione è avvenuta facciamo un’affermazione importante,anche il 1274 si spiega alla luce di questa affermazione. Così come è importante dire che *l’espromissione è del tutto astratta dalla provvista* e quindi le ragioni interne al gruppo ESPROMITTENTE-ESPROMESSO sono del tutto irrilevanti per l’espromissario,per cui l’espromissario non potrà invocare una responsabilità del debitore originario per l’errore che ha fatto accettando l’espromissione liberatoria. Inoltre l’espromittente non potrà opporre all’espromissario l’eccezione relativa alla provvista perché è estraneo al rapporto. Però ,per bilanciare questo vantaggio, se l’espromissario ha sbagliato a valutare l’espromittente quando ha accettato la proposta di espromissione liberatoria,cioè *quella proposta in cui l’assunzione è condizionata espressamente alla liberazione del debitore originario*,non può invocarla responsabilità dell’espromesso.

Tutto questo dipende dai profili causali dell’espromissione,delegazione e accollo e le conseguenze che questi diversi profili causali determinano sul piano della disciplina.

Essere espromissario non è la stessa cosa che essere delegatario,essere accollatario non è la stessa cosa che essere espromissario,per tutta una serie di conseguenze concrete tra cui il fatto che se sono espromissario e non delegatario non posso utilizzare il 1274cc. Ma questo è ovvio,è una conseguenza dei profili causali dell’espromissione che sono diversi da quelli dell’accollo e da quelli della delegazione.

Quindi abbiamo l’unitarietà del sistema nella diversificazione di questi congegni negoziali che hanno funzioni diversi,realizzano cause diverse. Profili causali significa che ognuno di essi ha una causa diversa:la causa del contratto di compravendita è lo scambio di cose per un prezzo. Il contratto di compravendita realizza l’esigenza del proprietario di una cosa di scambiare il suo appartamento con una somma di denaro;quella di chi compra l’appartamento di scambiare una somma di denaro con un immobile. LA CAUSA SI REALIZZA IN CONCRETO soddisfacendo esigenze concrete ed esse dipendono da come è strutturata funzionalmente l’operazione,questo congegno negoziale triangolare che ha determinato l’assunzione del rapporto di valore,cioè prendere su di sé il debito originario verso il creditore. Perché l’ha fatto?

- Ha voluto questo effetto come effetto mero? SIAMO NELL’ESPROMISISONE.

-Ha voluto quell’effetto perché in tal modo ha realizzato un’esigenza più ampia,perché quell’effetto serve anche come prezzo per un trasferimento di un diritto reale su un appartamento? Quell’ effetto allora è connesso a questa vicenda che si riverbera sull’accollatario,il quale quando ha aderito all’accollo ha condiviso il disegno voluto dall’accollante.

Facciamo un passo indietro e riprendiamo il discorso che abbiamo fatto all’inizio della lezione.

Nell’art 1274 si parla di **DELEGAZIONE LIBERATORIA e di ACCOLLO LIBERATORIO**.

Qual è la delegazione liberatoria o l’accollo liberatorio in senso proprio? Quello nel quale l’assunzione è condizionata alla liberazione del debitore,così che accettare la proposta del delegato,aderire all’accollo,comporta automaticamente l’effetto liberatorio. Lo stesso si deve dire in riferimento all’ESPROMISSIONE che ugualmente può essere liberatoria. Ma qual è l’espromissione liberatoria? **ATTENZIONE NON è QUELLA CON CUI SI LIBERA IL DEBITORE ORIGINARIO,NON SI DEVE RISPONDERE COSì**. Questa risposta è insignificante. **Dobbiamo dire invece che l’espromissione liberatoria è quella in cui la liberazione è CONDIZIONE ESPRESSA DELL’ASSUNZIONE**.

Es:Il terzo si presenta al creditore originario dicendogli : “ Creditore originario,so che sei debitore di Tizio,voglio assumermi il debito di Tizio nei tuoi confronti,ma lo faccio condizionatamente alla liberazione del debitore originario”. La proposta che si fa quindi è di espromissione liberatoria.

L’espromissario può dire no perché valuta una serie di cose(magari l’espromittente sarà insolvente,quindi la responsabilità cadrà sull’espromissario;insomma è un espromissario competente). L’espromissione però non si conclude se dice no,c’è stata una proposta non accettata. Se invece dice di sì,si è determinata l’espromissione e c’è la liberazione del debitore.

C’è una differenza tra ASSUNZIONE LIBERATORIA IN SENSO PROPRIO e quella in cui pure c’è la liberazione del debitore originario,ma non avviene a seguito dell’assunzione ma a seguito di un altro fatto,di un altro titolo che produce l’effetto:**LA DICHIARAZIONE UNILATERALE DEL CREDITORE**:il creditore anche nel caso di assunzione di espromissione cumulativa può dichiarare che intende liberare il debitore. È importante questa precisazione e lo capiamo da un esempio,individuiamo un caso concreto da cui emerge l’importanza di questo aspetto:

**IPOTESI A)ESPROMISISONE LIBERATORIA**:*espromissione condizionata alla liberazione del debitore originario.*

Nel caso di delegazione e accollo liberatorio tutto ciò è stato voluto dal debitore originario,nel caso dell’espromissione liberatoria però potrebbe anche darsi che questo non è stato voluto dal debitore originario,nei rapporti interni è stato voluto altro. L’espromittente va dall’espromissario dicendo che si assume il rapporto di valuta,ma condizionatamente alla liberazione del debitore originario. L’espromissario dice di sì,accetta e si determina la liberazione.

Facciamo l’ipotesi che il debitore originario non vuole essere liberato,magari ha un interesse meramente morale o anche economico (ho un impresa se mi togli il debito dal bilancio risulta un utile:devo pagare le tasse!). Quindi nella delegazione e nell’accollo non può succedere questo perché è il debitore originario che ha voluto l’assunzione liberatoria,nell’espromissione può succedere perché i rapporti interni non vengono comunicati,l’espromissario non sa niente di quello che viene convenuto internamente.

**IPOTESI B) ESPROMISSIONE CUMULATIVA**:

l’espromittente non dichiara che vuole assumersi il debito condizionatamente alla liberazione,ma se lo assume cumulativamente. In seguito il creditore originario dichiara che intende liberare il debitore originario,lo può fare? Sì.

-Facciamo l’esempio di Tizio che va dall’avvocato e dice che Caio ha fatto l’espromissione liberatoria,ma vuole pagare lui stesso,quindi Tizio. Può impedire l’effetto liberatorio? E nell’ipotesi b (espromissione cumulativa) che si può fare?

Si tratta di 2 effetti diversi:

nel caso di dichiarazione unilaterale con cui il creditore rinuncia al debito nei confronti del debitore(istituto che prende il nome di REVISIONE DEL DEBITO cioè rinuncia al debito),magari perché l’espromittente ha fatto un’offerta maggiore,in questo caso si applica l’art 1236.

“*la dichiarazione del creditore di rimettere il debito estingue l’obbligazione quando è comunicata al debitore salvo che questi dichiari in un congruo termine di non volerne approfittare”* quindi il debitore può non accettare. Quando la liberazione,quindi,non è conseguenza dell’espromissione,ma della dichiarazione unilaterale del creditore espromissario, quella dichiarazione liberatoria ha la natura della remissione del debito per cui si applica il 1236,il debitore quindi è tutelato.

E nell’altro caso? La soluzione è più difficile.

Il caso è quello in cui la liberazione è conseguenza di un’espromissione liberatoria,cioè congegnata al fine di ottenere uni liberazione. Qui la liberazione non è effetto della dichiarazione unilaterale,ma di un contratto(di assunzione espromissoria) in cui il creditore ha scambiato il suo credito con Tizio espromesso con il credito con Caio,vi è stata una sorta di **disposizione novativa** del credito. Io creditore ho scambiato il mio credito originario con un altro,non vi ho rinunciato per cui non si applica il 1236,anzi ho realizzato il credito. In questo caso si applicherà l’art 1180:adempimento del terzo *“l’obbligazione può essere adempiuta da un terzo,anche contro la volontà del creditore,se questi non ha interesse a che il debitore esegua personalmente la prestazione.Tuttavia il creditore può rifiutare l’adempimento offertogli dal terzo,se il debitore gli ha manifestato la sua opposizione”.*

Quindi se il debitore gli ha manifestato la sua opposizione il creditore **può** rifiutare l’adempimento offertogli dal terzo; l’ipotesi quindi disciplinata nell’art 1180 è la stessa disciplinata dal 1236 cioè il debitore che non vuole che sia il terzo a pagare,per cui **può** opporsi in questa ipotesi.Nell’art 1236 invece il debitore che si oppone trionfa perché il creditore in questo caso **DEVE** rifiutare l’adempimento. Se ne deduce che la tutela dell’interesse del debitore nell’art 1180 non è la stessa dell’art 1236.

Le ipotesi sono uguali:c’è un debitore che vuole pagare il debito e a fronte di una rinuncia al credito fatta dal creditore, il suo interesse a pagare lui personalmente ha una tutela differente:forte nel 1236 perchè se si oppone la rinuncia cade;nel 1180 invece la tutela è più debole perché se si oppone il creditore ha la facoltà,ma non deve rinunciare. Perché il sistema ha previsto questa differenza?

Nel caso della rimessione del debito quali sono gli interessi in contrasto? Nell’art 1236 abbiamo da un lato l’interesse del debitore che vuole pagare e dall’altro il creditore che vuole dismettere il credito;tra questi due il legislatore sceglie di privilegiare l’interesse del debitore.

Nell’altro caso invece l’interesse del debitore è lo stesso,quello di pagare personalmente,dall’altro lato non c’è più l’interesse del creditore a dismettere il debito,ma ad essere pagato,ad attuare il proprio credito e non è la stessa cosa. Dal lato passivo ci sembra la stessa cosa,il problema è per il lato attivo.In un caso abbiamo un creditore che dismette il credito(“si è scocciato di fare il creditore”),in un altro caso abbiamo un creditore che sta soddisfacendo il proprio credito prendendosi i soldi dal terzo.In questa ipotesi infatti prevale l’interesse del creditore.

Nel nostro ordinamento c’è il FAVOR CREDITORIS perché il creditore è la parte debole del rapporto obbligatorio,deve aspettare che il debitore paghi,merita quindi di essere supportato. È la stessa cosa che succede quando c’è un’obbligazione soggettivamente complessa dal lato passivo: si presume la solidarietà passiva,a differenza di quella attiva che non si presume,perché quella passiva rafforza le probabilità che il creditore venga soddisfatto. Il favor creditoris si esprime nel 1180 nel senso che,essendo in quest’ipotesi il creditore uno che sta attuando il suo interesse creditorio,nulla può fermarlo. Nell’altro caso invece dal momento che il creditore sta dismettendo il suo interesse creditorio,se ne sta disinteressando,viene in rilievo l’interesse del debitore.

Quindi perché quando ci troviamo di fronte ad un’ipotesi di espromissione liberatoria in senso proprio il debitore non è tutelato? Perché quest’ipotesi è assimilabile all’art 1180 non all’art 1236. Non c’è stata una remissione,ma uno scambio di un credito con un altro,cioè c’è stata **un’utilizzazione dispositiva di un credito**,quindi questa situazione non è riconducibile al 1236,ma al 1180.

LEZIONE 29 OTTOBRE ‘14

Ci siamo lasciati dopo aver detto qualcosa sulla assunzione cumulativa e liberatoria del debito altrui. Vi ho fatto notare che l’assunzione liberatoria è quella in cui l’assunzione medesima è condizionata alla liberazione del debitore principale . Quindi parliamo di assunzione liberatoria del debito soltanto quando l’assunzione è voluta nel contratto di assunzione , che appunto è condizionato alla liberazione del debitore originario.

Quindi non possiamo parlare di assunzione liberatoria quando la liberazione del debitore originario non è conseguenza del contratto di assunzione ma dipende da un altro fatto, cioè da un negozio giuridico🡪 da un fatto, un atto, un negozio giuridico che consiste nella dichiarazione del creditore rivolta al debitore originario , il quale viene rimesso il debito.

 Questo tipo di dichiarazione ha infatti natura *remissoria* ; mentre la liberazione ,che si ha quando siamo in presenza di un contratto di assunzione liberatoria in senso proprio, non è effetto di una dichiarazione unilaterale liberatoria, ma è effetto del medesimo contratto di assunzione.

Ora dire questo è molto importante per alcune conseguenze.

Perché se la liberazione dipende da una *dichiarazione unilaterale del creditore* , quindi se la liberazione è effetto di una dichiarazione di rinunzia del credito , che la remissione del debito è sostanzialmente la forma che assume la rinunzia del credito , quindi se l’effetto liberatorio è conseguente ad una dichiarazione remissoria ne deriva che il debitore originario potrebbe impedire la sua liberazione.

Perché come sappiamo (l’abbiamo visto leggendo l’art. che disciplina la remissione del debito cioè l’art. 1236 c.c ) l’effetto remissorio ed estintivo del rapporto obbligatorio non si produce quando in un congruo termine il debitore al quale sia stata comunicata l’intenzione di rinunziare al credito si opponga a questa rinunzia.

 Laddove invece quando la liberazione non è effetto della dichiarazione unilaterale di natura remissoria del creditore, ma è effetto del *medesimo contratto di assunzione del debito* di natura delegatoria, espromissoria o dell’accollo , quando la liberazione è effetto quindi di questi congegni negoziali condizionati alla liberazione; quindi se l’effetto privativo si produce a seguito della conclusione di questo contratto allora la liberazione non è da ricollegare ad una dichiarazione remissoria del creditore, ma è da ricollegare ad un’altra conseguenza. È da ricollegare allo *scambio* che dentro al contratto si è determinato tra assunzione del debito e liberazione del debitore originario , con la conseguenza che il creditore ha scambiato in questo modo l’acquisto del nuovo debitore con la liberazione del debitore originario. Questa attività che ha fatto il creditore è un’attività molto diversa da quella di natura remissoria.

-Perché nel caso di quella remissoria🡪il creditore dichiara che vuole rinunciare, quindi dimostra il suo intento di non ottenere il soddisfacimento del proprio interesse creditorio . Egli vuole “dismettere” il credito.

-Nell’altro caso invece🡪 egli non vuole dismettere il credito ma lo utilizza per “scambiarlo”con un altro credito, cioè per acquistare al posto del precedente un altro credito.

Allora ci troviamo di fronte in questa seconda ipotesi non ad una dismissione, non ad una rinunzia , non ad una fattispecie sussumibile nel 1236, riconducibile alla disciplina del 1236. Ma ci troviamo di fronte ad un altro tipo di fattispecie in cui il creditore vuole il proprio interesse creditorio avendo un aliud, un’altra cosa, che cosa? Il credito verso il nuovo debitore. Scambia il precedente credito verso Tizio con l’acquisto del nuovo credito verso Caio. Quindi ha utilizzato il suo credito, ha esercitato il suo potere creditorio sia pure nella sua dimensione dispositivo-novativa .

Allora la norma da richiamare in questo caso non è quella del 1236 ma è quella del **1180**, perché lì ci troviamo nella situazione in cui pure può esservi la posizione del debitore originario di fronte alla offerta dell’adempimento da parte di un terzo, ma di fronte a questa opposione prevale l’interesse del creditore a essere soddisfatto. Perché come sappiamo l’art. 1180.2°comma ci dice che il creditore “può” rifiutare la prestazione del terzo ma non deve rifiutarla ( come dovrebbe essere qualora si volesse ovviamente far privilegiare l’interesse del debitore). Qui invece si privilegia l’interesse del creditore. Quale interesse del creditore? L’interesse del creditore a vedere soddisfatto il suo interesse creditorio.

Allora da ciò che si ricava? Si ricava un **principio**🡪che quando il creditore intende soddisfare il proprio interesse creditorio, l’opposizione del debitore (che invece vuole restare legato all’obbligazione, vuole continuare ad essere debitore) , questa opposizione non ha un effetto particolare se non quello di consentire al creditore la possibilità di rifiutare l’adempimento ( la “possibilità” ,è una facoltà non un dovere) .

Abbiamo ripetuto il discorso della volta scorsa.

Quindi nel caso di espromissione liberatoria in senso proprio, l’espromesso può *impedire* la sua liberazione? Sì o no? Siamo in presenza di un’espromissione liberatoria, cioè un’espromissione in cui la liberazione è effetto del contratto espromissorio è la conseguenza di quello scambio. Perché l’espromissione è stata costruita come assunzione condizionata alla liberazione.

Quindi l’assunzione è effetto della liberazione, è voluta nella sua dimensione di scambio con l’altro credito originario . Il creditore scambia il credito originario con il nuovo credito.

Se invece l’espromissione è cumulativa ,però il creditore ha comunque dichiarato di voler liberare il debitore originario, insomma le parti del contratto di assunzione espromissoria (cioè espromittente ed espromissario) hanno voluto soltanto a carico dell’espromittente l’assunzione del debito di valuta. Quindi qual è la conseguenza? Che il nuovo debitore assuntore si assume il debito accanto al debitore originario. Non in sua sostituzione , perché le parti hanno voluto solo l’assunzione del rapporto di valuta, le parti del contratto di assunzione espromissoria e cioè espromittente ed espromissario. L’espromissario però autonomamente potrebbe voler liberare il debitore originario. È una facoltà che qualsiasi creditore ha, quindi perché dovrebbe perderla l’espromissario. Non la perde.

Allora l’espromissario dichiara motu proprio, con la sua dichiarazione unilaterale di volontà rivolta al debitore originario che intende dimettergli il debito… “io rinunzio al credito nei tuoi confronti”.

Questa rinunzia al credito, per produrre l’effetto estintivo ,deve non essere opposta dal debitore originario.

Se il debitore originario si oppone e risponde “guarda ti ringrazio molto del pensiero gentile che hai avuto per me ma io in realtà non intendo essere liberato, voglio continuare ad essere tuo debitore”.. questo è un principio di carattere generale che si ha sempre con riferimento alla remissione del debito. Se l’espromittente dice questo, ha impedito la sua liberazione perché si applica il 1236.

Se invece ,come abbiamo visto prima, la liberazione è non conseguenza della dichiarazione unilaterale remissoria del creditore originario ma è conseguenza del contratto di assunzione liberatoria , cioè condizionato alla liberazione, allora non ci troviamo di fronte alla medesima situazione perché all’interesse del debitore a non essere liberato si contrappone l’interesse del creditore a vedere soddisfatto il suo interesse creditorio, quindi non è interesse remissorio rinunciativo-abdicativo🡪quindi non si applica il 1236 ma si applicherà quella norma in cui l’ordinamento riconosce questo maggior peso dell’interesse del creditore a vedere soddisfatto il suo credito. Questa norma qual è? L’art. 1180.

Ci rendiamo conto del perché di quella diversa disciplina che sembra contraddittoria e invece non lo è , perché risponde ad una logica profonda del 1180 rispetto al 1236.

A questo punto chiediamoci un’altra cosa. Abbiamo parlato con riferimento all’espromissione liberatoria di uno scambio che il creditore fa tra l’acquisto del nuovo debito e la liberazione del debitore originario. C’è uno scambio che caratterizza questo tipo di contratto dell’espromissione liberatoria , sia dalla parte del creditore per le ragioni dette ma è tutto il contratto di scambio che è costruito come contratto di scambio. Nel senso che il nuovo debitore, l’assuntore dichiara di assumersi il debito ma questa assunzione è in funzione della liberazione del debitore originario. Quindi c’è uno scambio tra l’assunzione e la liberazione.

Allora possiamo dire che l’espromissione liberatoria è un contratto a prestazioni corrispettive? Sì.

L’espromissione liberatoria è un contratto a prestazioni corrispettive, perché c’è uno scambio tra prestazioni corrispettive che si collocano l’una contro l’altra: io assuntore mi assumo il debito ma in cambio dell’assunzione, ma in cambio cosa voglio? Voglio la liberazione del debitore originario.

Quindi nel caso dell’espromissione liberatoria ci troviamo sempre all’interno di uno scambio , che è tipico dei contratti a prestazioni corrispettive o dei contratti sinallagmatici, dove c’è questo sinallagma, termine greco che significa proprio scambio tra prestazioni (io do una cosa a te e tu dai una cosa a me). È tipico dei contratti a prestazioni corrispettive, che è una particolare categoria di contratti. Importante categoria, perché? Per ragioni definitorie o per ragioni disciplinari? Evidentemente per *ragioni disciplinari*🡪 una volta che abbiamo detto che è un contratto a prestazioni corrispettive, ne consegue che a quel contratto si applicheranno le norme dettate per i contratti a prestazioni corrispettive.

E quali sono queste norme di particolare rilevanza?

 Le *norme sulla risoluzione del contratto per inadempimento, sull’eccezione di inadempimento, sulla risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta , per impossibilità sopravvenuta.*

Tutti i cosiddetti “**RIMEDI SINALLAGMATICI”** , si applicano appunto ai contratti sinallagmatici, cioè ai contratti a prestazioni corrispettive.

Allora dire che è un contratto è un contratto a prestazioni corrispettive è importante per questo , perché significa richiamare per quel contratto tutta questa disciplina propria dei contratti a prestazioni corrispettive. Si applicheranno ai contratti a prestazioni corrispettive i cosiddetti rimedi sinallagmatici (1453-1460 e così via, risoluzione del contratto per inadempimento è quello più importante).

Allora poi abbiamo detto che l’espromissione è un contratto a prestazioni corrispettive.

 Attenzione l’espromissione liberatoria! (poi vedremo se la stessa cosa vale per l’espromissione cumulativa).

Per ***l’espromissione liberatoria*** abbiamo detto che è proprio per la struttura interna del contratto che c’è questo scambio, perché l’assunzione è in funzione della liberazione. Io mi assumo se in quanto tu libererai; quindi vedete c’è questo nesso sinallagmatico che le parti pongono tra l’assumere il debito (io divento debitore mi assumo una prestazione, quella di diventare tuo debitore ) e l’espromissario-creditore che rinuncerà al debito originario.

C’è uno scambio di prestazioni, di sacrifici. Io mi assumo il debito come assuntore ; tu proprio perché diventi mio creditore ,hai acquistato il nuovo credito nei miei confronti libererai in funzione di quell’assunzione il debitore originario. C’è questo scambio sinallagmatico, quindi siamo sicuramente in presenza di un contratto a prestazioni corrispettive. [ripeto per quanto riguarda l’espromissione liberatoria , vedremo cosa accade per quella cumulativa].

L’ESPROMISSIONE LIBERATORIA E’ UN CONTRATTO A PRESTAZIONI CORRISPETTIVE, dunque secondo i principi generali noi dovremmo dire che il contratto di espromissione liberatoria è un contratto al quale si applicano i rimedi cosiddetti sinallagmatici, perché questa è la regola. Se un contratto è a prestazioni corrispettive a questo contratto si applicheranno i rimedi sinallagmatici. È così anche in questo caso?? NO!

Nel caso dell’*espromissione liberatoria* no. Perché?

Perché lo scambio in cui si realizza la funzione dell’espromissione liberatoria si attua automaticamente nel momento stesso in cui si conclude e quindi rispetto a questo risultato è impossibile immaginare un successivo inadempimento , una successiva impossibilità sopravvenuta, una successiva onerosità sopravvenuta.

Quindi nel caso di espromissione liberatoria che noi pure abbiamo attratto alla nozione di “contratto sinallagmatico”, contratto a prestazioni corrispettive, dobbiamo dire che questa definizione non è in grado di produrre conseguenze pratiche rilevanti. Le conseguenze pratiche rilevanti sarebbero quelle che consistono nel richiamo dei rimedi sinallagmatici; ma in questo caso i rimedi sinallagmatici non potranno MAI applicarsi..perchè?

Perché il contratto di cui stiamo parlando si esaurisce e si realizza in un *solo momento* 🡪nel momento stesso in cui si sottoscrive il contratto. Non c’è dunque spazio per immaginare l’inadempimento o l’impossibilità sopravvenuta o la eccessiva onerosità sopravvenuta.

Vediamo più da vicino questi effetti e capirete subito che non può che essere così.

* Espromittente ed espromissario si incontrano e concludono un contratto di assunzione liberatoria del rapporto di valuta. Premesso che io Tizio sono creditore di Caio sulla base ad un contratto da cui deriva per Caio l’obbligo di pagargli 1000 al 31 dicembre 2015,premesso che è intezione di Sempronio di assumersi il debito, le parti convengono che Sempronio si assume verso il creditore Tizio il rapporto di valuta originario , condizionando tale sua assunzione alla liberazione del debitore originario. E si sottoscrive. Qual è l’effetto subito dopo la sottoscrizione? Che effetto si è prodotto? Si è prodotta l’assunzione del rapporto di valuta e la liberazione del debitore originario. Ci può essere l’inadempimento di questi 2 effetti? NO, perché si sono già consumati .

Sono per così dire degli ***effetti reali*** 🡪cioè degli effetti che consistono nella immediata produzione della modificazione della situazione giuridica preesistente.

Quindi rispetto a questi effetti non si può invocare (perché non nascono da questi effetti le situazioni giuridiche obbligatorie di cui si può invocare) l’indempimento, l’eccessiva onerosità sopravvenuta o l’impossibilità sopravvenuta .

Cioè non è che ci si obbliga ad assumersi il debito, non è che ci si obbliga a liberare il debitore originario..no! Si assume il debito e si libera il debitore originario,vedete? Sono effetti che somigliano all’effetto che si ha quando si conclude un contratto di compravendita di un immobile per quanto riguarda l’effetto del trasferimento del diritto di proprietà. Se voi concludete un contratto di compravendita relativo all’appartamento di Mezzocannone che vi ho venduto , l’effetto traslativo quando si produce?nel momento stesso della sottoscrizione del contratto. E rispetto a questo effetto traslativo si può parlare di inadempimento? NO, perché si è già prodotto. Si può produrre l’inadempimento, se anziché l’effetto reale vi fosse un obbligo di dare, se da un contratto sorgesse l’obbligo di trasferire la proprietà. È un’altra cosa.

(cosa diversa nelle cosiddette vendite obbligatorie , esistono cioè delle compravendite in cui in capo al venditore sorge l’obbligo di dare , inteso come obbligo di trasferire la proprietà)ma normalmente si dice il **contratto di compravendita** è un contratto ad effetti obbligatori e reali. Quali sono gli effetti reali? L’effetto si produce immediatamente con il trasferimento della titolarità del diritto di proprietà da Tizio venditore a Caio . Rispetto a questo effetto dunque non è nato un obbligo di cui si può predicare l’inadempimento successivo .

La stessa cosa succede nella cosa che vi ho detto prima col contratto di espromissione liberatoria🡪non è che l’espromittente si obbliga ad assumersi il debito sicchè sorge in capo a lui l’obbligo di prestazione. La liberazione del debitore originario non è conseguenza di un obbligo in capo all’espromissario che appunto si assume il dovere di liberarlo un domani, in un termine infinito. Non è così.

Sono contratti questi *ad* ***effetti immediati***, perciò vi dico reali. Per farvi capire che è lo stesso effetto di cui noi parliamo col trasferimento di diritto di proprietà . E’ un effetto che si produce nel momento stesso in cui si conclude il contratto, e questo effetto non è un effetto che fa sorgere obblighi perché è rispetto agli obblighi che può esserci l’adempimento o l’inadempimento. Qui non si determinano degli obblighi , si determina il trasferimento dell’obbligo, assunzione del debito e l’estinzione del debito originario. Sono effetti che si consumano totalmente nel momento stesso che si sottoscrive il contratto.

Allora il fatto che noi abbiamo detto che qui c’è uno scambio è importante, abbiamo visto come è importante ai fini di richiamare il 1180 anziché il 1236 ; ma non è altrettanto importante l’individuazione di questa natura sinallagmatica del contratto ai fini dell’applicazione dei cosiddetti rimedi sinallagmatici. Perché questi comunque non possono essere applicati al contratto a prestazioni corrispettive che consiste nell’espromissione liberatoria. Perché è proprio la natura degli effetti di questo contratto che impedisce la ipotizzabilità di un futuro inadempimento.

Però certamente nell’espromissione liberatoria , cioè nell’espromissione in cui l’assunzione è condizionata alla liberazione noi possiamo individuare questo scambio tra prestazioni che caratterizza il sinallagma del contratto e lo rende appunto a prestazioni corrispettive. Vi è uno scambio tra l’assunzione del debito che fa l’espromittente e la liberazione del debitore originario che è a carico del creditore che perde il credito nei confronti di Tizio ma l’acquista nei confronti di Caio. Queste sono le 2 prestazioni che si incrociano tra di loro e determinano quello scambio di cui abbiamo detto prima. Questo scambio dunque caratterizza questo tipo di contratto espromissorio che noi chiamiamo propriamente “contratto di espromissione liberatoria”in senso proprio .

 Ma questa definizione non ci consente poi di richiamare, come invece avremmo potuto immaginare, comunque di poter richiamare per questo contratto i rimedi sinallagmatici per le ragioni che abbiamo prima visto.

Vediamo adesso che succede con *l’espromissione cumulativa🡪*anche l’espromissione cumulativa è un contratto a prestazioni corrispettive? Qui la risposta dovrebbe essere no.. c’è l’assunzione del debito ma *non* c’è al *liberazione del debitore originario* e se ci fosse ,quale conseguenza della remissione, sarebbe conseguenza della remissione, non sarebbe in un intreccio sinallagmatico con l’assunzione del debito altrui. Sono 2 cose diverse . Una cosa è che la liberazione è il corrispettivo dell’assunzione del rapporto di valuta ; altra cosa è invece la liberazione che è conseguenza dell’autonoma e unilaterale dichiarazione remissoria . Quindi è evidente che l’espromissione cumulativa anche se per ipotesi ci fosse stata la remissione del debito e quindi la liberazione del debitore originario, proprio perché l’assunzione non è in funzione della liberazione , quindi non c’è stato uno scambio tra assunzione e liberazione🡪 non possiamo dire che vi è un contratto a prestazioni corrispettive .

Quindi dovremmo dire che l’assunzione cumulativa non è un contratto a prestazioni corrispettive.

 Però c’è una riflessione ulteriore che va fatta perché qualche autore🡪 ha esaminato approfonditamente questi temi e ha detto che in realtà anche nell’espromissione cumulativa noi possiamo individuare uno scambio e lo scambio sta tra l’assunzione del rapporto di valuta in capo all’espromittente e la degradazione a sussidiaria della responsabilità del debitore originario .

Facciamo un passo indietro solo per richiamarlo alla vostra memoria. Abbiamo visto che nel caso di assunzione cumulativa del debito e dunque nel caso di espromissione cumulativa , far proprio il debito originario significa voler diventare verso il creditore “debitore principale”. Dal chè consegue che quando vi è un’assunzione cumulativa, ad esempio un’espromissione cumulativa, la responsabilità del debitore originario degrada a sussidiaria.

Allora qualcuno ha voluto vedere un nesso sinallagmatico 🡪tra l’assunzione del rapporto dia parte dell’espromittente e la degradazione a sussidiaria della responsabilità del debitore originario. Quindi si dice come nell’espromissione liberatoria noi possiamo individuare uno scambio tra l’assunzione del debito e la liberazione del debitore originario, così nell’espromissione cumulativa noi possiamo individuare uno scambio tra l’assunzione del debito e la degradazione a sussidiaria della responsabilità del debitore originario .

E’ così? **NO** non è così..perchè? Perché la degradazione a sussidiaria della responsabilità del debitore originario non è una prestazione a carico del creditore, mentre lo è la liberazione del debitore originario che è un sacrificio che il creditore sopporta.

E poi perché si possa parlare di contratto a prestazioni corrispettive è necessario che le prestazioni connesse con il vincolo della sinallagmaticità siano tutte e 2 volute dalle parti. Ora la degradazione a sussidiaria della responsabilità del debitore originario è un effetto voluto dalle parti? NO è un effetto legale! È un effetto voluto dal legislatore , il quale ci dice che quando l‘assunzione è cumulativa il creditore deve chiedere l’adempimento prima a Tizio e poi a Caio.

Quindi *non* si può parlare “*prestazione”* in senso proprio in capo al creditore🡪sia perché non c’è il sacrificio. È vero che degrada a sussidiaria la responsabilità del debitore originario, però il suo debitore continua ad essere suo debitore. Quindi che sacrificio è? E poi quella è una prestazione che non è voluta dal creditore. Mentre è voluta dal creditore quella della liberazione del creditore originario, perché la proposta viene fatta in questo modo: io mi assumo il debito se tu in funzione di questa assunzione ,libererai il debitore originario. Quindi ci sono le volontà che si incontrano , promittente che vuole assumere ed espromissario che pur di avere l’assuntore-nuovo debitore( rinuncia non è in senso proprio la rinuncia) libera il debitore originario, quindi scambia il nuovo debito col vecchio debito.

Nel caso invece dell’espromissione cumulativa, in cui vi è la degradazione a sussidiaria della responsabilità del debitore originario , questa degradazione a sussidiaria non è una prestazione a carico del creditore. Inanzitutto perché prestazione significa qualcosa che io devo prestare, devo fare, un sacrificio che devo affrontare, e che sacrificio è? Io devo semplicemente seguire un ordine nella richiesta, non è che il debitore originario che è debitore sussidiario non è più mio debitore. Tanto è vero che una volta rivolta la richiesta di adempimento a Tizio , aspetto quei 10giorni che gli ho dato per effettuare il pagamento, dopodiché chiedo il pagamento a Caio. Quindi dove sta la prestazione in senso proprio? Ma poi ancor di più quello che conta è che la prestazione deve essere una prestazione dovuta; questo invece è un *effetto naturale* dell’espromissione. Non è che deve essere voluta dal creditore perché si abbia la degradazione a sussidiaria della responsabilità del debitore originario , si verifica *indipendentemente dalla volontà del creditore.* Quindi che prestazione è? Non è prestazione in senso tecnico, in senso proprio. Quindi qui non siamo in grado di individuare 2 prestazioni che si incrociano l’uno in funzione dell’altra. Io non ho assunto il debito in funzione della degradazione a sussidiaria della responsabilità del debitore originario. Comunque questa conseguenza non è una conseguenza che deve essere voluta dal creditore, perché si verifica anche se il creditore non la vuole.

Quindi non vi è la natura di prestazione a carico del creditore, che noi possiamo individuare in questa conseguenza voluta dal legislatore come effetto naturale dell’espromissione cumulativa, che è quella della degradazione a sussidiaria della responsabilità del debitore originario.

Allora noi siamo in presenza di un quadro oramai chiaro, che abbiamo adeguatamente approfondito:l’espromissione liberatoria è un contratto a prestazioni corrispettive ; l’espromissione cumulativa no. L’espromissione liberatoria consiste in uno scambio , perché la liberazione che è un sacrificio per il creditore , è la prestazione a carico del creditore espromissario , è un sacrificio che il creditore fa in quanto acquista il nuovo debitore ,che si è assunto il rapporto originario. Appunto perché l’assunzione è in funzione della liberazione e la liberazione viene fatta in funzione dell’assunzione. Sono reciproche ovviamente le affermazioni. Prestazione e controprestazione, voluta sia l’una che l’altra ; l’una dall’espromittente l’altra dall’espromissario, che confortano su questo scambio.

Nel caso dell’espromissione cumulativa invece vi è una prestazione a carico dell’espromittente, che si assume il rapporto di valuta originario , la sua prestazione è questa. E a carico del creditore dove sta la prestazione?quale dovrebbe essere la controprestazione voluta dal creditore e offerta all’espromittente ,quale contropartita , quale corrispettivo, quale scambio? Quale dovrebbe essere? La degradazione a sussidiaria della responsabilità..? Ma quella non è neanche una prestazione. Non è una prestazione e comunque in ogni caso non sarebbe una prestazione voluta dal creditore ,si ha indipendentemente dalla volontà del creditore. Non è che il creditore la deve volere, è una conseguenza dell’espromissione cumulativa, effetto naturale della espromissione cumulativa, un effetto legale del’espromissione cumulativa.

 Quindi da una parte contratto a prestazioni corrispettive. Naturalmente quando abbiamo affrontato questo discorso dell’espromissione come contratto a prestazioni corrispettive o no, siamo partiti dal presupposto che l’espromissione è un contratto. Fino a questo momento abbiamo sempre parlato di contratto, “ contratto di assunzione espromissoria”, l’ho dato per scontato.

 “Contratto di assunzione delegatoria” , “contratto di accollo” come stipulazione inserito in un più ampio contratto, “contratto di assunzione espromissoria” inteso come contratto come accordo tra espromittente ed espromissario.

Siamo sicuri che l’espromissione deve essere per forza un contratto? Non potremmo immaginare un’espromissione UNILATERALE? Cioè una espromissione che si realizza , che sia in grado quindi di produrre l’effetto dell’assunzione del rapporto di valuta in capo all’espromittente, indipendentemente dallo scambio di proposta e accettazione . Naturalmente quando noi parliamo di contratto parliamo di incontro di 2 volontà , questo è il contratto. È una almeno duplice manifestazione di volontà che si incontra come accordo su un certo regolamento idoneo a produrre effetti nel mondo giuridico.

È la volontà diretta alla produzione di questi effetti. Questa volontà è una volontà almeno proveniente da 2 soggetti, poi ci possono essere anche di più, ci sono pure contratti plurilaterali . Pensate al contratto costitutivo di società , vi è un contratto plurilaterale, ci sono più parti. Nel nostro caso visto che noi non siamo nell’ambito societario , parliamo in genere di contratti bilaterali, cioè sono contratti che provengono da 2 parti non da 2 soggetti! Sapete..una cosa è parte , una cosa è soggetto!

 La PARTE può essere plurisoggettiva 🡪io e mia moglie compriamo un appartamento. Le parti sono sempre 2, anche se ci sta il venditore , più io e mia moglie siamo 3 soggetti fisici ma le parti sono sempre 2. Io e mia moglie formiamo un unico centro di imputazione di interessi perché tutti e 2 vogliamo comprare la stessa cosa, quindi siamo il COMPRATORE . che poi il compratore è fatto da 2 persone, da 1000 persone non cambia , la parte è sempre una. Quindi quel contratto è un contratto bilaterale perché proviene da 2 parti, non da 2 soggetti attenzione.

Allora il contratto di cui stiamo parlando è un contratto in cui si prevede lo scambio di una proposta e di una accettazione da parte dell’espromittente e dell’espromissario. Le parti di questo negozio sono l’assuntore- espromittente e il creditore-espromissario. Ora ci chiediamo: ma è sicuro che dobbiamo per forza immaginare una struttura bilaterale? Cioè l’espromissione è sempre un contratto o può essere un negozio unilaterale?cioè può esaurirsi nella dichiarazione dell’espromittente il quale dichiara al creditore originario che intende assumersi il debito. Perché c’è bisogno dell’accettazione dell’espromissario perché si abbia questa conseguenza, questo effetto? Dovremmo dire che l’effetto si produce nel momento stesso in cui la dichiarazione unilaterale dell’espromittente viene a conoscenza, perviene all’espromissario. Dovrebbe essere un negozio unilaterale recettizio, potrebbe essere così come ipotesi ? possiamo immaginare che l’espromissione possa esaurirsi in una struttura più leggera, più snella, quella del negozio unilaterale?

Inanzitutto non confondiamo NEGOZIO UNILATERALE e CONTRATTO UNILATERALE!!! Errore gravissimo!

Quello di cui stiamo parlando non è la possibilità che l’espromissione sia un contratto unilaterale! Perché è ovvio che l’espromissione cumulativa è un contratto unilaterale.

Che significa? Qual è il contratto unilaterale? 🡪quel contratto che produce effetti a carico di tutti e 2 ma prestazioni a carico di 1 solo. Se ci rendiamo conto di quello che abbiamo detto prima dell’espromissione cumulativa , nell’espromissione cumulativa c’è l’accordo tra l’ espromittente ed espromissario (quindi siamo in presenza di un contratto)ma la prestazione è a carico dell’espromittente, perché è soltanto l’espromittente che si assume il rapporto di valuta. Sicchè a carico del creditore non ci sono prestazioni , non essendo prestazione la degradazione a sussidiaria della responsabilità del debitore originario.

Invece qual è il negozio unilaterale? 🡪il negozio unilaterale è quella manifestazione di volontà ch produce effetti senza bisogno di combinarsi con la dichiarazione altrui, con la dichiarazione del destinatario degli effetti.

Un negozio unilaterale è la *procura*, negozio costitutivo del potere rappresentativo. Non ha bisogno di essere accettata la procura; il mandato ha bisogno di essere accettato, la procura no..perchè? Perché la procura non fa sorgere obblighi ma determina ,come effetto in capo al destinatario, il sorgere di un potere, di una facoltà , il potere di spendere l’altrui nome. La procura non necessita dell’accettazione. È sufficiente che venga portata a conoscenza del destinatario, cioè di colui il quale deve acquistare questo potere. Perciò è un negozio unilaterale recettizio , che produrrà i suoi effetti nel momento in cui si è verificato questo requisito della recettizietà, cioè è stato portato a conoscenza , è stato ricevuto sostanzialmente dal destinatario.

Allora una cosa è il contratto unilaterale , una cosa è il negozio unilaterale.

 Perché quando parliamo di contratto unilaterale, dal punto di vista strutturale stiamo parlando di un contratto, cioè di un negozio bilaterale. Anche il contratto unilaterale è un negozio unilaterale , anche lì vi è lo scambio di proposta e accettazione. Ma sono dei contratti particolari perché le prestazioni sono a carico soltanto di uno, quindi è tutto il contrario del contratto a prestazioni corrispettive, perciò come esempio vi ho portato quello che vi ho fatto poco fa del contratto di *espromissione cumulativa*🡪 che se è un contratto è un contratto a prestazioni a carico solo dell’espromittente e quindi in quanto contratto che produce prestazioni a carico solo dell’espromittente , è un contratto unilaterale , ma sempre CONTRATTO è!! Quindi non è la stessa cosa dire contratto o negozio!

Il tema invece che noi adesso vogliamo affrontare è un altro: è possibile immaginare, almeno per quanto riguarda l’espromissione cumulativa ovviamente( perché per quella liberatoria il problema non si pone proprio. Perché non si pone proprio? Perché l’assunzione è in funzione della liberazione e la liberazione deve essere voluta dall’espromissario , si vuole una controprestazione dall’espromissario. Non posso imporre unilateralmente una prestazione a carico di un altro soggetto se questi non voglia.) Quindi è fuori discussione che il contratto di *espromissione libearatoria* 🡪è certamente un contratto, è un contratto a prestazioni corrispettive ed è necessariamente bilaterale.

Nel caso invece di contratto di *espromissione cumulativa*🡪il problema si pone! Perché si potrebbe dire ma perché ci vuole un contratto? Non è sufficiente un negozio unilaterale? Tutto sommato l’espromittente non impone niente a nessuno , impone a se stesso l’assunzione del rapporto di valuta e l’effetto prodotto da questa eventuale dichiarazione unilaterale sarebbe un effetto favorevole per il creditore espromissario , certamente un effetto favorevole vedere come abbiamo visto quando abbiamo parlato dell’accollo che la posizione debitoria si rafforza con l’ingresso di un nuovo debitore. Allora perché ci vuole l’accettazione? 🡪Potremmo ritenere che nel caso di espromissione cumulativa non sia necessaria la struttura bilaterale del contratto, ma si potrebbe pensare ad un *negozio unilaterale* di espromissione cumulativa, che produce l’effetto del’espromittente verso l’espromissario nel momento in cui viene a conoscenza dell’espromissario, fatto salvo il potere per l’espromissario di “rifiutare” questo effetto. Ma senza bisogno di accettare, di combinare la propria volontà con quella del proponente espromittente. Perché no?

 Infatti questa opinione è un’opinione sottile, condivisa dal prof. Grasso, è un’opinione che è stata espressa da un altro civilista che è il prof. Donisi.

Il prof Donisi nella sua monografia giovanile sulla “tipicità dei negozi unilaterali” ha dimostrato che nel nostro ordinamento non esiste un principio di tipicità dei negozi unilaterali .

I negozi unilaterali, così come i contratti, sono dominati dal principio dell’autonomia privata che può anche immaginare negozi unilaterali diversi da quelli tipicamente previsti dal legislatore. Non esiste un principio di tipicità dei negozi unilaterali perché se esistesse questo principio ovviamente l’espromissione cumulativa come negozio unilaterale non sarebbe configurabile, perché il legislatore non lo costruisce come negozio unilaterale,lo costruisce come *contratto*.

Ma se è consentito alle parti , utilizzando il potere di autonomia privata, di costruire i negozi unilaterali così come si possono costruire tutti i contratti si possono costruire pure i negozi unilaterali, allora se è vero questo perché non lasciare alle parti la possibilità di immaginare un negozio unilaterale di espromissione cumulativa ?

Il problema nasce dal fatto che fino agli anni ’70 (quando c’è stato questo importante contributo del prof. Donisi e anche di altri studiosi che hanno lavorato in questa direzione) esisteva nell’ ordinamento civilistico una sorta di dogma che proveniva dal passato e cioè quello della tipicità dei negozi unilaterali. Cioè si diceva i negozi unilaterali sono solo quelli previsti dal legislatore, perché? Perché siccome i negozi unilaterali sono quei negozi con i quali in base ad una manifestazione di volontà di una sola parte si produce un effetto nella sfera giuridica altrui, si diceva questa possibilità deve essere consentita solo quando lo vuole il legislatore, altrimenti facciamo una cosa un po’ invasiva , un po’ aggressiva . Io invado la sfera giuridica altrui con una mia dichiarazione di volontà e questo non è consentito. Se non quando il legislatore lo vuole.

Allora vi sarebbe questa prospettiva più antica ,ancorata al dogma della tipicità del negozio unilaterale, una sorta di numerus clausus di negozi unilaterali, sono soltanto quelli tipicamente previsti dal legislatore. Il principio generale dettato in tema di contratto dell’autonomia privata (poi c’è la norma che dice “questi principi in tema di contratto si applicano a tutte la manifestazioni di volontà in quanto compatibili ecc..”) non si applicherebbe ai negozi unilaterali , perché i negozi unilaterali proprio perché sono invasivi nella sfera giuridica altrui devono essere controllati a monte dal legislatore. È il legislatore che valuta se vanno bene o non vanno bene; l’autonomia privata non può nulla!

Allora di fronte al quadro della tipicità dei negozi unilaterali, quindi al numerus clausus dei negozi unilaterali, del dogma della intangibilità della sfera giuridica altrui, allora è ovvio in questa prospettiva il discorso della possibile creazione di un‘espromissione cumulativa come negozio unilaterale è inconcepibile.

Ma appunto siamo sicuri che esista un dogma della intangibilità della sfera giuridico-patrimoniale?

Siamo sicuri conseguentemente che esista un numero chiuso, predeterminato, tipizzato di negozi unilaterali?

Siamo certi che l'autonomia privata non possa espandere la sua potenza creatrice, anche con riferimento ai negozi unilaterali?

Probabilmente se proseguiamo nel ragionamento fatto da questi studiosi dobbiamo passare da una costatazione, che ha messo in crisi l'intero dogma della tipicità del negozio unilaterale. Qual è questa constatazione? Che non è vero che non si possa invadere la sfera giuridica altrui nel nostro ordinamento, senza il consenso contrattuale del titolare dell’altrui sfera giuridica invasa. Non è vero. E ne abbiamo una prova che già conosciamo , che è quella dell'Assicurazione a favore del terzo (ovviamente è un contratto). Ma il terzo si vede invadere la propria sfera giuridica senza aver partecipato a quel contratto. È vero o no? Quindi è la stessa cosa che si verifica col negozio unilaterale invasivo dell’altrui sfera giuridica.

Se esaminiamo il codice e ci rendiamo conto che ci sono gli articoli 1411 e ss ci rendiamo conto che il nuovo codice del’42 ha previsto una cosa non da poco, anche sul piano sistematico per le ricadute sistematiche di questa osservazione: ha previsto che si possa invadere la sfera giuridica del terzo, beneficiario, senza il consenso del terzo. Il quale certo può aderire e rendere irrevocabile , può rinuciare ma l’effetto lo acquista senza bisogno che egli condivida contrattualmente il negozio da cui l’effetto invasivo si è prodotto.

Allora non è vero che c'è l'intangibilità della sfera giuridiche. Anzi! Le sfere giuridiche patrimoniali non sono intangibili, monadi chiuse o difese da una corazza impermeabile .

Come vedete chiunque quindi può entrare nel nostro patrimonio e produrre un effetto, ovviamente lo può fare purchè l'effetto sia favorevole. Allora il problema è tutto là. Se l'effetto è favorevole e fermo restando ,ancorchè l’effetto sia sfavorevole comunque potrebbe non essere gradito al beneficiario dell’effetto , sicchè bisogna sempre riconoscere al titolare della sfera giuridica invasa la possibilità di cacciare fuori da sé questo effetto, anche se favorevole eh.

Fermo questo allora non c'è più nel nostro ordinamento il principio della intangibilità , perchè vi è possibilità di invadere la sfera giuridica altrui, purchè questa invasione comporti un vantaggio per il titolare della sfera giuridica e purchè il titolare della sfera giuridica invasa possa dire ex post “grazie ma non voglio niente, rifiuto”.

Allora non è vero che c’è il dogma della intangibilità! Allora se non è vero quel dogma della intangibilità della sfera giuridica altrui, non sono nemmeno veri i corollari che si fanno discendere da quel dogma. Non è neanche vero la tipicità e il numero chiuso dei negozi unilaterali.

Allora, venendo a noi, perchè l'espromittente, il quale produce un effetto favorevole nella sfera giuridica altrui, perchè si assume cumulativamente il debito altrui, quindi raddoppia la posizione debitoria,rafforza la posizione del creditore,si assume cumulativamente il debito altrui, perchè non deve essere ritenuta possibile una espromissione cumulativa unilaterale (che non sia contratto ma che sia negozio unilaterale)?

Vedete quando diciamo che il contratto di espromissione è un contratto..attenzione! Non è che è necessariamente un contratto, perché c’è un tipo di espromissione (solo l’espromissione cumulativa si presta a una cosa del genere)in cui proprio perchè, l'espromittente produce un effetto vantaggioso per l'espromissario, a carico del quale non c'è nessun effetto negativo (del resto l'espromissario è sempre libero di rifiutare gli effetti, sulla base dei principi generali desumibili dal 1411 ess), perchè non immaginare che l'effetto si produca nel momento stesso in cui l'espromittente dichiara all'espromissario che vuole assumersi il rapporto di valuta originario, senza bisogno di aspettare l'accettazione?

Questa è la cosa importante. Quale sarebbe la conseguenza pratica? Se è un contratto, allora la dichiarazione dell'espromittente è una proposta, che deve essere accettata dall'espromissario. Il contratto si conclude quando l’accettazione viene a conoscenza del destinatario, cioè dal proponente.

Se invece, l'espromissione cumulativa può anche essere negozio unilaterale, allora dovremmo dire che l'effetto dell'assunzione del rapporto di valuta si produce immediatamente nel momento in cui la dichiarazione dell'espromittente è portata a conoscenza dell'espromissario, lasciando all’espromissario solamente un congruo termine per consentirgli l’esercizio di quel potere di rifiuto di cui abbiamo parlato.

Discorso che io condivido, Cicala no. Nel saggio di Cicala sull'espromissione troverete su questo punto una critica, che secondo me non coglie proprio nel segno.

Cicala diceva di non essere d'accordo perchè, l'effetto che si produce è un effetto favorevole, però non è un effetto “compiutamente favorevole” perchè tutto sommato il creditore deve seguire un ordine nell'adempimento,a cui prima non era tenuto.

Cioè l'effetto vantaggioso è mitigato dal fatto che il creditore, non è che è tenuto ad una prestazione, però comunque è tenuto ad un onere, all'onere della preventiva richiesta, e cioè deve seguire un ordine nella richiesta di adempimento (prima a Tizio,poi Caio, poi Sempronio). Quindi lui diceva che non fosse possibile immaginare un effetto del tutto favorevole.

Grasso🡪A me questo però sembra un po' contraddittorio. Perchè se è così, allora saltano anche molte considerazioni fatte sulla natura di effetto favorevole dell'accollo cumulativo e così via. È un’affermazione un po’ pericolosa.

Quindi, nel testo che voi studiate,sul punto sostiene che l'idea dell'espromissione cumulativa come negozio unilaterale potrebbe apparire contraddetta dal fatto che il creditore è vero che ha un effetto prevalentemente vantaggioso, ma non è da considerarsi totalmente vantaggioso perchè questo effetto vantaggioso è diminuito in qualche modo , mitigato dal fatto che in capo al creditore si determina un “onere di preventiva richiesta” .

(cioè l'onere di seguire, che è sempre una scocciatura a cui prima non era tenuto. Eh però prima ha un solo debitore, dopo ne tiene 2. Insomma questo secondo il prof. Rappresenta un vantaggio maggiore di quel po’ di fastidio che gli dà l’onere della preventiva richiesta.

Io ritengo che le cose stiano come dice Donisi, il prof Cicala invece no, e questo dimostra che non parliamo di verità assolute ma di cose opinabili, delle quali si può parlare con spirito critico.

**L'espromissione si esprime con un contratto, certamente contratto quando è espromissione liberatoria. Quando si parla invece di espromissione cumulativa, non è detto che debba essere necessariamente un contratto.** Potremmo anche immaginare un negozio unilaterale di espromissione, che quindi produce i suoi effetti nel momentoin cui la dichiarazione dell’espromittente ( non più proposta contrattuale bisognosa di accettazione come accadrebbe nel caso del contratto)ma mero negozio unilaterale recettizio che viene portato a conoscenza del destinatario.

Per poter dire questo bisogna condividere una serie di cose: innanzitutto che non esista più il numero chiuso dei negozi unilaterali, che non esista più il dogma dell'intangibilità della sfera giuridica altrui, ma questo ormai è acquisito dalla dottrina moderna (dagli anni '70 in poi, condivisa non solo da Donisi ma anche da altri studiosi importanti, Benedetti. Si è arrivati a questa conclusione oramai accettata e anche Cicala la accetta. Tanto è vero che Cicala dice che non è che non accetta questa idea di Donisi perché penso ci sia il numero chiuso dei negozi unilaterali. Ha ragione Donisi, va bene. Però siamo sicuri che qui l’effetto è realmente vantaggioso? Su questo c’è contrapposizione tra Cicala e il prof. Grasso. Cicala dice che c’è qualcosa che mitiga la favorevolezza e in qualche modo la diminuisce. Per il prof Grasso non la mitiga e non la diminuisce perché l’onere della preventiva richiesta è una cosa veramente di poco conto , così leggera così di scarso peso. E poi semmai incidesse aprirebbe un capitolo molto grave su tanti aspetti di questo sistema che noi abbiamo costruito).

**Lezione prof. Grasso 3 novembre 2014**
Dunque stiamo facendo ancora delle riflessioni sulla espromissione nel quadro dell'assunzione del rapporto di valuta, assunzione del debito altrui.
L'ultima volta abbiamo esaminato il tema della natura giuridica del contratto di assunzione espromissoria e abbiamo visto che quando siamo in presenza di una espromissione liberatoria possiamo parlare di contratto a prestazioni corrispettive, quando invece siamo in presenza di una espromissione cumulativa non possiamo parlare di contratto a prestazioni corrispettive perché non può essere considerato una prestazione corrispettiva la degradazione sussidiaria della responsabilità del debitore originario.
Abbiamo poi detto che però la qualificazione di questo contratto in termini di sinallagmaticitá non serve a richiamare la disciplina dei contratti a prestazioni corrispettive, almeno per quanto riguarda i così detti rimedi sinallagmatici: la risoluzione del contratto, l'eccezione di inadempimento, perché gli effetti dell'espromissione si esauriscono del momento stesso in cui si producono quindi non è immaginabile rispetto a quegli effetti un inadempimento;dal contratto di espromissione derivano degli obblighi che possono essere inadempiuti o rispetto ai quali si possa parlare di impossibilità sopravvenuta o di onerosità successiva. Quindi contratto a prestazioni corrispettive é certamente l'espromissione liberatoria ma da ciò non deriva l'applicazione dei rimedi sinallagmatici; l'espromissione cumulativa é invece un contratto non a prestazioni corrispettive.
Poi ci siamo posti un altro problema l'espromissione deve essere necessariamente un contratto oppure possiamo avere un espromissione unilaterale? Non contratto, negozio unilaterale di espromissione, forse se ne può parlare con riferimento all'espromissione cumulativa perché quando il terzo assuntore dichiara di volersi assumere il rapporto di valuta deriva da ciò una conseguenza favorevole per l'espromissario e dunque si può immaginare che questa operazione si possa concludere attraverso una dichiarazione unilaterale che diventa efficace nel momento in cui viene a conoscenza del destinatario, senza bisogno dunque che vi sia una accettazione che a sua volta deve essere portata a conoscenza del proponente. Quindi mentre in un contratto come sappiamo c'è lo scambio di proposta e di accettazione e che il contratto si considera concluso quando vi è l'accettazione della proposta, e quando le parti sono distanti il contratto si riterrà concluso quando l'accettazione è pervenuta a conoscenza del proponente, queste sono regole generali che riguardano la conclusione del contratto, ecco tutte queste regole non si applicherebbero nel nostro caso qualora l'espromissione cumulativa potesse essere immaginata come negozio, come dichiarazione unilaterale; e forse, dicevo forse,questo é possibile perché c'è la possibilità oggi nel nostro ordinamento di costruire negozi unilaterali anche atipici, quindi non soltanto noi conosciamo i negozi unilaterali tipici quelli tipicamente voluti e previsti dal legislatore ma vi è la possibilità anche di immaginare lo spiegarsi dell'autonomia privata con riferimento ai negozi unilaterali giacché le ragioni in base alle quali la dottrina più antica sosteneva che i negozi unilaterali dovessero essere per forza tipici sono ragioni superate, superate da una riflessione che ha dimostrato che nel nostro ordinamento non vige più il dogma della intangibilità delle sfere giuridico patrimoniali, c'è semmai il principio della protezione della sfera giuridico patrimoniale nel senso che un qualsiasi soggetto può provocare effetti che siano direttamente e immediatamente prodotti nella sfera giuridica di un altro soggetto purché questi effetti siano favorevoli e purché sia consentito al destinatario di questi effetti, quindi al titolare del patrimonio nel cui ambito si produce questo effetto favorevole di rifiutare l'acquisto applicando in via generale sostanzialmente quella normativa che abbiamo vista dettata dal legislatore in tema di stipulazione a favore del terzo. Anche li c'è un contratto ovviamente però l'effetto che si produce favorevole é un effetto che si produce nel patrimonio del terzo senza che il terzo abbia accettato alcunché, il terzo comunque acquista il diritto, la sua adesione, cioè la dichiarazione di voler approfittare della situazione a suo favore é soltanto una dichiarazione che rende irrevocabile un acquisto già avvenuto in via generale; con riferimento all'accordo la situazione é lievemente diversa per le ragioni che sappiamo. Quindi quei principi che sono desumibili della disciplina della stipulazione a favore del terzo e che hanno dunque valore generale questi principi ci consentono di dire oggi di fronte a questi indici normativi che la intangibilità delle sfere giuridico patrimoniali é oramai un dogma che appartiene al passato quindi non è il risultato di una dimostrazione é un dogma qualcosa che viene affermato senza alcun supporto argomentativo e che deve essere superato a sua volta da queste argomentazioni successive.
Io ho detto “forse” si può immaginare l'espromissione cumulativa come negozio unilaterale, forse, perché in realtà si potrebbe dubitare, e Cicala come vi ho fatto notare la volta scorsa ne ha dubitato nel suo saggio sull'espromissione, che l'effetto sia favorevole tanto favorevole da giustificare l'applicazione di quei principi generali di cui io vi ho adesso ricordato l'esistenza nel nostro ordinamento; perché? Perché si dice da parte del Cicala ma tutto sommato comunque il creditore non riceve soltanto un effetto favorevole ma é anche costretto a subire un peso, un onere,e cioè l'onere della preventiva richiesta, cioè ha l'onere di rivolgere la richiesta di adempimento per causa di espromissione cumulativa prima all'assuntore e poi al debitore originario, perché? Perché come sappiamo assumere il debito altrui quando l'assunzione é cumulativa significa volerlo far proprio nei confronti del creditore, e che significa volerlo far proprio nei confronti del creditore? Significa  voler diventare nei confronti del creditore debitore principale, ma sei io voglio diventare nei suoi confronti debitore principale questo significa che la responsabilità del debitore originario degrada a sussidiaria; che significa questo? Significa che l'obbligazione solidale e cioè tra l'assuntore e il debitore originario é un obbligazione solidale che però é corretta da questo onere della cosiddetta preventiva richiesta. Io non posso io creditore scegliere liberamente il debitore al quale chiedere l'adempimento, quindi la solidarietà in questo caso non è caratterizzata dalla cosiddetta libera electio, la libera scelta da parte del creditore, ma é quella caratterizzata dall'onere della preventiva richiesta cioè il creditore deve seguire un ordine della richiesta di adempimento, sicché si dice il debitore che vede degradarsi a sussidiaria la propria responsabilità é protetto dal cosiddetto beneficumordinis, cioé il beneficio dell'ordine. Se la richiesta di adempimento da parte del creditore venisse rivolta direttamente al debitore originario, il debitore originario potrebbe opporre il beneficio dell'ordine, potrebbe eccepire il beneficio dell'ordine, dice no guarda tu devi chiedere l'adempimento prima all'assuntore e poi potrai rivolgersi a me. Allora questa necessità, questa doverosità che é in capo al creditore, questa doverosità che consiste appunto nella necessità di rivolgere la richiesta di adempimento prima a un soggetto e poi ad un altro, rappresenterebbe una attenuazione di quel beneficio tale da non consentire l'applicazione di quei principi generale. Dal punto di vista ovviamente non abbiamo controprove in questo caso come sappiamo stiamo ragionando, un ragionamento che io personalmente non lo condivido, non mi sembra convincente questa replica che fa il professor Cicala, perché è vero secondo me che si attenua in qualche modo il beneficio ma questa attenuazione del beneficio non è tale, non è così grave, non è così gravosa da farlo scomparire del tutto. Quindi io ritengo che forse sia più ragionevole, più condivisibile la tesi del professore Donisi il quale sostiene nell'ambito della sua ampia ricostruzione dei negozi unilaterali atipici che anche l'espromissione cumulativa può essere un negozio unilaterale atipico, ovviamente perché tipicamente di solito lo prevede come contratto, ma si può immaginare quando si vuole l'espromissione cumulativa che non si debba costruire una struttura così complessa come quella che consiste nel contratto che determina lo scambio, che presuppone vuole lo scambio di proposta e accettazione.
Allora adesso il quadro é abbastanza completo no per quanto riguarda la norma giuridica; é un contratto? Si é certamente un contratto quando si tratta dell'espromissione liberatoria; è contratto anche l'espromissione cumulativa? Be qui c'è un problema di qui abbiamo parlato, probabilmente si ma potrebbe anche darsi che invece si possa immaginare un non contratto quando si tratti di espromissione cumulativa cioè un negozio unilaterale. Diciamo che la prospettazione più condivisa è però quella della natura contrattuale dell'espromissione sia cumulativa, sia liberatoria. Una volta detto che stiamo parlando di un contratto ci chiediamo poi: ma questo contratto è anche un contratto a prestazioni corrispettive? E qui ci siamo detti già tutto e quindi non lo ripeto per l'ennesima volta, é un contratto a prestazioni corrispettive quando si tratta di una espromissione liberatoria; non è un contratto a prestazioni corrispettive quando si tratta di una espromissione cumulativa.
Sappiamo, l'ho detto più volte lo ripeto, che l'espromissione liberatoria è quella espromissione in cui la liberazione è condizione espressa dell'assunzione, è la proposta del contratto espromissorio che deve prevedere l'assunzione in funzione della liberazione. In questa prospettazione la assunzione è una prestazione corrispettiva rispetto alla liberazione del debitore originario, e la liberazione del debitore originario non è che effetto di questa espromissione è effetto del contratto quindi in quanto effetto del contratto questo significa che l'espromissario, nel momento in cui accetta di concludere un contratto di assunzione liberatoria, assunzione espromissoria liberatoria, accetta di scambiare il suo credito originario nei confronti del debitore originario liberato con il credito nei confronti dell'assuntore, quindi scambia il suo credito con un altro credito. Ora questa attività di scambio attiene al potere dispositivo che sta dentro il credito, potere dispositivo che è un potere attuativo del credito sia pure in maniere indiretta; un po' come dire io posso godere del mio appartamento abitandolo, posso godere del mio appartamento locandolo perché ne godo ancorché indirettamente ne ricevo un reddito da questo appartamento, quindi non è che se io fitto l'appartamento non sto attuando il mio interesse proprietario, sto attuando il mio interesse proprietario. Lo stesso succede con il credito, il mio interesse creditorio io lo posso attuare sia chiedendo la prestazione al debitore ma posso anche attuare e soddisfare il mio interesse creditorio in maniera indiretta, disponendo del mio credito, magari vendendolo ecco cessione del credito, sconto bancario; io vi ho già più volte detto che lo sconto bancario é un contratto di cessione del credito che ha la natura della vendita che in realtà si cede dietro corrispettivo di una somma di denaro (vi ricordate? L'abbiamo detto all'inizio di queste nostre lezioni, all’inizio di ottobre un mese fa circa) allora quando il creditore vende il credito ha soddisfatto il suo interesse creditorio? Certo ha disposto del credito scambiando quel credito con un altra cose che però lo soddisfa e che rappresenta un equivalente' e cioè il prezzo di vendita, il valore attuale di quel credito, scambio il credito con una somma di denaro oggi; che ho fatto ho rinunciato ad essere creditore? Ho rinunciato al credito? Non ho rinunciato al credito anzi ho soddisfatto il mio interesse creditorio in questo modo. È un potere dispositivo che sta dentro il credito sta dentro il diritto di credito ma non solo anche nel diritto reale; se io sono proprietario di un appartamento ripeto è lo loco, lo fitto non è che sto dismettendo oppure non sto realizzando i miei poteri proprietari, sto realizzando i poteri proprietari, cioè dentro ai poteri che il proprietario c'ha lui c’ha anche questo; il diritto è un fascio di poteri? Si e questo poteri sono compositi, sono diversi tra questi c'è anche questo potere dispositivo del credito o del diritto. Allora quando io cedo il credito dietro corrispettivo di uno somma di denaro ho soddisfatto, ho attuato la posizione creditoria, perché sia pure in maniera indiretta ho ricevuto il soddisfacimento del mio credito, oggi il mio credito è soddisfatto dalla somma di denaro che ricevo, oggi, dal cessionario. Ora la stessa cosa accade nel caso dell'espromissione liberatoria come già vi ho fatto notare la volta scorsa, che nel caso di espromissione liberatoria la liberazione è in funzione dell'assunzione e viceversa, quindi non è che c'è l'assunzione e poi viene liberata no c'è l'assunzione in quanto c'è la liberazione dunque sostanzialmente vi è uno scambio tra assunzione e liberazione. Allora se il creditore vuole questo scambio significa che ha voluto realizzare il suo credito verso Tizio scambiando il credito verso Tizio con il credito verso Caio, che equivale a quello che vi ho detto prima; se io cedo il mio credito alla banca di un milione di euro al 31 dicembre 2015 per pigliarmene 800 mila oggi significa che ho soddisfatto il mio credito scambiando quel credito con la somma di denaro, quindi ho sempre esercitato un potere dispositivo che sta dentro il credito, che non è fuori dal credito. È importante questo discorso? Certo che è importante, non soltanto sul piano della teoria generale, questo è un discorso che riguarda tutti i diritti ovviamente, tutto ciò di cui noi parliamo a valore generale per l'intero ordinamento e per tutti gli argomenti civilistici di cui vi occuperete anche in futuro; ma è importante perché alla luce di questa considerazione, di questa constatazione, perché questa è una constatazione non un invenzione, abbiamo constatato che è così, una volta che abbiamo constatato che è così ne derivano dei corollari. Quale è il corollario al quale voglio fare ora riferimento? Voglio richiamare la vostra memoria ad un discorso che abbiamo fatto pochi giorni fa e cioè di fronte a questa situazione come si atteggia l'esigenza e come viene valutata dal legislatore l'esigenza che potrebbe avere il debitore a non essere liberato? Il debitore originario, nel caso dell'espromissione l'espromesso, potrebbe non aver voglia di essere liberato, non vuole; ci sono ragioni anche economiche per non volere una cosa del genere, ho fatto notare la volta scorsa quel debito è nel mio bilancio ed è un debito che nel mio bilancio assorbe l'attivo, bilancia l'attivo, il bilancio è una bilancia che pesa attimo e passivo, si bilanciano le due poste quindi se due poste si bilanciano l'utile è uguale a zero; le tasse su che cosa si basano? Sui debiti? Ancora non siamo arrivati a questo (può darsi che questa fase che c'è nel nostro paese di recuperare tasse in tutte le direzioni si arriverà anche a questo, però per il momento non è ancora consentito). La tassazione riguarda il guadagno quindi l'utile ciò che esce fuori dal bilancio, dal bilanciamento di attivo e passivo, se in questo bilanciamento il passivo è più dell'attivo allora noi siamo in rosso, abbiamo una perdita, se invece il bilanciamento tra attivo e passivo è a favore dell'attivo e allora noi quel surplus che abbiamo rappresenta un utile e su quell'utile gravano le tasse, allora che cosa si può fare per evitare l'utile? Bisogna evitare che l'attivo sia superiore al passivo e come si fa? Si aumenta il passivo, se si può fare. Allora se io sono debitore e quindi sto dentro a quel quadro del passivo in modo tale da impedire che scatti un utile, perché arriva un terzo si assume il debito anzi se lo assume pure con efficacia liberatoria nei miei confronti io potrei avere interesse a non essere liberato, allora questo interesse è tutelato? Abbiamo visto che per rispondere a questa domanda dobbiamo capire in che modo è avvenuta la liberazione; Se la liberazione è effetto del contratto di assunzione espromissoria, perché l'espromissione è un espromissione liberatoria in senso proprio cioè condizionata alla liberazione qua l'interesse non può essere soddisfatto, perché? Perché la situazione è assimilabile a ciò che succede con l'art. 1180 in cui il creditore può rifiutare l'adempimento ma non deve rifiutare l'adempimento quando vi è l'opposizione del debitore originario, perché? Perché li il creditore sta attuando il suo credito e quindi l'interesse del creditore ad ottenere il soddisfacimento vince sull'interesse del debitore a non essere liberato. Se invece la liberazione non è conseguenza del contratto di assunzione espromissoria ma è conseguenza della dichiarazione unilaterale del creditore, la quale dichiarazione unilaterale avrebbe dunque la natura remissoria del debito e allora si applica il 1236 che consente al debitore di impedire la sua liberazione opponendosi alla remissione. Perché questa diversità di trattamento? Perché questa volta il legislatore preferisce l'interesse del debitore rispetto l'interesse del creditore perché l'interesse del creditore è meno meritevole di tutela in quanto l'interesse del creditore è un interesse rinunciativo, non attuativo del credito, non dispositivo del credito, chi rinuncia non dispone! Io non dispongo del credito non voglio niente rispetto a quel credito quindi me ne vado, meno dispositivo della rinuncia non c'è nulla. Ora così si spiega la ragione per la quale vi è questa diversità di disciplina, questa diversità di prospettiva e vi è quella diversità di soluzioni che io vi ho spiegato. Chiaro questo discorso ragazzi?
Andiamo avanti, l'espromissione è ovviamente basata sulla valuta perché la causa dell'espromissione è l'assunzione della valuta. Facciamo qualche gioco di ingegneria giuridica e immaginiamo che le parti vogliano una espromissione astratta dalla valuta; si dice che le parti possano tutto, nell'ordinamento civilistico tutto è disponibile tranne poche cose che sono tutelate da norme imperative, il resto sono norme dispositive, la volontà delle parti può fare tutto; allora possono le parti del contratto di assunzione espromissoria volere un'espromissione astratta dalla valuta, cioè una espromissione in cui si dica, e questo è il modo per astrarre la valuta, l'espromittente non potrà opporre al l'espromissario le eccezioni fondate sulla valuta, ecco una cosa di questo genere è consentita? Ma la risposta qua è facile, ed è una risposta immediatamente negativa, non è consentito, perché? Perché astrarre la valuta significa rendere il contratto espromissorio privo di causa, dunque astratto non dalla valuta, astratto tout court! Esistono nel nostro ordinamento i negozi o per meglio dire, visto che qui stiamo parlando di quale particolare tipo di negozio che è il contratto, i contratti astratti? No, nel nostro ordinamento i contratti non sono astratti sono sempre causali, hanno sempre necessita di una causa, la causa è un elemento essenziale del contratto da cui non si può prescindere, se non c'è la causa il contratto non c'è è inesistente, è nullo perché manca un elemento essenziale del contratto, un requisito dice il codice. Quindi se le parti volessero costruire una espromissione simile alla delegazione, la delegazione può essere astratta dalla valuta? Certo; la delegazione può essere astratta dalla provvista? Certo. Ecco l'espromissione che è già di per se astratta dalla provvista, perché è il legislatore che costruisce l’espromissione come un contratto di assunzione astratto dalla provvista che si dice, salvo patto contrario ovviamente, normalmente l’espromittente non può opporre all’espomissario le eccezioni fondate sul rapporto di provvista, cioè sul rapporto che lo lega al debitore originario, cioè ciò che è dentro questo rapporto tra espromittente ed estromesso non può mai riguardare l’espromissario; anzi abbiamo detto questa è una delle ragioni da valutare quando il creditore deve dare il suo assenso ad una certa operazione giuridica, perché le eccezioni relative alla provvista sono fastidiose per il creditore espromissario, giacché sono eccezioni che il creditore espromissario non può valutare preventivamente, non può prevedere preventivamente perché non è parte del rapporto sottostante, non lo conosce, allora il fatto che l'espromissione sia del tutto astratta dalla provvista è una cosa che ha una sua utilità, però se è astratta dalla provvista non può essere nel nostro caso astratta anche dalla valuta perché altrimenti finirebbe per essere senza causa. E già, ma la delegazione non abbiamo detto che può essere astratta sia dalla valuta che dalla provvista? Certo, però non è anche dalla causa! Quindi nella delegazione noi possiamo immaginare un'operazione  negoziale di quel genere che astragga, e cioè prescinda dal rapporto sottostante di valuta, dal rapporto sottostante di provvista perché la causa della delegazione è l'agire per conto, che allude alle cause sottostanti ma non le richiama e in qualche modo noi abbiamo visto che rappresentano una parvenza di provvista in quanto il contratto di mandato è comunque il contratto tra il delegato e il delegante, cioè tra l assuntore e il debitore originario. Quindi nella delegazione noi appendiamo tutto, tutta questa operazione al chiodo rappresentato dal mandato e quindi possiamo astrarre da tutto, c’è questo minimo di causa che serve e giustifica l’ operazione almeno nella direzione tra solvens ed accipiens, cioè tra delegato e delegatario; poi ne rapporti interni bisognerà fare quel conteggio e li affiorano poi le cause sottostanti. Cause sottostanti alle quali come, ho detto prima, allude il mandato, in che senso allude il mandato? Beh è evidente, se io dico, agisco per conto significa che c’è una ragione interna per qui io agisco per conto e se io delegatario accetto che tu agisci per conto di tizio è perché evidentemente io so che tizio mi deve qualcosa se no direi scusa ma tu che vai trovando da me? Quindi vedete, l’agire per conto richiama sia dal lato del mandatario delegato, sia dal lato del delegatario, allude, richiama queste cause sottostanti, però una cosa è l’allusione, una cosa è il richiamo, quindi noi possiamo avere una delegazione astratta rispetto alla valuta, una delegazione astratta rispetto alla provvista,una delegazione che sia al tempo stesso astratta sia rispetto alla valuta, sia rispetto alla provvista e tuttavia la delegazione non è priva di causa perché c’ha quel po’ di causa, quel minimo di causa, quel chiodino a cui appendere che è l’ agire per conto, il mandato, il richiamo allo iusdelegatarium. Nel caso dell’espromissione invece in cui il rifiuto di ogni richiamo dei rapporti interni è totale perché l espromittente si presenta nudo e crudo all’ espromissario senza alludere a nessuna ragione sottostante, ebbè se non ci fosse la causa del rapporto di valuta, l’espromissione non si appenderebbe da nessuna parte. Quindi mentre noi possiamo concepire una delegazione astratta rispetto alla valuta, rispetto alla provvista, non possiamo concepire un’ espromissione che già di per suo è astratta dalla provvista sia anche astratta dalla valuta perché se noi estraessimo dalla valuta mediante una clausola in cui si convenisse che l espromittente può opporre all’espromissario l’eccezione del rapporto di valuta, finiremmo per astrarre da ogni causa, per togliere dal contratto la causa sua propria e per rendere quindi questo contratto una struttura floscia, moscia che non si appoggia da nessuna parte, su nessun piede, non può essere appeso a nessun gancio. Chiaro? Quindi l’espromissione astratta rispetto alla valuta è certamente un operazione impossibile. E se le parti avessero previsto una clausola di questo genere? Diciamo che per ipotesi le parti nel contratto, cioè l’espromittente e l’espromissario, che son le parti che ci riguardano, le parti contratto di assunzione espromissoria, nel contratto di espromissione convengono che l’espromittente non opporrà le eccezioni relative al rapporto di valuta. Ecco abbiamo detto che questa espromissione così voluta sarebbe un espromissione priva di causa, e però le parti quella clausola l’ hanno inserita, quindi che cosa significa? Che il contratto di espromissione è nullo? Non necessariamente. Potremmo dire che è nulla la clausola perché è incompatibile con la causa dell’espromissione, quella clausola che tende a consentire all’espromittente di liberarsi da questi poteri,dalle eccezioni fondate sul rapporto di valuta, ecco questa clausola è una clausola nulla perché è una clausola che collide, urta, si scontra con quella che è la causa essenziale dell’espromissione da cui non si può prescindere. Allora quella clausola noi diciamo che è nulla per incompatibilità con la causa dell’espromissione perché o è nulla la clausola o se non è nulla la clausola è nulla l’espromissione perché sarebbe priva di causa. Allora è evidente che dobbiamo dire che è nulla la clausola che tende a rendere nullo tutto il resto quindi e incompatibile con l’espromissione. Nullità parziale, sempre nullità parziale? La regola generale voi la dovreste conoscere: la nullità di una clausola si estende all’intero negozio quando si possa desumere dal contratto che le parti non avrebbero voluto il contratto senza quella clausola. E allora a quel punto sarebbe contrario alla volontà rendere nulla soltanto la clausola e volere invece il contratto di espromissione, io il contratto di espromissione l’ ho voluto in funzione del fatto che non vi opporrò l’eccezione relativa alla valuta, se a quel punto scopro che è nulla questa clausola significa che non l’ho proprio voluto il contratto e a questo punto il contratto sarà totalmente nullo. Avete capito quello che vi ho detto ragazzi? Allora la clausola di quel genere inserita in un contratto di assunzione espromissoria è una clausola nulla per incompatibilità con la causa, questa nullità per incompatibilità con la causa non rende nullo però l’intero contratto a meno che le parti non abbiano voluto quel contratto in funzione di quella clausola; se da quel contratto, dal testo di quel contratto, dall’interpretazione del contratto si capisce che le parti, si può desumere che le parti hanno voluto quel contratto ma soltanto qualora fosse possibile non opporre quelle eccezioni, allora è evidente che la nullità della clausola si estende all’intero contratto secondo le regole generali della nullità parziale. Noi abbiamo nullità parziale che diventa nullità totale quando si può interpretare il contratto in modo tale da far risultare che mancherebbe la volontà dei soggetti qualora non ci fosse quella clausola, ma questo significa che quella clausola, il difetto di questa clausola si estende all’intero contratto, chiaro? Facciamo un'altra ipotesi sempre di ingegneria perché gli interessi delle parti possono essere tanti e potrebbe essere che gli interessi si concretino in un contratto attraverso le clausole che vengono inserite in questo contratto, nel regolamento contrattuale vengono inserite delle clausole da cui esce fuori un quadro di quelli che sono gli interessi concreti che le parti vogliono perseguire. Allora ci sono gli interessi concreti che sono compatibili con quello schema contrattuale,ma altri interessi che non sono compatibili, allora se non sono compatibili bisogna capire il perché; Se non sono compatibili perché entrano in rotta di collisione con la causa del contratto allora quelle clausole che veicolano dentro il contratto con gli interessi sono clausole nulle e quella nullità può infettare l’intero contratto per le ragioni già dette. Adesso immaginiamo un altro tipo di clausola facciamo l’ipotesi che nel contratto venga inserita una clausola in cui si dica: l’espromissario, abbiamo voluto un espromissione comulativa, l’espromissario deve chiedere l’adempimento prima all’espromesso e poi all’espromittente, cioè prima al debitore originario e poi al nuovo debitore, ipotesi questa quindi in cui vi sarebbe una conseguenza che è invertita rispetto alla conseguenza voluta normalmente dal legislatore e che è l’essenza stessa dell’assunzione del rapporto di valuta. Cosa vi ho detto anche pochi minuti fa, assumere il rapporto di valuta significa volerlo far proprio verso il creditore e quando l’ assunzione è comulativa volerlo far proprio verso il creditore significa diventare verso il creditore debitore principale. Quindi se vi è un espromissione, una vera espromissione con assunzione del rapporto di valuta in cui la causa è l’assunzione del rapporto di valuta, questo significa che l’espromissario dovrà chiedere necessariamente, per assecondare questo disegno causale voluto dalle parti, deve chiede l’adempimento prima all’assuntore, cioè all’espromittente, e poi all’espromesso. Facciamo invece l’ipotesi che le parti questo effetto l’abbiano voluto in maniera invertita, cioè abbiano scritto dentro il contratto tu espromissario chiederai l adempimento prima a tizio estromesso e poi chiederai a me l’adempimento che sono l’espromittente, ecco noi qui saremmo in presenza della cd. espromissione invertita, perché invertita? Dove sta l’inversione? E c’è l’inversione del beneficiumordinis, mentre ordinariamente il beneficiumordinis funziona a tutela dell’estromesso cioè del debitore originario che vede degradata a sussidiaria la sua responsabilità, qui invece il beneficiumordinis funziona in maniera invertita cioè funziona a vantaggio dell’ espromittente perché è l’espromittente che vede degradata a sussidiaria la sua responsabilità per cui è un debitore secondario, il primo debitore è sempre debitore originario, il debitore originario è ancora il debitore principale. Avete capito questo discorso? Allora noi qui avremmo un espromissione invertita, è possibile una cosa del genere? Certo che è possibile, le parti possono tutto perché non possono volere anche questo? Possono volere questo effetto, però bisogna chiedersi a questo punto se siamo ancora in presenza di un espromissione o siamo in presenza di un’altra cosa, qui il problema non è quello della validità o dell’invalidità perché è certo che è valido, ma è quello della qualificazione di questo contratto, qualificazione che come voi sapete prescinde dal nome iuris utilizzato dalle parti. Le parti potrebbero aver scritto nel documento dove è contenuto questo contratto, espromissione comulativa e però nel regolamento poi esce fuori che non si tratta di un espromissione ma di un'altra cosa; perché vi sia espromissione è necessario cogliere la funzione espromissoria, cioè bisogna cogliere dentro al contratto l’intento delle parti di voler determinare una assunzione comulativa del debito altrui, questa è la causa dell’espromissione; ora in un contratto di questo genere, in un contratto in cui le parti hanno invece voluto che l’espromissario chiederà l’adempimento prima all’estromesso e poi all’espromittente, ebbè la causa che si realizza qual è? Quella dell’assunzione del rapporto di valuta? No, perché non vi è stata l’assunzione del rapporto di valuta, perché l’espromittente non l’ha fatto proprio diventando verso il creditore debitore originario, allora dal regolamento contrattuale si evince che la causa che le parti hanno posto a fondamento causale di questo contratto non è la causa dell’espromissione quindi è ovvio che si può fare un contratto di questo genere, ma non è un contratto di espromissione e quindi è scorretto parlare di espromissione invertita, l’espromissione invertita in quanto espromissione non esiste! Se le parti vogliono un espromissione invertita in realtà sono fuoriusciti dal tipo espromissione e sono entrati in un altro tipo legale con un'altra causa, qual è questa causa? È la causa di garanzia; il terzo cosi detto espromittente, quello che si è auto qualificato come espromittente, in realtà non ha voluto assumere su di se il peso del debito verso il creditore, quindi non ha voluto diventare verso il creditore debitore originario, che cosa ha voluto fare? Ha voluto soltanto garantire il debito altrui come fideiussore. Infatti nella garanzia personale fideiussoria, il fideiussore che garantisce il debito non prende su di se il peso del debito verso il creditore, non diventa verso il creditore debitore principale, non prende su di se il debito, lo garantisce! Una cosa è assumersi il debito, altra cosa è garantirlo. Quando noi parliamo di contratto di garanzia ci riferiamo ad un contratto, a un tipo di contratto caratterizzato dalla causa di garanzia, la cd. causa cavendi e caratterizzato dalla cd. prestazione di garanzia, che è cosa diversa da quell’effetto di garanzia in senso ampio che si ha ogniqualvolta vi è una assunzione cumulativa del debito; che cosa voglio dire? Quando vi è una assunzione cumulativa del debito è ovvio che il creditore vede maggiormente garantita la sua posizione, perché? Perché ha due debitori nei confronti dei quali esercitare il suo diritto, e due è meglio di uno, tre è meglio di due, più ne sono e meglio è perche più ci sono debitori solidali più si accresce la garanzia del creditore, nel senso che aumentano le probabilità che il creditore vede soddisfatto il suo interesse. Quindi vedete che in ogni ipotesi di assunzione cumulativa vi è anche questa conseguenza della garanzia, ma è cosa diversa questa garanzia di cui noi parliamo quando parliamo della moltiplicazione del soggetto passivo del rapporto di obbligatorio rispetto alla garanzia che scaturisce dal contratto di garanzia e cioè dalla fideiussione, perché in caso di contratto di garanzia il garante è diverso dall’assuntore e quindi si parla di garanzia in termini diversi da come si parla di garanzia dei confronti dell’assuntore; è chiaro chi si assume il debito altrui in senso lato garantisce la posizione del creditore perché la posizione del creditore si accresce di questo altro potere nei suoi confronti, ma egli non vuole garantire vuole assumere, vuole fare proprio il peso economico e giuridico del debito verso il creditore tanto è vero che diventa verso il creditore il debitore, l’altro vede degradata a sussidiaria la sua responsabilità. L’altro caso lo sconto, chi è il debitore? Il mio debitore chi è? È l’assuntore l’altro è debitore sussidiario. Quindi noi abbiamo un contratto di assunzione quando il contraente intende assumersi il debito, che poi il fatto che si assume il debito in qualche modo garantisce di più il creditore questa è una conseguenza diversa, ulteriore,che dipende dal fatto che vi è il vincolo della solidariètà passiva, non è che l’intenzione è quella di garantire, l’intenzione è assumere poi con l’assumere ci sta anche il garantire perché è ovvio se io me la assumo cumulativamente ti ho rafforzato comunque la posizione, ma sono un assuntore non sono un garante, perché? Perché ho voluto diventare verso di te debitore principale. Se invece dal regolamento contrattuale risulta che il terzo, che magari si è anche autodefinito espromittente, non vuole diventare debitore principale perché dentro il contratto si scrive guarda tu però devi chiedere l’adempimento prima all’espromesso allora significa che io no mi sono voluto assumere il debito l’ho voluto garantire,quindi abbiamo fatto un’altra cosa non abbiamo fatto un contratto di espromissione abbiamo fatto una fideiussione; è la stessa cosa? Non è la stessa cosa perchè viene disciplinato da tutt’altra parte del codice. Quindi quando noi parliamo di espromissione invertita, attenzione,in realtà stiamo parlando di un contratto che è un contratto di garanzia, è un contratto che appartiene ad un’altra categoria che è riconducibile ad un altro tipo contrattuale, perché? Perché è caratterizzato da un’altra causa, quello che le parti intendono realizzare non è l’assunzione del rapporto di valuta causa dell’espromissione, ma è la garanzia del rapporto di valuta e allora non abbiamo fatto un’espromissione, abbiamo realizzato un’altra funzione, la funzione della garanzia, quindi abbiamo fatto un altro contratto cioè la fideiussione. Insomma questo è un problema anche di carattere generale non è che la causa è qualcosa che viene presa da sola e viene messa dentro questo contratto il contratto è il contratto cioè le parti scrivono il contratto senza rendersi conto necessariamente di cosa stanno scrivendo possiamo avere l’espromissione, la fideiussione, l’accollo, possono fare quello che vogliono loro,non centra, per vedere la causa che sta dentro quel contratto come facciamo noi a coglierla questa causa? Che dobbiamo fare? Vedere le parole che sono state usate? No va esaminato il regolamento contrattuale, tutto l’insieme di clausole che prevedono i vari effetti; allora le parti hanno voluto A hanno voluto B hanno voluto C allora l’insieme di atti A+B+C che ci segnala? Qual è l’intento ultimo delle parti, la funzione economico sociale concreta di quel concreto contrato? Le parti che hanno voluto realizzare? Hanno voluto realizzare l’assunzione del rapporto di valuta, bene allora è espromissione; Se invece dall’insieme delle clausole noi al di la delle parole usate dalle parti che potrebbero usare sempre delle parole sbagliate, le parti sono parti mica devono essere per forza dei giuristi non è che uno per fare un contratto deve andare per forza dall’avvocato, non è che l contratto è invalido se viene scritto tra di voi,e poi anche se ci fosse l’avvocato anche lui si può sbagliare e usa parole diverse da quelle che invece dovrebbero risultare dal regolamento contrattuale; per capire che tipo di contratto noi abbiamo di fronte lo dobbiamo interpretare, e come si interpreta il contratto? Leggendone le clausole, individuandone il regolamento, le parti attraverso le clausole hanno regolamentato i loro interessi, in che modo? Beh qui c’è un effetto per cui sarai tenuto a fare questo nei miei confronti, li sono io tenuto a fare questo nei tuoi confronti, allora mettendo insieme tutti questi effetti che realizzano il regolamento previsto dalle parti, che attuano il regolamento previsto dalle parti, si vede qual è la funzione che le parti hanno voluto perseguire; allora se sta scritto in un certo contratto che io mi impegno a pagarti come debitore principale perché voglio far proprio, voglio far mio il debito che tizio ha nei tuoi confronti, la conseguenza quel è? Che l’espromissario potrà a chiedere l’adempimento prima all’espromittente e poi all’espromesso, anzi non potrà, dovrà! Invece abbiamo l’espromissione però tra le varie clausole si prevede che tu espromissario dovrai chiedere l’adempimento prima all’espromesso e poi potrai chiederlo all’espromittente, bene ma allora questa clausola non ci segnala che forse le parti hanno voluto una cosa diversa dall’assunzione? Anche se hanno usato la parola assunzione hanno voluto una cosa diversa e quello che conta sono le parole o le cose che hanno voluto? Le cose che hanno voluto, cioè gli effetti che hanno previsto, allora quali sono gli effetti previsti? Che tu espromissario non potrai chiedere l’adempimento prima all’espromittente se non l’avrai prima chiesto all’espromesso; allora noi a questo punto abbiamo evidentemente non realizzato la funzione espromissoria, abbiamo realizzato un’altra funzione, non sapevamo come chiamarla l’abbiamo chiamata funzione espromissoria ma abbiamo usato parole sbagliate, quello che conta è che la funzione concretamente voluta è un'altra, qual è? Quella della garanzia. Anche la garanzia, anche il contratto fideiussorio è un contratto che ha come propria causa il riferimento al rapporto di valuta, tanto è vero che come voi sapete la fideiussione si dice è un rapporto accessorio, che significa accessorio? Significa che il fideiussore può porre al creditore garantito l’eccezione fondate sul rapporto di valuta, perché? Perchè anche la garanzia fa riferimento al rapporto di valuta da garantire, però una volta con l’espromissione io ho voluto assumermi il rapporto di valuta cioè farlo proprio verso il creditore e diventare verso il creditore debitore principale, altra volta io non ho voluto assumermi quel rapporto ma ho voluto garantire quel rapporto, quindi comunque vi è una accessorietà rispetto al rapporto di valuta perché anche nella fideiussione è il rapporto di valuta che viene elevato a causa della fideiussione, ma non ai fini della sua assunzione, bensì ai fini della sua garanzia. Avete capito il problema ragazzi? E questo discorso che io vi sto facendo è importante perché ci chiarisce una differenza che non sempre è facile da capire, fino a non molti anni fa c’era una confusione enorme tra espromissione comulativa e fideiussione, perché i due congegni negoziali si somigliano moltissimo, pensateci un momento; Un terzo, molto spesso sulla base di un input che proviene dal debitore, si presenta al creditore e dice al creditore senti io so che tizio ti deve 1000, io intendo garantire tizio, per cui ti garantisco che tizio al momento dell’adempimento pagherà; ti garantisco, ho fatto riferimento al rapporto di valuta ovviamente e ho detto ti garantisco, allora che cosa ho voluto? Probabilmente ho voluta la fideiussione. Lo stesso terzo va dallo stesso creditore e dice senti io so che tizio ti deve 1000 io intendo far mio il rapporto di valuta e diventare verso di te debitore originario, qui che cosa ha voluto? La stessa cosa? No, non ha voluto una garanzia, ha voluto un espromissione. E allora vedete è chiaro che nell’esempio che vi ho fatto ho usato delle parole giuste, ma se voi andate a leggervi un contratto di dieci pagine potrebbe non risultare così facile la distinzione tra fideiussione ed espromissione, sono due istituti diversi. Se è espromissione si applicano le norme sull’espromissione, se è fideiussione si applicheranno le norme sulla fideiussione e allora come si coglie la linea distintiva tra espromissione e garanzia? Se dall’esame del regolamento contrattuale risulta che le parti hanno voluto che il terzo si assumesse il rapporto di valuta allora siamo in presenza di espromissione; Se invece dal regolamento contrattuale si evince che le parti hanno voluto che il terzo non si assuma, ma garantisca allora siamo in presenza di una fideiussione. Naturalmente non è detto che tutto venga così esplicitamente dichiarato, allora potremmo dover ricavare dalla lettura dell’interpretazione dalle clausole contrattuali per esempio, se nulla viene detto però si dice, tu devi chiedere l’adempimento prima al debitore originario, poi a me evidentemente siamo in presenza di una fideiussione, se è detto il contrario evidentemente le parti hanno voluto un espromissione, perché l’essenza dell’espromissione sta nell’attuazione di quella funzione assuntoria che comporta necessariamente di voler diventare verso il creditore debitore principale. Chiaro? Problema interessante, anche perché col riferimento alla fideiussione che ha molta somiglianza con l’espromissione per le ragioni che vi ho detto prima, il discrimine è l’accogliere soltanto la funzione concreta che le parti vogliono attuare,e questa funzione concreta va ricavata dalla lettura del regolamento. Quindi concettualmente, la differenza oramai l’abbiamo nitida, più difficile è vedere nel concreto quando ci troviamo di fronte al concreto rapporto se va sussunto quel rapporto nello schema negoziale assunzione espromissoria del debito o nello schema negoziale fideiussione/garanzia del debito altrui. Con la garanzia il debito non diventa proprio del garante, il garante garantisce sempre un debito altrui. Nel caso invece dell’espromissione, l’assuntore fa proprio il debito altrui per cui il debito non è più altrui, diventa proprio suo, perché l’ha assunto, vedete la differenza? Bisogna in maniera limpida sul piano concettuale e capire quali sono i criteri per risalire dalla concreta situazione che dobbiamo qualificare al tipo negoziale da applicare. Ora c’è il problema che in qualche modo è connesso al discorso che vi ho prima fatto dell’impossibilità di astrarre l espromissione dalla valuta, vi ricordate no? Ve l’ho detto mezz’ora fa. Si può astrarre l espromissione dalla valuta? No! Perché se estraiamo dalla valuta noi estraiamo da una qualsiasi causa, non c è più nessuna causa in quel contratto. Ora il problema, in termini pressoché analoghi, si pone con riferimento alla garanzia, alla fideiussione. È possibile astrarre la fideiussione dalla valuta? Abbiamo visto che secondo il codice la posizione del fideiussore è accessoria rispetto a quella del debitore principale, dunque il fideiussore garantisce quel rapporto di valuta, se il rapporto di valuta non c’è, non puoi chiedere manco niente a me perché io ti eccepisco la nullità della valuta che sto garantendo o l’annullabilità, la rescindibilità; tutte le eccezione relative alla valuta sono opponibili dal fideiussore al creditore garantito così come sono opponibili dall’espromittente all’espromissario anche se nell’espromissione vi è stata l’assunzione e qui no, però la garanzia è la garanzia di qualcosa, e qual è questo qualcosa che si garantisce? Il rapporto di valuta. Allora se il rapporto di valuta non c è? Io che ho garantito? Il nulla. E quindi se nulla ho garantito io mi difendo con le eccezioni che ci siamo detti. Ora possiamo astrarre, ecco quella stessa domanda che ci siamo fatto con riferimento all’ espromissione facciamocela adesso con riferimento alla garanzia; nel caso delle garanzia, del contratto di garanzia, della garanzia fideiussoria, ecco noi possiamo immaginare nel contratto un astrazione dalla valuta? Cioè possiamo immaginare un contratto di garanzia in cui si dica io ti garantisco comunque il pagamento di quella somma di denaro qualsiasi siano le vicende relative al rapporto di valuta? Io ti copro da ogni rischio anche dal rischio della nullità del rapporto di valuta. In questo modo io astraggo la garanzia dalla valuta, si può fare una cosa del genere? Qui nasce una questione di grande interesse alla quale voglio dedicare alcune riflessioni, argomento molto importante, perché è inutile dire che posta in questi termini la questione la risposta dovrebbe essere: è così! Per un contratto di questo genere cioè per un contratto in cui il garante dice io ti garantisco da ogni rischio, quindi anche dalla nullità del rapporto di valuta, quindi significa che io ti pago anche se il rapporto di valuta non esiste (domanda al prof.) Che c’è? Sto parlando della garanzia, ho detto del garante, dell’espromissione ne abbiamo già parlato, dell’espromissione ho detto non è possibile astrarre dalla valuta, adesso mi sto chiedendo è possibile astrarre dalla garanzia la valuta? Considerato che anche nella garanzia la valuta funge da causa che è richiamata dalla garanzia medesima, perché io non è che garantisco,garantisco quella cosa; io mi obbligo a garantirti, ha un senso logico una frase di questo genere? No, ci vuole un complemento oggetto, tutto si basa sul complemento oggetto; io ti garantisco il pagamento del rapporto di valuta, quindi il rapporto di valuta è un riferimento causale anche per il contratto di garanzia, chiaro? Allora mi chiedo si può astrarre invece il contratto di garanzia dalla valuta? Esprimendo un contratto di garanzia in cui si dica io intendo garantirti il pagamento di una certa somma di denaro in ogni caso, anche nel caso che si dice di frustrazione del rapporto originario, anche in caso in cui sia nullo, annullabile, rescindibile il rapporto di valuta; in qualsiasi ipotesi io comunque ti garantisco, anche nel rischio della nullità. In questo caso io ovviamente ho astratto la garanzia dalla valuta perché io ti garantisco anche se la valuta non c’è, perché se io ti dico ti garantisco da ogni rischio quindi anche dal rischio della nullità significa che io ti pago anche se il contratto è nullo, allora non è che io ti ho garantito l’adempimento del rapporto di valuta, ti ho garantito indipendentemente dall’esistenza del rapporto di valuta, quindi significa dire che io ho astratto dalla valuta, è vero o no? Si è cosi. Un contratto di questo genere si può fare in Italia? La risposta è che adesso si può fare ma bisogna arrivarci. Ovviamente la prima risposta dopo tutto quello che abbiamo sentito, che se io facessi a voi studenti attenti e oramai sempre più raffinati come giuristi, questa domanda, tutti mi rispondereste: no, ovviamente no; se abbiamo detto che l’espromissione non si può astrarre dalla valuta per le ragione che ci siamo detti, perché se no era priva di causa e la stessa cosa è anche qua e infatti,la risposta per molti anni è stata negativa, se non che c’è un problema perché nell’ ambito del commercio internazionale che voi sapete è un mondo un po’ a parte dominato dalla cd. lex mercatoria, si usa questo termine in latino per indicare una sorta di legge del mercato che è globale, anzi più si va avanti più è globalizzata, perché il commercio come voi sapete oramai si intreccia tra tutti i paesi del mondo, si commercia con la Tailandia, con la Cina, con il Giappone, con l’Alaska e quindi c’è una lex mercatoria di carattere generale, una specie di ius comune del mercato che disciplina questi rapporti internazionali. Ora dentro questi rapporti internazionali da molti anni si è andato diffondendo uno schema negoziale di garanzia autonoma, cioè astratta dalla valuta. La lex mercatoria, è fatta sostanzialmente dai grandi studi di avvocati internazionali (quelli che vediamo a volte nei film americani con 400 avvocati nel grattacielo) grandi sctudi inglesi, quelli che dominano un po’ questo mondo, e in queste stanze sono stati elaborati degli schemi contrattuali, uno schema contrattuale che è stato elaborato e che è stato elaborato più con il contributo dei tedeschi, e poi ovviamente si è diffuso in tutto il mondo, è quello del cosi detto contratto autonomo di garanzia anche detto con termine tedesco Garantievertrag, vertag significa contratto, garantie significa garanzia,che si scrive tutta una parola perché i tedeschi combinano le parole come sapete. Hanno costruito un contratto di garanzia, il Garantievertrag, che è un contratto sostanzialmente autonomo, perché autonomo? Perché non dipendente dalla valuta, per questo si chiama autonomo, è un contratto in cui il garante garantisce il beneficiario della garanzia in ogni caso assumendosi dunque anche il rischio della nullità del contratto. Garantievertrag tradotto in italiano con l’espressione contratto autonomo di garanzia; certo, il contratto autonomo di garanzia non è un contratto di fideiussione è perché la fideiussione è essenzialmente accessoria, almeno come è costruita nel codice civile italiano. Ma è vietato fare un contratto di garanzia personale diverso dalla fideiussione? No non è vietato, l’autonomia delle parti può tutto, quindi come c’è il tipo garanzia fideiussoria, così ci può essere anche un altro tipo di garanzia in cui la garanzia viene ad essere non dipendente dalla valuta; e ma questo sarebbe concepibile qualora ci fosse la causa, ma qual è la causa di questo contratto autonomo di garanzia visto che non può esserci la stessa causa della fideiussione, perché nella fideiussione la causa è l’accessorietà quindi il riferimento al rapporto di valut? In questo contratto di garanzia non fideiussoria autonoma, noi siamo in presenza di un contratto in cui non vi è in riferimento al rapporto di valuta perché se io vi dico: io garante dico a te beneficiario, io ti pagherò comunque, tu non preoccuparti anche se il contratto è nullo, annullabile, etc., copro ogni rischio, per ogni ipotesi di frustrazione del rapporto, qualsiasi cosa succede per cui tu non vieni soddisfatto tu non ti preoccupare perché i soldi miei tu li avrai. Ecco una cosa di questo genere possiamo dire che la causa è il rapporto di valuta? No, perché io non garantisco evidentemente il rapporto di valuta perché se garantissi il rapporto di valuta la mia garanzia dovrebbe venir meno col venir meno del rapporto di valuta, è essenziale questo no? Lo capite? Chiaro? Seguiti questo discorso? Allora se io invece dico che ti garantisco, anche se il rapporto di valuta non c’è perché è nullo, quindi è giuridicamente inesistente,la nullità corrisponde,coincide con l’inesistenza giuridica; allora se io ti garantisco anche se il contratto non c è, perché è nullo, significa allora che la mia garanzia non dipende dal rapporto di valuta, è una garanzia diversa, ha un'altra causa. Di fronte al diffondersi nel mondo del commercio internazione di questo schema negoziale che è diventato uno schema sempre più diffuso, perché è uno schema molto gradito dal beneficiario, voi capite? Il creditore tra virgolette potrebbe anche non essere creditore, perciò si parla di beneficiario della polizza fideiussoria, della polizza di garanzia, è come se fosse un assicurazione, è il massimo no? è un po’ come l’ipotesi che vi ho fatto prima quando ho parlato dell’espromissione astratta dalla valuta, è il massimo per il creditore è astratta da tutto, provvista e valuta, quindi c’è la nuda promessa, c’è il nudo patto che obbliga; qui nel nostro ordinamento il nudo patto obbliga? No, il patto obbliga se non è nudo, se vestito per lo meno dalla causa, può essere anche quel poco di causa che è un vestito un pò succinto ma è pur sempre un vestito, rappresentato dall’agire per conto, dallo iusdelegatorium, ma se è il nudo patto non funziona. Chiaro? Allora nel nostro ordinamento può funzionare una garanzia di questo genere che finisce col somigliare a una sorta di nudo patto, che io ti do questo perché ti do questo. Allora la giurisprudenza italiano per molti anni quando si è trovata a dover giudicare la validità di questi contratti li ha sempre dichiarati nulli. Allora voi capite che a un certo punto si crea un problema di carattere concreto, perché se sono nulli in Italia e allora chi fa il commercio in Italia non commercia più? Il creditore potrà dire: se nel contratto non fai quello che dico allora non venire proprio, vai a fare un altro tipo di contratto, non perdere tempo, perché io che sono il creditore della prestazione che tu intendi garantire, non accetto null’altro che un contratto autonomo di garanzia perché ormai mi sono abituato a questo tipo di contratto, tutti mi fanno questo tipo di contratto, gli americani, gli inglesi, i francesi, i tedeschi, gli spagnoli,i tailandesi, gli italiano no! è un problema non da poco. Allora la giurisprudenza ha cominciato a vedere come doveva fare per salvare questi contratti e a un certo punto ha trovato una soluzione, tutti sono stati contenti perché non ci si aspettava che questo per poter dare il via libera e quindi si sono accontentati di questa risposta che adesso vi riferirò, che però secondo me non è una risposta, è una non risposta, è un escamotage, un gioco di parole, perché invece la risposta c è, ma è un'altra. Che cosa ha detto a un certo punto la giurisprudenza: no guardate qui la causa non è la garanzia di un adempimento, badate bene alle parole, ma è la garanzia di un fatto; perché non è la garanzia di un adempimento? Perché l’adempimento presuppone l’esistenza di un obbligo e l’esistenza di un obbligo presuppone l’esistenza di un contratto valido da cui quell’obbligo sia scaturito. Se io garantisco anche dal rischio della nullità evidentemente non posso dire che garantisco l’adempimento, perché se no se il contratto è nullo non c’è manco l’adempimento quindi non garantisco più niente. Avete capito quello che sto dicendo? Allora non si garantisce, dice il giudice, l’adempimento, ma si garantisce il fatto che il beneficiario riceverà comunque un attribuzione patrimoniale ad una certa scadenza, quindi non vi è più il riferimento a un preesistente rapporto di valuta inteso come rapporto obbligatorio, come contratto da cui è sorto un obbligo; io garantisco un mero fatto, garantisco il fatto che tu riceverai, tu beneficiario con la garanzia, riceverai una prestazione qualora quel fatto che ti ho detto non si verificasse. Avete capito il discorso ragazzi? Capite anche che siamo sull’orlo del sofismo più assoluto, come dire io tratto con un'altra terminologia la medesima situazione. In realtà e questo è stato capito successivamente, e qui i contributi di Cicala e della sua scuola sono stati molto importanti, quando ci si è resi conto che il problema è irrisolvibile se noi ci muoviamo, logicamente irrisolvibile, se noi continuiamo a muoverci all’interno della prospettiva della causa cavendi, della causa di garanzia. Si dice che il contratto autonomo di garanzia è comunque un contratto caratterizzato dalla causa di garanzia in cui però si garantisce non l’adempimento ma il fatto. Vedete però la partenza qual è? È sempre la causa cavendi, tanto è vero che anche qui hanno dovuto individuare qualcosa esterna al contratto, che la causa cavendi garantisce, ma è ovvio che sia cosi perché il garantire comporta necessariamente il riferimento a un oggetto estraneo che viene appunto garantito. Chiaro no? Quindi è evidente che se noi ci muoviamo dentro la causa cavendi, nella logica della causa cavendi, noi finiamo sempre per individuare una dipendenza perché la causa cavendi è logicamente dipendente da ciò che si garantisce; allora noi facciamo un giochetto di parole di dire che non è dipendente dall’adempimento di un rapporto di valuta ma è dipendente da un fatto che corrisponde guarda caso proprio a quel mancato adempimento, come vedete appendiamo la causa a qualcosa che sta fuori e non può non essere così, perché vi ripeto, sul piano logico prima che giuridico, il piano logico riguarda tutti, pure i giuristi, dire che io garantisco non significa niente, devo dire che io garantisco x, allora tutto dipende da quell’ x, se quell’ x non c’è io non garantisco niente. Allora la logica della causa cavendi ci lega le mani per cui noi troveremo sempre soluzioni apparenti se non usciamo dalla causa cavendi. Quindi noi dobbiamo individuare nell’ambito del contratto autonomo di garanzia una causa che non sia la causa cavendi perché altrimenti il problema non lo risolviamo bene, come si può fuoriuscire da questa prospettiva? Perché se siamo in questa prospettiva, noi buttiamo la testa contro il muro, possiamo fare più eleganti sofismi ma resta sempre una bolla di sapone. Qual è il nostro unico colombo in questo caso? Qual è in questo caso il nostro Cristoforo Colombo? Beh bisogna fare un passo di lato un attimo e dobbiamo dire una cosa è la causa di garanzia, altra cosa è la prestazione di garanzia, ovviamente il contratto caratterizzato dalla causa di garanzia produce obblighi caratterizzati dalla prestazione di garanzia, ma non è vero il contrario; noi possiamo avere prestazioni di garanzie anche se non c è la causa cavendi. Che cos è la prestazione di garanzia? Ve lo siete mai chiesti? Se noi immaginiamo di distinguere le obbligazioni da un punto di vista della prestazione come possono essere le obbligazioni? Posso essere di dare, di fare, di non fare, di consegnare. L’ obbligazione di dare, l’obbligazioni di consegnare, è intuitivo qual è il contenuto di queste obbligazioni; l’obbligazione di fare è obbligazione dell’appaltatore, l’obbligazione di dare è l’obbligazione del debitore che mi deve dare 1 milione di euro, l’obbligazione di consegnare è l’obbligazione di chi è obbligato a trasferirmi il possesso o la detenzione di una cosa, l’obbligazione di dare è anche l’obbligazione di trasferire la proprietà, obbligazione che non è contenuta nel contratto di compravendita, perché il nostro contratto è traslativo come già sappiamo. E l’obbligazione di garantire dove la mettiamo? È un obbligazione di dare? È un obbligazione di fare? Che cos è ? Facciamo un esempio, immaginate un contratto di assicurazioni, tutti voi magari avete il motorino, l’automobile, c’avete l’ assicurazione, la responsabilità civile dei veicoli è un contratto a prestazione corrispettive, voi pagate un premio annuo e l’assicurazione si obbliga a fornirvi una prestazione di garanzia. In che consiste questa prestazione di garanzia? Se fate l’incidente paga l’assicurazione e se non fate l’incidente? Non paga niente e quindi? Possiamo questa prestazione inserirla, questa prestazione dell’assicuratore inserirla in una di quelle di cui abbiamo parlato pocanzi? La prestazione dell’assicuratore è una prestazione di dare? E beh certo se deve pagare si, ma se l incidente non c è stato; è un obbligazione di consegnare? È un’obbligazione di fare? No e che deve fare mi deve telefonare e dirmi ogni mattina stai attento non correre! Questo è un problema, guardate che ci sono libri e libri su questo argomento, non è una cosa banale. In che consiste la prestazione dell’assicuratore? Pensate l’assicurazione sulla vita, io mi assicuro per 10 anni, se entro 10 anni muoio i miei eredi prendono 1 milione di euro, se non muoio entro 10 anni non prendono niente. Allora se finisce il decimo anno scade il termine, io tutto contento vedo che sopravvissuto a questa cosa e allora io telefono all’assicurazione e dico senti siccome io ti ho pagato anno per anno un certo premio e tu non mi hai dato niente mi puoi restituire la mia prestazione? quello mi risponde: ma tu sei scemo? Io ho pagato qualcosa, perché se avessi pagato il nulla,e insomma questo è un contratto a prestazioni corrispettive non c’è stata la tua prestazione io mi riprendo indietro la mia perché sciolgo il contratto in quanto tu non hai adempiuto la tua, è questo che è successo? No, e allora? La dottrina si è sbizzarrita su questo argomento non avete idea in passato cosa è stato detto. Questo è un debito senza responsabilità, quindi c’è un debito però poi la responsabilità, il dare si ha quando... in realtà in questo caso esiste una prestazione che è stata, per così dire tra virgolette, pagata, eseguita giorno per giorno e qual è questa prestazione? In che consiste? Nel darvi sicurezza questo vi ha dato. Quindi non è un dare o un fare in senso proprio, è un garantire quindi c’è una specificità della prestazione di garanzia che consiste nel fornire sicurezza; voi dormite sogni tranquilli perché sapete che se dovesse succedere qualche cosa il danno da voi prodotto viene pagato da un altro, se vi succede qualcosa voi non lasciate la vostra famiglia nella più totale indigenza perché viene meno il reddito prodotto da un pater familias, vi è un assicurazione che sopperisce con una cifra, lenisce il dolore, e giorno per giorno viene fatto questa prestazione quindi ogni notte mi addormento tranquillo perché so che se succede una cosa i miei familiari più stretti sono in grado di sopravvivere quel tanto che serve per poi riorganizzare la propria vita. E allora l’assicurazione mi ha fornito già la prestazione, me l’ha pagata ogni giorno, pagata per modo di dire, l’ha eseguita giorno per giorno questa sua prestazione, fornendomi sicurezza; ecco questo è il contenuto della prestazione di garanzia. Ora nell’esempio che io vi ho fatto, noi abbiamo visto che c’è un contratto di assicurazione che produce una prestazione di garanzia, la causa del contratto di assicurazione è la causa cavendi? No,è un contratto tipico, l’assicurazione ha una sua causa tipica diversa dalla fideiussione e tuttavia la causa tipica produce una prestazione di garanzia. Avete visto? Allora non è vero che perché si abbia prestazione di garanzia ci vuole necessariamente la causa cavendi, si può avere una prestazione di garanzia anche in presenza di causa diversa dalla causa cavendi. Allora voi capite come si apre adesso una autostrada? Lo intuite no? Ecco allora il contratto autonomo di garanzia è il contratto di cui la causa è altra, quello che conta è che l’effetto del contratto sorretto da quella causa diversa dalla causa cavendi è l’effetto della nascita, della costituzione di un’obbligazione di garanzia. Allora siamo sulla buona strada, abbiamo visto che possiamo scindere, causa cavendi e obbligazione di garanzia; non è che ogni volta che siamo in presenza di un obbligazione di garanzia dobbiamo per forza pensare alla causa cavendi, dunque il contratto autonomo di garanzia ben può essere un contratto che è un contratto di garanzia non perché ha la causa cavendi dentro si se ma perché produce una prestazione di garanzia. Il che significa dire che dobbiamo individuare poi una causa non cavendi che prescinda dal rapporto di valuta, e quale può essere questa causa? Non ve lo voglio dire, per darvi un po’ di suspense, ve lo dico domani mattina. Insieme ad altre cose che dobbiamo dire su questa cosa, un bell’ argomento vedete interessante. Sul contratto autonomo di garanzia c’è stata una battaglia, nelle aule giudiziarie italiane. Adesso sappiamo che è possibile, si può , è valido, ma forse non per le ragioni individuate dalla giurisprudenza ma per le ragioni che vi sto adesso riferendo io e che sono state individuate in questi luoghi, quando Napoli era una sede veramente prestigiosa, dagli studiosi che si sono raccolti intorno al mio maestro, che vi dirò domani e vedrete che è una cosa molto molto acuta, intelligente, ma già avete notato che già il percorso è un percorso innovativo che denota capacità di ricostruire gli istituti in maniera originale. Va bene allora con oggi chiudiamo ci vediamo domani mattina alla stessa ora sempre in quest’aula per continuare. Grazie.

**Lezione del 04/11/2014**

Riprendiamo il discorso che abbiamo introdotto ieri. Vi sto dicendo qualcosa sul contratto autonomo di garanzia. Innanzitutto, perché? Perché abbiamo parlato della cosiddetta espromissione invertita e vi ho detto che la espromissione invertita non è una vera espromissione perché se le parti hanno voluto che il terzo intervenuto nel rapporto fosse il debitore secondario sussidiario, mentre la responsabilità principale deve restare in capo al debitore originario, questo significa che l’intento che viene descritto dalle parti con quel contratto non è rivolto alla produzione di una assunzione del rapporto di valuta. L’intento, dunque, non sorregge un contratto di assunzione espromissoria, ma sorregge un altro contratto che è evidentemente un contratto di garanzia, un contratto con il quale il terzo anziché assumersi il rapporto di valuta lo garantisce. Quindi, la differenza tra espromissione e contratto di garanzia personale ( tra espromissione e fideiussione) sta nel fatto che il fideiussore (il garante) risponde in via sussidiaria perché non è divenuto nei confronti del creditore debitore principale, non ha preso su di sé il rapporto obbligatorio originario, non lo ha acquistato e non è quindi diventato debitore principale nei confronti del creditore. Il fideiussore ha voluto soltanto garantire il rapporto di valuta, rafforzare il rapporto di valuta. Ora ricordate che sempre ieri ci siamo posti il problema “ Ma l’espromissione può essere astratta dalla valuta, possono le parti inserire nel contratto di assunzione espromissoria una clausola destinata ad escludere l’opponibilità delle eccezioni relative alla valuta?” e vi ho detto questa clausola non è ammissibile, sarebbe nulla per incompatibilità con la causa. Perché? Perché la causa dell’espromissione è l’assunzione del rapporto di valuta, quindi astrarre l’espromissione da questa causa significherebbe costruire una espromissione senza causa e l’ espromissione senza causa è nulla perché qualsiasi contratto nel nostro ordinamento deve essere fornito di questo elemento essenziale che è rappresentato dalla causa. Vi ho poi fatto notare “Ma l’espromissione astratta dalla valuta non è possibile, ma è possibile la garanzia astratta dalla valuta?Cioè è possibile astrarre dalla valuta il contratto di garanzia?” Qual è la risposta? La risposta dovrebbe essere NO perché il contratto di garanzia tipicamente previsto nel codice è un contratto caratterizzato dalla causa cavendi nel quale contratto è necessario richiamare il preesistente rapporto di valuta che viene appunto garantito con la fideiussione. Quindi anche la fideiussione, anche la garanzia personale tipica prevista dal legislatore è un contratto basato sul rapporto di valuta e il rapporto di valuta è richiamato come oggetto della garanzia tanto è vero questo che, come sappiamo, si dice la posizione del fideiussore è accessoria rispetto a quella del debitore principale. In che senso? Nel senso che la posizione del fideiussore sopravvive nella misura in cui sopravvive la posizione del debitore garantito. Tutti sanno che il fideiussore può rifiutare il pagamento quando il rapporto di valuta non esiste, è giuridicamente inesistente, nullo, annullabile, invalido perché appunto il fideiussore non ha voluto comunque effettuare una certa prestazione nei confronti del beneficiario, ma ha voluto con questa promessa rafforzare la possibilità che venga adempiuto il rapporto di valuta. Quindi il riferimento al rapporto di valuta è essenziale anche alla fideiussione come è essenziale alla espromissione il richiamo al rapporto di valuta; quindi come non si può astrarre l’espromissione dalla valuta così non si può astrarre la fideiussione dalla valuta perché astrarre la fideiussione dalla valuta significa fare o concludere un contratto senza causa. Sennonché il discorso è continuato. Guardate, vi ho detto che questo è vero per la fideiussione però noi possiamo immaginare un contratto atipico di garanzia personale diverso dalla fideiussione che prescinda dal riferimento alla valuta, un contratto di garanzia in cui il garante promette al beneficiario una prestazione qualsiasi sia il destino che riguarda il preesistente rapporto di valuta, quindi copre tutti i rischi dell’operazione anche il rischio della invalidità del contratto dal quale è derivato il rapporto di valuta.

Chiaro?Chiara la domanda? È possibile una cosa del genere? Nel nostro ordinamento per molti anni si è pensato che questo fosse impossibile perché si ritiene giustamente, correttamente,esattamente sul piano logico che la causa cavendi, cioè la causa di garanzia, è una causa che necessariamente sul piano logico prima che giuridico deve fare riferimento all’oggetto da garantire, al contenuto della garanzia. E quindi è chiaro che questa causa non può non richiamare l’oggetto esterno da garantire. Allora se è così, qualsiasi contratto di garanzia,anche diverso dalla fideiussione, sarebbe privo di causa qualora venisse costruito con delle clausole in base alle quali il fideiussore fosse venuto al pagamento senza possibilità di eccepire alcunché. Ma nella pratica commerciale, nella pratica del commercio internazionale si è andato invece diffondendo negli ultimi decenni del secolo ormai trascorso si è andato diffondendo uno schema contrattuale di garanzia in cui il garante è tenuto a pagare a prima richiesta e SENZA ECCEZIONI. Quindi senza poter richiamare nemmeno le eccezioni relative al rapporto di valuta, così astraendo la garanzia medesima dalla valuta. Questo contratto che ha preso il nome di “**Garantievertrag***”* nell’ordinamento tedesco e poi si è diffuso in tutta Europa, in italiano il Garantievertrag si traduce come “**contratto autonomo di garanzia**” è un contratto che dunque sconnette l’obbligo in capo al fideiussore dal rapporto di valuta. Il fideiussore è tenuto ad una prestazione in qualsiasi caso senza eccezioni, non può proporre nessuna eccezione, quindi inserire nel contratto di garanzia una clausola di questo contenuto il garante(il fideiussore) sarà tenuto a prima richiesta e senza eccezione significa creare una garanzia in cui il garante sarà tenuto ad effettuare la prestazione, a beneficiare della garanzia anche se il rapporto di valuta non esiste. E quindi questo tipo di contratto copre qualsiasi rischio del beneficiario anche il rischio della nullità di valuta. È compatibile un contratto di questo genere con i principi che noi abbiamo declamato pochi minuti fa e che sono desumibili dalla disciplina della fideiussione? Apparentemente no, perché abbiamo detto poc’anzi che astrarre la valuta finirebbe per estrarre dal contratto la causa e questo non è possibile. Tanto è vero, come vi facevo notare ieri, per molti anni i tribunali italiani, la Corte d’Appello, la Corte di Cassazione hanno bocciato questo tipo di contratto ritenendolo invalido per un difetto di causa. Un contratto di garanzia anche non fideiussorio, quindi anche atipico, anche costruito in maniera diversa però pur sempre è un contratto di garanzia e quindi in quanto contratto di garanzia deve fare riferimento al rapporto di valuta preesistente. Se questo riferimento è interrotto, è escluso dal regolamento contrattuale noi sostanzialmente abbiamo estratto dal contratto la sua causa. Questo è accaduto per molti anni, poi di fronte alla pressione delle cose, la dottrina e la giurisprudenza italiana sono stati indotti a rivedere questa posizione e quindi ci si è sforzati di individuare un fondamento causale del Garantievertrag che consentisse la utilizzabilità di questo contratto anche nel nostro ordinamento che è un ordinamento come sappiamo che prevede che i contratti senza causa sono nulli. E allora si è detto (si sono dette molte cose,ma è inutile ripercorrere questa storia in questo momento non ci riguarda) in materia più definitiva e più volte ripetuta è che nel caso del contratto autonomo di garanzia in realtà si garantisce qualcosa, si deve garantire questo qualcosa, ma il qualcosa che si garantisce non è il rapporto di valuta, non è l’adempimento perché se fosse il rapporto di valuta o l’adempimento qualora l’adempimento non ci fosse perché è nulla l’obbligazione o il rapporto di valuta non ci fosse perché è nullo il contratto da cui è sorto evidentemente non ci dovrebbe nemmeno più essere l’obbligo del garante. Se l’obbligo del garante sopravvive anche in presenza di queste invalidità sottostanti allora quello che si garantisce non è il rapporto di valuta e non è l’adempimento. E che cos’è? Un’altra cosa. Si è detto quello che si garantisce è il FATTO, non l’adempimento, il fatto che il beneficiario riceverà da Tizio un’attribuzione patrimoniale entro una certa data. IL FATTO. “ Io garantisco che l’imprenditore Della Valle ti pagherà questa somma in corrispettivo delle materie prime che ha comprato da te e te lo garantisco con un contratto in cui mi obbligo senza poterti opporre alcuna eccezione, quindi con un contratto autonomo di garanzia”. Che cosa ho garantito? Ho garantito l’adempimento di Della Valle? NO, ho garantito il fatto che Della Valle farà ottenere una certa prestazione al beneficiario di questa garanzia.

Avete capito? Che cosa vi ho detto? Vi soddisfa questa soluzione? Vi sembra una soluzione di quelle forti come la roccia che durerà nei secoli oppure è una soluzione trovata così per mettere una pezza, per risolvere il problema? Perché bisognava pur risolverlo altrimenti gli italiani non avrebbero più concluso affari nel mondo. Se si fa un affare da parte di un imprenditore italiano con uno straniero, lo straniero vuole essere garantito che quello che ti manderà sarà pagato in quella data e non vuole sentirsi dire dal garante “no, ma io non ti pago perché la merce che è stata consegnata non era proprio quella buona” e tutte quelle questioni che si fanno. Dice:“ Io non voglio sapere niente, voglio la garanzia di un garante serio(magari di un istituto di credito, una banca) che mi garantisce che questi soldi arriveranno in quella data” Senza eccezioni. La banca non mi farà nessuna eccezione, una volta che ha scoperto che questa prestazione non è stata effettuata. Quindi non mi venite poi ad opporre una serie di ostacoli fondati sul rapporto di valuta, sulla prestazione, sull’adempimento (se esatto o inesatto) tutte quelle altre questioni che attengono a tutta la valuta. Io beneficiario voglio una garanzia di questo genere se non la fai [?????min:19:21]. Così funziona. Nel commercio internazionale è da sempre così. C’è qualcuno, in genere una banca, che garantisce in maniera autonoma e non certo con una fideiussione, quell’istituto che sta nel codice civile che si applica quando Giovanni e Antonio devono fare un piacere l’uno all’altro. Quando si fa un’operazione internazionale in cui si coinvolgono molti canali e c’è il problema poi di dover andare a fare una questione di un paese straniero con una legislazione sconosciuta, con un tribunale chissà come funziona. “Io accetto di concludere il contratto di commercio con l’impresa, con l’imprenditore italiano però poi voglio essere sicuro che i soldi mi arrivano” e questo[????min:20:23]naturalmente. Quindi voglio un garante. Voglio un fideiussore normale, quello descritto nel codice? Quello disciplinato nel codice? Che poi mi opporrà tutte le eccezioni possibili ed immaginabili perché la sua posizione è accessoria(come abbiamo visto)? No, voglio una garanzia autonoma altrimenti non firmo niente. “Ma noi in Italia non possiamo fare garanzie autonome” “ E allora arrivederci, compro da un altro o vendo a un altro”. Vedete come funziona? È così. Allora ci si è sforzati di fare in modo di far entrare nel nostro ordinamento questo strano contratto e non è un caso che è stato inventato dai tedeschi perché lì la causa può anche non esserci, non è elemento essenziale. Eh da noi no? Si, però. E quindi dobbiamo fare uno sforzo sovrumano per conciliare quello che sembrerebbe inconciliabile perché dobbiamo costruire una garanzia che è autonoma, quindi è autonoma dal rapporto da garantire che però abbia una causa. Non è facile perché la causa proprio perché è causa cavendi non può non riferirsi al rapporto che si garantisce quindi è logicamente contraddittorio immaginare una causalità e un’autonomia se la causa è la causa cavendi. La soluzione adottata all’interno di questa prospettiva della causa cavendi è stata quella che vi ho appena descritto. Però sempre la causa di garanzia perché le altre parti hanno voluto garantire che hanno voluto realizzare quindi lo scopo del garantire e questo scopo del garantire significa che si realizza mediante l’assunzione del debito in capo al garante il quale sarà tenuto a prima richiesta e senza eccezioni. Quindi evidentemente il garante non garantisce l’adempimento dell’imprenditore che intende garantire, non garantisce l’esistenza del rapporto di valuta, garantisce il FATTO che in una certa data perverrà al beneficiario una prestazione [?????min: 22:52]. In questa prospettiva, vi ripeto, la soluzione a cui è pervenuta la dottrina e la giurisprudenza italiana è una soluzione che funziona, tanto è vero che adesso i contratti autonomi di garanzia se ne fanno a migliaia ogni giorno . Che però dal punto di vista, come dire, teorico non è che una cosa del genere lascia proprio un bel sapore in bocca,no? “Io l’adempimento invece di chiamarlo adempimento lo chiamo fatto e ho risolto il problema”. Eh ma è così è il gioco delle tre carte. Però non si era trovato di meglio. C’è da trovare di meglio? Io penso di si. Però per trovare qualcosa di meglio alle volte bisogna fare un passo indietro e poi fare un salto se no non vedi la cosa.

Allora facendo un passo indietro, che cosa si vede? Che fino a che noi restiamo ancorati al tema della causa cavendi, se cioè noi partiamo dal presupposto che il contratto di garanzia deve essere per forza caratterizzato dalla causa cavendi(contratto di garanzia= contratto con causa cavendi) noi non ne usciamo perché il massimo che possiamo ottenere da quella cosa lì è quel risultato a cui si è già pervenuti che però è un risultato scadente, teoricamente scadente, che poi funziona perché siamo d’accordo nel farlo funzionare. Allora bisogna fare un altro percorso: Ma siamo sicuri che un contratto di garanzia è necessariamente caratterizzato dalla causa cavendi? Noi potremmo avere contratti di garanzia caratterizzati non dalla causa cavendi ma da un’altra causa che producono però, questi contratti, l’effetto che consiste nel sorgere di un obbligo di garanzia il cui contenuto è la PRESTAZIONE di garanzia. Quindi noi abbiamo contratti di garanzia in cui l’ effetto della prestazione di garanzia deriva dall’attuazione della causa di garanzia (la fideiussione), ma potremmo avere però anche contratti di garanzia in cui si è prodotto un effetto di garanzia ma sulla base di una causa diversa dalla causa cavendi. È possibile fare un ragionamento di questo genere? Si. Perché? Perché se noi conosciamo l’ordinamento, quindi abbiamo una visione sistematica dell’ordinamento ci rendiamo conto che nel nostro ordinamento civilistico nel codice già c’è un’ipotesi simile a questa ed è quella dell’ **ASSICURAZIONE**. Il contratto di assicurazione è un contratto tipico? Si. Il contratto di assicurazione è un contratto caratterizzato dalla causa cavendi? No. È un contratto tipico. Il contratto tipico caratterizzato dalla causa cavendi è la fideiussione; il contratto di assicurazione ha un’altra causa, ma anche se la causa non è causa cavendi l’effetto dell’assicurazione è un effetto che consiste nel sorgere in capo all’assicuratore (garante) di un debito di garanzia, cioè di una prestazione di garanzia. E la prestazione di garanzia ha una sua specificità che la rende diversa dalle altre prestazioni note fino ad oggi (DARE- CONSEGNARE-FARE/NON FARE), DARE-CONSEGNARE-FARE/NON FARE- PRESTARE LA GARANZIA. È un altro tipo di prestazione che non coincide né con la prestazione di dare, né con la prestazione di fare e né con la prestazione di consegnare. Qual è il contenuto di questa prestazione? Fornire un’assicurazione. Quindi possiamo avere un contratto di assicurazione, anzi abbiamo normalmente un contratto di assicurazione, concludiamo con l’assicuratore un contratto di assicurazione, l’assicuratore è tenuto nei nostri confronti ad una prestazione di garanzia. Questo significa che il contratto è un contratto di garanzia? No, è un contratto di assicurazione che ha come effetto una prestazione di garanzia. Quindi noi possiamo avere un contratto che non ha causa di garanzia e tuttavia produce una prestazione di garanzia. Se noi ci rendiamo conto di questo il problema del contratto autonomo di garanzia si risolve facilmente. Innanzitutto assimilandolo all’assicurazione. Del resto, pensateci bene, se io garante mi assumo l’obbligo di garantire che tu comunque avrai una prestazione, quindi ti garantisco da ogni rischio, in realtà è come se ti avessi assicurato nei confronti di ogni rischio. È così. Che differenza c’è? E si farebbe quel discorso circa il mancato richiamo del rapporto di valuta in questo caso? No, perché il contratto di assicurazione si reggerebbe sulla sua causa che è una causa di scambio. Io mi sono assicurato una certa cosa e per assicurarmi ti ho pagato e tu mio assicuratore ti sei assunto questo contratto che hai ricevuto [???? Min: 30:34] Non c’entra più il rapporto di cui assicuro l’adempimento, di cui assicuro la realizzazione concreta dal punto di vista materiale. Quindi il contratto autonomo di garanzia, come vedete, è un contratto che non è caratterizzato da una causa cavendi è caratterizzato dalla prestazione di garanzia e può avere una qualsiasi causa idonea a produrre l’effetto della garanzia. Allora se può avere una qualsiasi causa deve essere una qualsiasi causa che non richiami il rapporto di valuta. Quindi è autonomo rispetto al rapporto di valuta ma non è privo di causa perché ha una sola causa che prescinde totalmente dal rapporto di valuta perché è una causa autonoma che regge, magari anche una causa corrispettiva (io ho ricevuto un pagamento per fare questa prestazione, io garante “assicuratore”). Allora se noi ci rendiamo conto che il contratto, e questo è lo snodo importante, che il contratto autonomo di garanzia è quel contratto non caratterizzato dalla causa cavendi perché se noi ci mettiamo dentro la causa cavendi allora diventa difficile renderlo veramente autonomo.

La vera autonomia sul piano logico si può avere soltanto se noi togliamo dal contratto la causa cavendi, ma non per lasciarlo privo di causa, ma per trovare una qualsiasi altra causa in grado di sorreggere l’effetto che si costituisce in capo al garante. Una qualsiasi altra causa che può essere anche la ricezione di un corrispettivo…> Io ti fornisco questo servizio di garanzia perché tu mi hai pagato, io faccio l’assicuratore, tu mi paghi e io ti garantisco. Poi bisogna vedere quanto mi devi pagare, questo è un altro discorso. Ma allora la prestazione di garanzia non si regge sul fatto che esista o non esista perché non c’è nessun riferimento al rapporto di valuta, la prestazione di garanzia si regge sul fatto che c’è stato uno scambio per cui io ti ho pagato e tu ti sei assunto questa obbligazione. Chiaro? Chiaro questo discorso? Allora se noi continuiamo a vedere il contratto di garanzia come un contratto che in quanto contratto di garanzia deve essere per forza sorretto dalla causa cavendi il massimo che possiamo ottenere è quello di cui abbiamo detto prima, di più di quello non si può fare. C’è un limite di inesistenza patologica, non si può andare oltre, la spiegazione deve essere quella. Ma se noi quella spiegazione la riteniamo un po’ insoddisfacente perché ci sembra più sofista che una vera dimostrazione allora l’unico modo per risolvere il problema è seguire quest’altra strada, cioè dire ma il contratto autonomo di garanzia è ovvio che ha diritto di cittadinanza nel nostro ordinamento perché ben può esistere un contratto la quale sorge(la prestazione di garanzia) e che si regga non sulla causa cavendi, non su una causa che faccia riferimento al preesistente rapporto di valuta, ma su un’altra causa per esempio una causa che è quella giustificata dalla ricezione del pagamento. È privo di causa? Io ricevo un pagamento e ti offro un servizio che è quello di garantirti anche dal rischio o permette di garantire il terzo che comunque ad una certa scadenza riceverà una prestazione. Allora la causa del contratto autonomo di garanzia non è la causa cavendi ma è un’altra causa, qualsiasi altra causa che sia idonea a conseguire il sorgere di una obbligazione in capo al garante. Obbligazione di garanzia, in che senso? Perché è una prestazione di garanzia che fornisce sicurezza. Una volta che abbiamo visto che la prestazione di garanzia non è sempre attuazione di una causa cavendi perché ci può essere una prestazione di garanzia in un contratto che non ha causa cavendi allora si apre un parallelepipedo perché possiamo immaginare un contratto autonomo di garanzia caratterizzato dalla prestazione di garanzia in capo al garante, ma retto non dalla causa cavendi,non dalla causa di un richiamo al fatto che al rapporto di valuta o altre sciocchezze di questo genere, ma ad un’altra causa che può essere anche quella che ho ricevuto una prestazione quindi ti offro un servizio. Anche questa è una causa, è una giustificazione dell’assunzione della garanzia da [???min: 36:58]. Io divento tuo garante perché ho [????min37:08] sarebbe senza causa quella prestazione? Perché? Io ho acquistato un servizio. Quindi la presenza di un prezzo sarebbe già di per sé sufficiente a reggere causalmente tutta l’operazione, allora la causa sta lì, non sta in una causa cavendi che riguarda il fatto che il terzo eseguirà poi una prestazione al beneficiario, che è un escamotage, non vuol dire niente. Mi state seguendo? Si? E in alcuni casi, anzi direi nella maggior parte dei casi, la causa potrebbe essere rappresentata addirittura dall’agire per conto, il più delle volte è così. Perché il più delle volte è così? Oramai lo sappiamo, ma insomma ma voi immaginate un terzo che garantisce, un terzo che assume, un terzo che paga, un terzo che [??? Min: 38:32] spontaneamente. Questo intervento del terzo, comunque sia stato chiamato, è sempre sollecitato(usiamo questo termine generico) dal debitore, il debitore dice vicino al terzo “vai ad assumerti il mio debito come delegato” “vai ad assumerti il mio debito come espromettente” “ vai a pagarlo come terzo art.1180 c.c.” “assumiti il mio debito e io come corrispettivo ti vendo l’ appartamento” Non esiste, se non in casi assai limitati, l’ipotesi di un terzo che si inserisce in queste operazioni e si assume spontaneamente il debito altrui o cosa analoga (diversa strutturalmente indubbiamente) del terzo che va e dice guarda ti garantisco io. Lo fa perché evidentemente ha un rapporto con il debitore che lo induce [??? Min 39:40].

Spesso, molto spesso, questo avviene sulla base di un incarico. Senti io devo fare (vado alla banca) questa operazione economica tu me la devi finanziare in qualche modo garantendo il mio adempimento, perché se io non garantisco il mio adempimento la controparte che è un’impresa che produce pellami in Australia non me le manda e io non posso fare le giacche in Italia. Mi rivolgo alla banca che in qualche modo e in maniera anomala mi finanzia, garantisce il fatto che pagherò e perché lo fa? Così? O la banca *si piglia* dei soldi eh vabbé oppure se non *si piglia* dei soldi organizzerà un’operazione che poi alla fine sempre dei soldi si prenderà (che sia ben chiaro eh), ma lo farà come mandatario perché l’altro lo incarica, dice io ti do un incarico di diventare mio garante. Qualora il soggetto incaricato (la banca) si presentasse al terzo come mandatario che cosa deve fare sostanzialmente? Una delegazione. Noi abbiamo visto, perciò è stato molto utile quello che abbiamo detto e lo richiamo alla vostra memoria, che la delegazione non serve necessariamente all’assunzione del rapporto di valuta, vero no? L’espromissione si, l’accollo si, la delegazione no. Perché la delegazione è uno schema molto scarno, ma proprio per questo molto duttile che può servire a vari scopi concreti, è uno schema che valorizza l’agire per conto, valorizza il mandato e pone a fondamento di tutto il mandato. Io delegante utilizzo il mio mandante per far ottenere al delegatario una certa cosa. Cos’è questa certa cosa? Può essere l’adempimento di un rapporto obbligatorio originario, può essere l’assunzione del rapporto di valuta, ma può essere anche l’acquisto della condizione di garante. Io ho avuto l’incarico da Tizio di garantire il debito che egli ha nei tuoi confronti; può anche non richiamare il rapporto di valuta “ Io ho ricevuto l’incarico di prometterti X a questa scadenza” Perché lo fai? Pongo a fondamento causale di questa operazione il mandato. A questo punto che cosa devo fare, se la prestazione promessa è una promessa di garanzia, quindi io ti prometto di garantire una certa prestazione? Ho fatto una delegazione pura quanto al rapporto di valuta che sfocia però non nell’assunzione di un debito ma nella garanzia di un debito. Io non divento tuo debitore, divento garante “per conto di”. La banca riceve l’incarico, si presenta all’altro imprenditore in Australia dice io sono la “Deutsche Bank” sono stato incaricato da Tizio e quindi in qualità di mandatario ti garantisco il pagamento di X il giorno ”…”, ti garantisco. Qui il mandato regge questa operazione, come è cioè l’operazione della delegazione preordinava l’assunzione del rapporto, la causa è in questo mandato ed è soltanto lo iussum delegatorio a reggere l’intera operazione e quindi possiamo dire che, in questo caso, la prestazione di garanzia è autonoma perché certamente è impossibile trattandosi di delegazione pura l’opposizione, l’abilitazione delle eccezioni da parte del delegato relative al rapporto sottostante di valuta perché non è stato richiamato, non ne sono state richiamate le eccezioni, io non ho detto intendo assumermi quel rapporto di valuta originario, io ho detto per conto di Tizio ti garantisco il pagamento. Per conto, quindi l’operazione che io faccio la faccio per conto, poi io ti pago perché da delegato io ti pago, il mio pagamento è retto dall’agire per conto, certo il fatto che tu lo hai ricevuto è retto da quello che ci sta sotto ma te lo vedi con il delegante tu delegatario non con me delegato che ho ben compiuto quello che dovevo compiere nel momento in cui ho acquistato questa posizione nei tuoi confronti e ho pagato l’esecuzione del debito che stava in capo a me. Una volta il debito è debito prestazione di dare altra volta il debito è prestazione di garanzia, perché io mi sono impegnato a fornirti sicurezza circa un certo evento, il fatto che poi l’evento ci doveva essere, non ci doveva essere, non c’è l’adempimento a me non riguarda e nemmeno a te perché ciò che conta è che è stato dichiarato nel contratto il mandato. Quindi vedete come anche la delegazione, lo schema generale della delegazione, non quella speciale delegazione preordinata all’assunzione del rapporto di valuta, ma lo schema generale della delegazione proprio in quanto schema duttile,elastico perché si regge sul niente cioè sul mandato che è una causa generica e vaga, proprio perché si tratta dunque di uno schema duttile può servire anche a questo scopo. E quindi il problema del contratto autonomo di garanzia lo si può risolvere in concreto quando c’è il mandato, e il più delle volte c’è e il mandato è comunicato ovviamente alla parte, ricorrendo allo schema causale della delegazione che è uno schema evanescente però c’è e il legislatore lo ha ritenuto sufficiente ad assumersi il rapporto di valuta e quindi a più forte ragione sufficiente a divenire debitore della prestazione di garanzia. Quindi io posso volere assumermi il debito altrui e quindi faccio una delegazione preordinata all’assunzione del rapporto di valuta; posso concludere invece una delegazione non preordinata all’assunzione, io non mi voglio assumere lo voglio garantire con un contratto, dunque, da cui sorge un effetto di garanzia perché la prestazione è una prestazione di garanzia non l’ho fatto mio il rapporto originario lo voglio soltanto garantire, ma senza bisogno che quel rapporto di valuta venga elevato a causa del debito perché la causa del contratto è soltanto l’agire per conto, il cosiddetto iussum delegatorio. Vi è chiaro questo problema ragazzi? Allora vedete come il problema del contratto autonomo di garanzia si supera una volta che noi abbiamo staccato il contratto autonomo di garanzia dalla categoria dei contratti caratterizzati dalla causa cavendi. Una cosa sono i contratti caratterizzati dalla causa cavendi altra cosa è il contratto autonomo di garanzia che se vuole essere veramente autonomo deve fare a meno della causa cavendi, deve trovarsi un’altra causa. Qual è quest’altra causa? Una qualsiasi causa. Ma se è una qualsiasi causa anche l’agire per conto può essere usato? Si, anche l’agire per conto perché se l’agire per conto è causa sufficiente per fare acquistare al delegato il rapporto di valuta originario nel caso appunto di delegazione preordinata all’assunzione del rapporto di valuta allora quella stessa causa è idonea anche a fare acquistare al delegato la posizione di garante; il delegato dichiara che per conto di Tizio garantisce, non si assume, garantisce. E dunque siccome garantisce deve dire io garantisco e dunque risponderò dopo la richiesta di adempimento che tu avrai rivolto al delegante. Io garantisco, non mi sono assunto, invece noi abbiamo visto che quando la delegazione determina l’assunzione del rapporto di valuta c’è questo effetto che è tipico dell’assunzione, cioè? L’assuntore diventa debitore principale, qui invece non c’è l’assunzione c’è la garanzia allora se il delegato è garante perché vuole concludere un contratto delegatorio di garanzia non un contratto assuntorio di garanzia e lo si può fare perché lo schema proprio perché è uno schema di cui possiamo girare in tutte le direzioni può servire anche a coprire questa realtà. Allora se vogliamo utilizzare quello schema generale dell’agire per conto per raggiungere quest’altro risultato , il delegato deve dire al delegatario io intendo diventare tuo garante [??min 52:15] ma garante non voglio assumermi il rapporto di valuta lo voglio soltanto garantire, dunque si intende che trattandosi di garanzia tu non chiederai per prima a me l’adempimento lo chiederai prima all’altro, perché è la regola questa della garanzia: il garante è sempre lui che risponde in via secondaria, in via sussidiaria, è una responsabilità invertita rispetto a quello che avviene nell’assunzione e infatti tutto il discorso, come ricorderete,ha preso le mosse dall’esame della cosiddetta espromissione invertita. È chiaro il discorso fino a qui? È stato complesso ma spero di essere stato sufficientemente chiaro. Quindi il problema del contratto autonomo di garanzia, oggi, se lo vogliamo mettere su piedi solidi, su gambe forti, su pilastri resistenti, lo dobbiamo svincolare dall’idea antica in base alla quale il contratto autonomo di garanzia sarebbe sempre caratterizzato come tutti i contratti di garanzia dalla cosiddetta causa cavendi e da qui dovrebbe derivare quella conseguenza che se la causa cavendi, quindi c’è il richiamo al rapporto di valuta da garantire, evidentemente si finirebbe per determinare una dipendenza della garanzia dalla valuta che è proprio quello che si vuole evitare con un contratto nuovo che sia autonomo. Allora una volta che noi abbiamo fatto questo passo poi la conclusione non dico che è facile però diciamo che è agevole arrivarci, lo capiamo subito, bisogna immaginare un qualsiasi contratto che sia in grado di produrre un effetto di garanzia e cioè un effetto che consiste in un debito caratterizzato da una prestazione di garanzia (*io contraggo tutto per non dire sempre tutte le parole necessarie*). Un qualsiasi contratto e dunque anche un contratto di delegazione? Si, anche il contratto di delegazione. Anzi molto spesso noi sotto un contratto autonomo di garanzia troviamo uno iussum delegatorio e la cosa non ci deve scandalizzare se abbiamo capito e oramai lo abbiamo capito che la delegazione non è quella cosa che sta scritta nei manuali istituzionali, non è quel meccanismo che consente ad un pagamento di un terzo di estinguere due rapporti obbligatori sottostanti, questa è una delle ipotesi possibili che non individua lo schema generale della delegazione.

Lo schema generale della delegazione invece è individuato dalla delegazione che si esaurisce nell’agire del conto senza richiamo delle eccezioni sottostante. La delegazione quindi pura, astratta dalla valuta ma non priva di causa perché noi possiamo avere una delegazione astratta dalla valuta ma che comunque ha una causa e lo abbiamo visto no? Anche la delegazione astratta dalla valuta ha una causa. Qual è la causa? L’agire per conto. E quindi noi possiamo fare una garanzia astratta dalla valuta che si regge sull’agire per conto. Perché no? Qui c’è uno schema generale della delegazione che viene utilizzato per questa cosa qua. Io mi assumo questa prestazione perché voglio garantire il mandante, il mandante mi dà l’incarico io lo accetto e io in esecuzione di questo incarico divento un garante. In questo caso noi abbiamo avuto l’astrattezza dalla valuta ma non per questo il contratto è privo di causa perché la causa del contratto sarebbe dal richiamo dell’agire per conto, richiamo è causa sufficiente [???min 57:13]. Quindi il sistema della garanzia è un sistema complesso nel nostro ordinamento, non dobbiamo pensare soltanto alla fideiussione e poi vedremo anche meglio più in là comincio ad accennarvi adesso che c’è un’altra forma di garanzia che magari non avete mai individuato, ma di cui adesso vi leggerò l’articolo. L’art. 1381 c.c. **Promessa dell’obbligazione o del fatto del terzo**: “Colui che ha promesso l'obbligazione o il fatto di un terzo è tenuto a indennizzare l'altro contraente, se il terzo rifiuta di obbligarsi o non compie il fatto promesso” Questa è la promessa del fatto del terzo, fatto del terzo che può essere qualsiasi cosa. In che consiste questa promessa del fatto di un terzo? Questo è un articolo 1381 che è dettato in una parte del codice dove si disciplinano gli effetti del contratto, dentro a questa sezione del codice c’è questo articolo 1381,curioso, forse avrebbe dovuto stare in un altro posto e il fatto che sta lì ha reso un po’ difficile alla dottrina capire di cosa si trattasse. In che consiste questo contratto? Vi faccio un esempio: Tizio vende un suolo, chi lo compra vuole che il suolo sia fornito di concessione edilizia. Dice, guarda, io me lo compro se poi la concessione edilizia non l’avrò, cosa faccio? Mi metto a coltivare le patate in questo piccolo orticello? Allora il venditore che può fare? Si possono fare molte cose, si può condizionare il contratto a ecc… ecc… ecc.., però può fare anche così: Il venditore promette che il sindaco del comune in cui è allocato questo suolo oggetto della compravendita rilascerà la prescritta concessione edilizia. Promette, quindi, il fatto del terzo. Qual è il terzo? Il sindaco. Qual è il fatto? Il rilascio della concessione. Che succede se il terzo non esegue il fatto promesso? Il fatto del terzo che io ho promesso. Che succede? Che io mi obbligo a pagare una certa somma. Se il sindaco non rilascia la concessione edilizia “entro il….” io ti darò un milione di euro. In che consiste la prestazione del promittente?Di colui che promette? Da questo contratto,questo è un contratto una clausola di un più ampio contratto o è anche un contratto in sintesi autonomo, in questo contratto si conviene che il promittente, il quale ha promesso il fatto del terzo pagherà un indennizzo. In che consiste questa obbligazione? Che deve fare il promittente una volta che ha concluso il contratto? Qual era la posizione della dottrina più antica e dominante fino a pochi anni fa? Si diceva un terzo che ha promesso il fatto è tenuto ad un FARE, deve attivarsi affinché il terzo faccia. Va bene? E per anni anche in giurisprudenza si è fatta questa affermazione poi qualcuno sempre napoletano (*una volta erano giuristi come si deve lo diventerete anche voi)* ha dettoscusate ma se la prestazione del promittente consistesse in un fare allora il promittente dovrebbe essere liberato dall’obbligo di pagare l’indennizzo dimostrando di essere stato diligente. Io ho fatto tutto quello che potevo. È così? Il promittente si libera dimostrando di aver fatto tutto ciò che era nelle sue forze. Io ho promesso che il sindaco ti rilascerà la concessione. Io ti dimostro che ho fatto tutto quello che dovevo fare: Ho presentato la domanda, l’ho coltivata. Sono andato dal sindaco un giorno si e l’altro pure, ho mandato i fiori a casa in occasione dell’onomastico della moglie, pure le pastorelle a casa a Pasqua, la bottiglia di champagne nell’ultimo dell’anno, ho fatto tutto quello potevo fare, ma tu che vuoi da me? Io sono stato diligente, sono stato diligentissimo perché più di questo nessuno mi può chiedere di fare e quindi io essendo stato diligente non sono più inadempiente.

Ho adempiuto se la mia è una prestazione di fare io il fare che dovevo fare l’ho fatto. Perché il fare si fa nella misura della diligenza non è che io posso fare i voli in cielo, devo fare quello che normalmente una persona media fa in questi casi. Io ho fatto molto di più, ho addirittura assillato, ho corso il rischio di essere denunciato per stalking, più di questo che devo fare? E quindi scusa tu perché poi mi mandi l’indennizzo? Io ho fatto quello che dovevo fare, quindi ho adempiuto no la mia obbligazione? Se l’obbligazione fosse un’obbligazione di fare questo dovrebbe essere il ragionamento. È questo il ragionamento che si fa? No. Si dice dalla stessa giurisprudenza la quale faceva queste affermazioni di principio “ qui si tratta di un’obbligazione di fare basata sulla diligenze ecc ecc tuttavia l’indennizzo è sempre dovuto” scusa, ma allora non è un’obbligazione di fare? c’è qualcosa che non funziona in un ragionamento di questo genere. Se io sono tenuto ad un fare, sono tenuto a fare lezione e la lezione l’ho fatta, *mò* tu che vuoi da me? Vuoi un indennizzo perché la lezione non è piaciuta? Ma è un problema diverso. Io ho fatto quello che potevo, quello che sapevo, quello che sono in grado di fare. Non posso essere ritenuto responsabile dell’inadempimento dell’obbligazione di fare perché il fare l’ho fatto, il mio fare l’ho compiuto adeguatamente alla luce di questo criterio della diligenza dell’uomo medio, del buon padre di famiglia che è il criterio di valutazione della diligenza a cui è tenuto il debitore di un’obbligazione di fare. Allora tu prima fai questa affermazione e poi dopo mi dici che [????min: 1:06:33] i mezzi, ma allora non è un’obbligazione di fare! E infatti non è un’obbligazione di fare. E che tipo di obbligazione è? È un’obbligazione di garanzia. Finalmente qualcuno dopo anni lo ha detto ma quale obbligazione di fare qui stiamo in presenza di un’obbligazione di garanzia. Obbligazione di garanzia anche qua, vedete, è sorretta dalla causa cavendi?No. E allora vedete come questo discorso che si è fatto per anni e sul quale si sono scontrati studiosi di ogni genere e tipo per dire che il contratto autonomo di garanzia dovesse essere comunque un contratto con causa cavendi però basta vedere che nel nostro ordinamento esiste un altro contratto che produce una prestazione di garanzia e che non è caratterizzato dalla causa cavendi. Io prometto il fatto del terzo perché ho ricevuto un corrispettivo, prometto il fatto del terzo perché ho venduto l’appartamento, si innesta in un quadro diverso questa promessa, questa garanzia che io mi assumo, non me lo assumo perché ho concluso un contratto di garanzia e tuttavia da questo contratto scaturisce una garanzia, certamente, una garanzia di tipo diverso da quello fideiussorio. Perché il legislatore ne parla qui? Che cosa c’è di diverso tra la promessa del fatto del terzo e la fideiussione? Che la promessa del fatto del terzo è una garanzia di tipo riparatorio, ma non satisfattorio come lo è invece la fideiussione. Vediamo di capirci perché poi queste cose ci servono. Che significa dire che la fideiussione è una garanzia satisfattoria? Significa dire che attraverso l’adempimento del garante, del fideiussore, il creditore garantito vede soddisfatto il medesimo interesse creditorio originario. Dunque la fideiussione è concepibile soltanto per le obbligazioni fungibili. Perché noi diciamo che le cose stanno così? Perché la prestazione del garante fideiussore deve essere la medesima prestazione del debitore originario e non può essere la medesima prestazione se non si tratta di una prestazione fungibile, di danaro. Tizio ti doveva 1000 io ti prometto gli stessi 1000 che ti doveva Tizio, ma se Tizio ti deve consegnare il cavallo, quel cavallo, non un cavallo vago ,no quel cavallo figlio di Varen, io ti posso pure garantire, ma non ti posso garantire di consegnarti quel cavallo perché non lo tengo posso semmai garantirti un’altra cosa. Che cosa ti posso garantire? Allora quando siamo in presenza di fideiussione è necessario che il garante sia in grado di assumersi la medesima prestazione del debitore originario perché tra debitore originario e nuovo debitore si stabilisce un vincolo di solidarietà passiva e la solidarietà passiva presuppone che tutti i condebitori solidali siano tenuti nella medesima prestazione sicché il pagamento di uno libera tutti gli altri perché quel pagamento è idoneo a soddisfare il medesimo interesse creditorio. Io un milione devo avere o me li dà Tizio o me li dà Caio sempre gli stessi soldi sono, userà altre banconote ma il danaro sempre quello è.

Allora se io devo garantire invece un altro tipo di prestazione, cioè se il rapporto obbligatorio ha una prestazione infungibile io come la garantisco? Con la fideiussione che è una garanzia satisfattoria perché come abbiamo visto si crea questo vincolo della solidarietà che presuppone il fatto che tutti sono tenuti alla medesima prestazione? Io devo avere la consegna di un oggetto, un vaso cinese, quel vaso cinese e voglio che mi venga garantito, eh ma la garanzia che mi può essere data è una garanzia fideiussoria in senso proprio? Evidentemente no, perché io che posso garantire? Posso garantire soltanto che se il vaso cinese non ti verrà consegnato io ti do un risarcimento. Una somma di danaro la possiamo anche prevedere anche a priori qual è l’ammontare di questo vaso cinese. Io ti risarcisco nel momento in cui [???? Min: 1:12:26]. Questo ti posso dare ma non ti soddisfo, cioè non ti do una prestazione che è identica, uguale, assimilabile a quella diciamo a cui era tenuto il debitore originario come invece accade nel caso in cui il debitore sia tenuto a pagare un milione di euro. Perché io ti posso promettere, ti garantisco il milione di euro, se non te li dà lui te li do io, soddisfo con il mio milione di euro lo stesso interesse tuo che sarebbe stato soddisfatto dal pagamento del debitore originario, ma se invece il debitore originario è tenuto ad una prestazione infungibile, che succede? non si garantisce? Come non si garantisce. E che tipo di garanzia è? Una volta si diceva si fa la cosiddetta fideiussione indemnitatis, cioè si garantisce l’indennità. Ma se io garantisco l’indennità non sto più nella fideiussione. Prima si parlava di fideiussione indemnitatis perché si riteneva che l’unica garanzia tipica del nostro ordinamento fosse la fideiussione, nessuno aveva ancora detto che l’art. 1381 individua, disegna, delinea un altro tipo di garanzia personale, questa volta è un tipo di garanzia personale indennitaria, risarcitoria, riparatoria che dunque si presta a realizzare quella esigenza di garanzia che si prospetta quando la prestazione del debitore originario è una prestazione infungibile. Avete capito? Quindi promessa del fatto del terzo è una garanzia personale diversa dalla fideiussione perché mentre con la fideiussione si garantisce la medesima prestazione, l’ottenimento da parte del creditore garantito della medesima prestazione originaria, con la promessa del fatto del terzo si garantisce una riparazione, un risarcimento. Sempre meglio di niente. Io volevo quel cavallo, quel vaso, quell’oggetto, volevo quel quadro non è stato consegnato, è stato distrutto però per lo meno ho un ristoro, non è la stessa cosa non posso mettere sulla consolle i soldi che mi hai dato e il vaso cinese però meglio di niente, mi dai dei soldi. No? Quindi sono garante. Però vedete è un tipo di garanzia diverso, non è la stessa cosa, una cosa è garantire la medesima prestazione altra cosa è garantire un’altra prestazione. Quando io garantisco un’altra prestazione stiamo dentro alla fideiussione? No. È inutile inventarsi la fideiussio indemnitatis, lo diciamo quando non sappiamo che l’art. 1381 sopperisce a queste esigenze. Adesso che lo sappiamo, perché lo abbiamo scoperto da un certo numero di anni che il 1381 nasconde nelle sue pieghe un contratto di garanzia di tipo diverso da quello fideiussorio perché è un contratto di garanzia indennitario perché il terzo che cosa promette? Il promittente che promette? Promette il fatto del terzo e se il fatto del terzo non c’è, il fatto del terzo può essere anche la consegna del vaso cinese, se il fatto non arriva io ti darò un risarcimento che o si può lasciare così aperto, nel senso che ti risarcirò il danno commisurato al valore [ ??? 1:16:22] oppure [??? Min 1:16:25] io ti pagherò questa somma e qui vede c’è una certa vicinanza con l’assicurazione. Praticamente il promittente ti assicura che almeno una cosa tu l’avrai. Ti prometto che Tizio ti consegnerà il cavallo, che il sindaco ti rilascerà la concessione edilizia, se non succede? Ti assicuro che rispetto al rischio che questo non accada tu sei coperto perché perlomeno avrai una somma di danaro che ti farà soffrire un po’ di meno, soffrirai lo stesso però non fa niente, comunque ti do un ristoro. Però un ristoro di tipo riparatorio, di tipo risarcitorio, di tipo indennitario non di tipo satisfattorio come nel caso della fideiussione, quindi la fideiussione è satisfattoria, la promessa del terzo è indennitoria. Allora abbiamo scoperto che nel nostro codice all’art. 1381 c’è un altro contratto di garanzia anch’esso svincolato da rapporti preesistenti e sottostanti. Io ti prometto che Tizio ti pagherà se Tizio non ti paga io ti devo dei soldi.

Qui non c’è più un problema di eccezioni, di rapporto di valuta, non serve a niente tutto questo perché il promittente ha promesso la prestazione. Naturalmente questo tipo di struttura può essere utilizzato per tante cose, abbiamo visto l’ipotesi della concessione edilizia in cui certamente il rapporto di valuta non esiste, ma siccome il fatto del terzo può essere anche l’adempimento di una preesistente obbligazione, pure quello è un fatto, un fatto giuridicamente qualificato, ma un fatto, io ti prometto che il tuo debitore ti pagherà e se non ti paga, vabbè, io ti do 200.000 euro. Qui il promittente si può salvare opponendo le eccezioni? No, perché la promessa è un contratto tipico che si regge sul contratto medesimo che è stato fatto e da qua evidentemente il promittente ha avuto un ritorno. Anche qui vedete c’è un’autonomia rispetto al rapporto di valuta, non è che bisognava guardare tanto lontano per trovare un contratto autonomo di garanzia, il codice lo contiene bisogna saperlo maneggiare. E allora ecco perché questi esotismi in cui siamo immersi per varie ragioni per cui si va a pescare quello che è stato detto in Germania, in Inghilterra, poi invece la soluzione c’è, non c’era bisogno di fare questo percorso probabilmente avevamo la soluzione in casa e non lo sapevamo. E però il fatto di aver individuato questa soluzione in caso ci conforta perché significa che non stiamo dicendo cose folli, non è che stiamo inventando né stiamo facendo forzature quando parliamo di contratto autonomo di garanzia, sostanzialmente il contratto autonomo di garanzia ha un precedente nel nostro ordinamento ed è un precedente solido, il 1381, pure quello è un contratto autonomo perché se il promittente promette il fatto del terzo e il fatto del terzo è l’adempimento per un’obbligazione precedente non è che poi il promittente si può salvare come il fideiussore dicendo ma non c’è l’accessorietà perché qua non c’è nessuna accessorietà, qui c’è la totale autonomia del promittente. Il promittente ha promesso sulla base di un contratto con una sua causa e questo va bene. Non siamo distanti da quello che abbiamo detto. Siamo tornati all’antico. “*C’è qualcosa di nuovo oggi nel sole anzi di antico”* ve la ricordate questa poesia di Pascoli? Guardandoci intorno può darsi che alcune cose si presentano con la faccia diversa ma la sostanza poi quella è. Sapevate della promessa del fatto del terzo? No? Quindi è una scoperta. Siete contenti? Allora vedete il sistema delle garanzie come diventa più articolato, come diventa più complesso. Garanzia personale, domanda al primo anno di istituzione di diritto privato, “*la garanzia personale indica che è caratterizzata dal contratto di fideiussione, il fideiussore è la persona blablabla e noi sappiamo tutto, ce ne usciamo pigliamo trenta”* Non sappiamo niente*.* Perché vedete che fosse un contratto di garanzia non sta scritto da nessuna parte. E invece è così, adesso è così,state tranquilli che è così non è una mia, anzi quando poi vi parlerò di cose mie diciamo non accettate ve lo dico, sarò io a segnalarvi posizioni singolari che possono essere più o meno ragionevoli. Questo è una posizione ormai condivisa, questa dell’art. 1381 nasconde un’altra forma di garanzia analoga, non significa uguale, ma con dei caratteri che la rendono abbastanza simile al contratto autonomo di garanzia. Quindi quando noi facciamo tutti quei salti mortali per dimostrare che il contratto autonomo di garanzia è possibile nel nostro ordinamento basta dire una parola “ma c’è il 1381”. E invece guardate che discorso abbiamo dovuto fare, serve però perché essere passati per certi luoghi ci serve per vedere intorno a noi meglio.

Lezione 05/11/2014

Allora riprendiamo il discorso. Abbiamo detto del contratto autonomo di garanzia.
Il contratto autonomo di garanzia è quel contratto in cui la posizione del garante non è accessoria, rispetto alla posizione del debitore principale. Quindi è una garanzia diversa da quella fideiussoria. La garanzia fideiussoria è caratterizzata dall’accessorietà, quindi dalla dipendenza e non dall’autonomia rispetto al rapporto di valuta. Il contratto autonomo di garanzia, invece, è quel contratto di garanzia atipica, diversa dalla garanzia fideiussoria, in cui la posizione del garante è una posizione autonoma rispetto alla posizione del debitore principale,cosicché il garante non potrà opporre le eccezioni relative al rapporto di valuta, non è dipendente dal rapporto di valuta. Abbiamo visto il percorso che si è dovuto fare per considerare ammissibile nel nostro ordinamento un contratto di questo genere qua. E’ evidente che se si pensa che il contratto di garanzia debba necessariamente avere la causa di garanzia, diventa difficile renderlo veramente autonomo rispetto al rapporto di valuta, se non con quell’escamotage linguistico o poco più, che pure è stato adottato dalla giurisprudenza italiana in base alla quale la causa di un contratto autonomo di garanzia sarebbe quello di garantire non una prestazione in senso giuridico, non l’adempimento, ma garantire il fatto che il terzo eseguirà la prestazione. Il problema del contratto autonomo di garanzia si risolve dimostrando che esistono contratti di garanzia o contratti comunque che possono essere considerati di garanzia in quanto producono prestazioni di garanzia, che si basano su una causa diversa. Certamente il contratto con causa di garanzia produce un effetto di garanzia, e cioè fa sorgere in capo al garante un obbligo di eseguire la prestazione di garanzia. Ma possiamo trovarci di fronte a contratti che producono un obbligo in capo al garante di effettuare una prestazione di garanzia, anche se non sono caratterizzati dalla “causa cavendi”. Per esempio il contratto di assicurazione è uno di questi. Certamente non è un contratto di garanzia, ma tuttavia dal contratto di assicurazione deriva una prestazione di garanzia in capo all’assicuratore. Quindi il contratto autonomo di garanzia può essere retto da una qualsiasi causa, il garante si assume la garanzia, diventa debitore della prestazione di garanzia, quando l’altra parte gli ha ceduto una controprestazione, questo è sufficiente a reggere il contratto autonomo di garanzia. E’ sufficiente questa controprestazione a rappresentare la causa sufficiente della costituzione dell’obbligo di garanzia in capo al garante. Quindi una qualsiasi causa, ma dunque anche quella causa generica rappresentata dal mandato. Quindi potremmo trovarci di fronte a delle ipotesi di contratti autonomi di garanzia che sono preceduti, il più delle volte è così, dall’incarico da parte del debitore, cioè un ordinante,che sarebbe il delegante diciamo il debitore originario il quale ordina al terzo di prestare questo tipo di garanzia. Ecco quando il terzo conclude con il creditore un contratto di garanzia in cui dichiara che egli fa questo in esecuzione di un mandato rivolto a produrre una prestazione di garanzia, noi siamo in presenza di un’ipotesi di contratto autonomo di garanzia che rappresenta però l’applicazione di uno schema negoziale che noi già conosciamo, e che è uno schema in grado di giustificare causalmente l’obbligo del mandatario sulla base del mero riferimento al mandato senza alcun riferimento ad altro, infatti la delegazione può essere pura riguardo al rapporto di valuta e anche per quanto riguarda il rapporto di provvista. Quindi con questo schema delegatorio noi riusciamo a realizzare in concreto il contratto di garanzia autonomo, perché astratto dalla valuta, senza per questo però negare che questo contratto abbia una causa perché la causa può essere addirittura anche soltanto il al preesistente mandato.
Quindi in tal modo noi cogliamo anche un aspetto importante che io avevo già segnalato quando vi ho parlato della delegazione, un aspetto importante perché vi ho più volte fatto notare che la delegazione è uno schema duttile, elastico, proprio perché l’essenza della delegazione è da riscontrare nell’attuazione dell’attività gestoria nel richiamo al mandato. E’ sufficiente il richiamo al mandato perché si possa reggere l’obbligo che sorge in capo al delegato. Quindi questo schema della delegazione è uno schema duttile, può essere utilizzato anche per perseguire scopi diversi da quelli ai quali siamo abituati a pensare, e tra gli scopi diversi ci può essere anche quello della costituzione di un rapporto di garanzia, autonoma, cioè astratta dalla valuta, cioè non dipendente dalla valuta. Del resto non sta scritto da nessuna parte nel nostro ordinamento che la garanzia debba necessariamente essere accessoria come ci dice invece il codice con riferimento alla fideiussione. Perché ieri abbiamo visto che nel nostro ordinamento esiste un’altra struttura negoziale che consente di garantire senza alcun riferimento alla preesistenza di un rapporto originario. Si garantisce un indennizzo, un risarcimento al creditore per l’ipotesi che un certo fatto non avvenga, il fatto promesso, e il fatto promesso può anche essere l’adempimento di una obbligazione. Io ti prometto che quella obbligazione verrà adempiuta, e ti prometto quel risultato qualsiasi sia la ragione per cui la prestazione non ti provenga dal debitore, anche magari se la prestazione era **(09.39).** Non mi importa. Quello che conta è che comunque è stato assunto una sorta di assicurazione nei tuoi confronti. La promessa del fatto del terzo, quindi l’art 1381, ci segnala l’esistenza nel nostro ordinamento e quindi nel codice del ’42, di una struttura negoziale dove un contratto (la promessa del fatto del terzo) tra promittente e promissario, in cui il promittente promette un risarcimento al promissario nell’ipotesi che un terzo qualsiasi non compia quello che deve compiere o quello che l’altro comunque si aspetta che compia. Anche se non esiste un obbligo. Io ti prometto che il sindaco ti rilascerà la concezione edilizia, ma il sindaco non è che è obbligato, non si tratta di non adempiere alla prestazione, io prometto il fatto che in un certo momento storico si determinerà il rilascio della concessione. Se il fatto non ci sarà il creditore promissario, il creditore della promessa, avrà diritto al risarcimento del danno. Anche qui siamo in presenza di una garanzia sostanzialmente svincolata, autonoma in qualche modo, anche la promessa del fatto del terzo è autonoma perché si regge appunto sulla base dello scambio della promessa tra promittente e promissario e il promittente per fare questa promessa deve aver ricevuto qualcosa. E’ questa causa sufficiente per reggere il contratto di cui all’art 1381. Lo stesso accade con quello che noi chiamiamo contratto autonomo di garanzia. Le parti, garante e creditore, convengono, concludono questo contratto di garanzia per cui sorge l’obbligo per il garante di effettuare una certa prestazione indipendentemente dal fatto che esista o non esista un debito originario da garantire. Quindi in ogni ipotesi di frustrazione del rapporto,si dice, quindi si copre ogni rischio anche quello della nullità del rapporto di valuta. E lo si può fare? E perché no. Perché non si potrebbe fare? No perché non c’è la causa, perché ci vuole l’accessorietà. E dove sta scritto che ci vuole l’accessorietà per forza affinché si abbia una prestazione di garanzia? Perché la garanzia che ti fornisce l’assicuratore è dipendente da qualcosa? E’ dipendente solo dal fatto che l’assicuratore abbia ricevuto i premi, cioè il corrispettivo nel corso degli anni. Dipende da quello, quindi c’è una sua causa autonoma che non c’entra con nulla che sta prima. E’ lo stesso anche per quanto riguarda la promessa. Il promittente ha promesso il risarcimento ed è tenuto a questo risarcimento indipendentemente da qualsiasi altra cosa, a meno che non sia nullo il contratto di promessa, perché manca la causa di quel contratto. Il promittente magari non ha ricevuto il corrispettivo che lo ha indotto ad accettare ad assumersi questa garanzia. Ma non c’è una dipendenza da qualcosa che sta fuori. La dipendenza è propria del contratto di fideiussione che ha come causa la causa cavendi, ma il grande fenomeno della garanzia prescinde dalla causa cavendi, è più ampio del contratto di fideiussione. Siamo in presenza della garanzia, quindi dell’ipotesi della garanzia, non soltanto quando c’è un contratto di fideiussione caratterizzato dalla causa cavendi e perciò necessariamente, logicamente, dipendente, ma pure in quelle ipotesi in cui ci sia un contratto che abbia una sua causa, che può essere anche corrispettiva oppure rappresentata dal mero mandato, che abbia una causa idonea a fondare, a sorreggere, a sostenere, la costituzione in capo al garante di questa obbligazione il cui contenuto è la prestazione di garanzia, cioè il fornire sicurezza,che è una prestazione particolare diversa dalla prestazione di dare, di fare, di consegnare.
Adesso il quadro della garanzia risulta molto più limpido ed evidente, e adesso siamo ben in grado di distinguere tra garanzia ed espromissione per tornare al nostro tema di fondo. Perché l’espromissione produce un’altra cosa, non la costituzione di un obbligo che ha per contenuto la prestazione di garanzia, cioè non ti fornisco sicurezza rispetto ad una certa cosa, io faccio mio il debito originario presso di te, divento verso te (creditore), debitore. lo assumo, lo prendo su di me, e perciò ne rispondo in via prioritaria, ne rispondo innanzitutto io, il creditore deve chiedere l’adempimento prima all’assuntore (nuovo debitore), nel caso di assunzione cumulativa ovviamente si pone il problema, e soltanto dopo aver rivolto la richiesta di adempimento all’assuntore potrà rivolgersi al debitore sussidiario (cioè al debitore principale che è divenuto debitore sussidiario). Nel caso della garanzia invece succede una conseguenza diversa e per così dire invertita rispetto a quella di cui abbiamo ora detto. Perché? Perché la responsabilità del garante è sempre una responsabilità sussidiaria, perché il garante garantisce non assicura. Altrimenti non saremmo in grado di capire la differenza tra assunzione e garanzia. La differenza tra garanzia e assunzione del debito altrui, sta nel fatto che quando si assume il debito altrui l’assuntore diventa debitore principale, quando invece si costituisce una garanzia, quindi quando siamo in presenza di una prestazione di garanzia, il garante risponde in via secondaria cioè in via sussidiaria rispetto al debitore originario, che resta il debitore principale. Chiaro??
A questo punto sorge una questione delicata che dobbiamo affrontare. Abbiamo detto, l’ho ripetuto pochi secondi fa, che il garante è garante in quanto risponde in via sussidiaria, altrimenti se rispondesse in via principale sarebbe assuntore, qualsiasi siano le parole usate. Se d’altro canto si evince l’intento delle parti di costituire l’assuntore come debitore principale, anche se hanno parlato di contratto di garanzia, siamo in presenza dell’assunzione. Avete capito questo? Quindi il discrimine sta qua. Se le parti hanno voluto, il che è significativo, se dalla lettura del regolamento contrattuale interpretando le parole usate dalle parti si evince che l’intento delle parti, che si coglie attraverso il regolamento, attraverso gli effetti previsti, è stato quello di costituire il terzo come debitore principale e allora questo terzo è l’assuntore, qualsiasi siano state le parole usate nel contratto. Se invece si è parlato di espromissione, però questo espromittente dal regolamento contrattuale si ricava che non risponde in via principale ma risponde in via secondaria, allora noi non siamo più di fronte all’espromissione e nemmeno all’espromissione invertita, perché l’espromissione invertita è un contratto di garanzia, ma siamo in presenza di una garanzia. Chiaro questo? Allora il discrimine è qua. E’ questo il punto distintivo. E su questo punto distintivo sorge una questione che adesso vi illustro. Noi abbiamo detto che nel caso di contratto di garanzia autonomo il garante risponde a prima richiesta e senza eccezioni, anzi la formuletta che si usa per creare l’autonomia del contratto di garanzia, quando si conclude un contratto di garanzia, è proprio questa: “il garante risponderà a prima richiesta e senza eccezioni”. Quindi se sta scritto questo dentro a un contratto dobbiamo pensare subito a un contratto autonomo di garanzia. La frase magica che rende questo contratto autonomo è questa: il garante, magari si tratta anche di fideiussore, il fideiussore (scusate non è che dovete usare le parole in maniera corretta) quindi le parti stipulano il contratto e lo chiamano fideiussore, voi non state facendo una fideiussione state facendo un’altra cosa un contratto autonomo di garanzia. Perché? Perché quando leggiamo tutto il regolamento contrattuale noi vediamo che c’è una clausola in cui si dice : il fideiussore (per continuare l’errore ipotetico, tanto stiamo immaginando) risponderà al creditore a prima richiesta e senza eccezioni, quindi non può opporre le eccezioni relative ai rapporti sottostanti (“astrattezza”).
Che succede? Disastro. E’ un contratto autonomo di garanzia? E’ certamente un contratto autonomo di garanzia. C’è un problema ad ammetterlo? Nosec’è una sua causa, anche se non è la causa cavendi non ci importa niente, l’importante è che si sia prodotto quell’effetto che consiste nella costituzione di un debito il cui contenuto è rappresentato dalla prestazione di garanzia. Allora siamo in presenza di un contratto autonomo di garanzia, in cui però si dice, senza eccezioni e a prima richiesta. Ma noi non abbiamo detto pochi minuti fa che invece il garante deve rispondere a seconda richiesta? Se il garante si distingue dall’assuntore perché l’assuntore risponde a prima richiesta e il garante risponde in via sussidiaria, a seconda richiesta, laddove io scrivo “il garante risponde a prima richiesta e senza eccezioni”, che abbiamo combinato? Possiamo continuare a parlare di garanzia oppure qui è successo qualche altra cosa? Per cui dovremmo parlare dell’assunzione del debito, però qui non c’è il riferimento al debito sottostante perché si è voluta l’autonomia, non c’è stato nessun riferimento al rapporto di valuta, quindi non possiamo neanche immaginare “vabbè le parti si sono sbagliate due volte di seguito”, perché in realtà non hanno voluto un’assunzione hanno voluto veramente una garanzia. Siamo in presenza certamente di un contratto di garanzia perché è stata voluta una prestazione di garanzia senza alcun riferimento al rapporto originario di valuta da garantire. Quindi il garante autonomo, è garante. Però risponde a prima richiesta il che sarebbe incompatibile con la sua natura di garante, perché il garante autonomo sempre garante è, sennò sarebbe assuntore, non c’è un terzo genus: o è assuntore o è garante. E allora se è assuntore risponde a prima richiesta se è garante deve rispondere a seconda richiesta. Come è che qui è garante e deve rispondere a prima richiesta? Avete capito qual è il problema? Come si risolve questo problema?
Si risolve dicendo, guardate la sussidiarietà è una cosa un po’ più complessa di quella che appare. La sussidiarietà si può realizzare sia imponendo l’onere della preventiva richiesta prima a uno e poi all’altro, il cd “beneficium ordinis” per cui il creditore deve seguire un ordine nella richiesta, ma vi potrebbe essere una sussidiarietà di tipo diverso per così dire “attenuata”, una sussidiarietà meno forte ma pur sempre, ancorché attenuata, percepibile, visibile, è una nuance, come dire è una sfumatura, però c’è. E potremmo dire che in questo caso la sfumatura si coglie nel fatto che il creditore, nel caso di garanzia deve comunque attendere l’adempimento del debito del contratto. Sicché può rivolgersi al garante a prima richiesta (perché è la prima richiesta che fa, è la prima richiesta per il creditore) dopo aver atteso invano il pagamento del primo, dichiarando al garante di non aver ricevuto il pagamento, di non aver ricevuto quello che doveva ricevere. Quindi qui in questo tipo di sussidiarietà non esiste l’onere della preventiva richiesta, ma esiste l’onere della preventiva attesa e l’onere di dichiarare di non aver ricevuto il pagamento. Quindi mentre nel caso per così dire ordinario, di sussidiarietà più forte, quella protetta dal beneficio dell’ordine, c’è bisogno di rivolgere la richiesta prima a uno e poi all’altro, quindi se io rivolgo la richiesta prima a un soggetto e poi all’altro quando la rivolgo all’altro non è la prima richiesta ma è la seconda richiesta, e quindi non ci troveremmo con quell’affermazione “io ti pago a prima richiesta” però la prima richiesta può essere preceduta da qualcosa, che pur sempre è un’ attenuazione della solidarietà pura e semplice, eh peròè un’attenuazione diversa dal beneficio dell’ordine, perché mentre nel beneficio dell’ordine io devo chiedere, devo rivolgere la richiesta di adempimento prima a Tizio e poi a Caio, qui non devo prima chiedere ma devo attendere e dichiarare di non aver ricevuto, quindi non ho fatto ancora nessuna richiesta a nessuno. Quando mi rivolgo al garante, io creditore, mi rivolgo al garante come primo destinatario della mia richiesta quindi è una prima richiesta. E’ chiaro questo discorso che ho fatto? E allora la sussidiarietà non è detto che si debba necessariamente esprimere con quel beneficio dell’ordine che caratterizza per esempio la sussidiarietà della delegazione cumulativa, potrebbe darsi che esista una forma, anzi si può ipotizzare, una forma più attenuata di sussidiarietà caratterizzata dal fatto che il soggetto creditore non è tenuto a rispettare l’ordine della richiesta, non deve fare una prima richiesta, una seconda richiesta e poi una terza richiesta, no! Può anche fare una prima richiesta al garante, però non è una prima richiesta come nel caso della solidarietà pura e semplice che esprime la sua libera scelta, no, quella prima richiesta la deve rivolgere al garante dopo aver atteso e dichiarando di non aver ricevuto, e assumendosi su di lui la responsabilità. Chiaro quello che vi dico? Vedete che siamo in presenza di una cosa un po’ diversa della sfumatura che vi dicevo? E’ un’altra sfumatura, non sono le 50 sfumature per modo di dire,ma è una seconda sfumatura.
Del resto noi possiamo avere anche una sussidiarietà aggravata, questa che abbiamo visto è la sussidiarietà attenuata, poi c’è una sussidiarietà aggravata. Aggravata da che cosa? Dal fatto che il creditore non soltanto ha l’onere della preventiva richiesta, ma deve fare molto di più, ha l’onere della preventiva escussione, perché a favore del debitore sussidiario è previsto il cd “beneficio dell’escussione”, che non è la stessa cosa del beneficio dell’ordine. Naturalmente anche il beneficio dell’escussione prevede che vi sia un ordine nell’escussione del pagamento, però mentre il beneficio dell’ordine si esaurisce con il fatto che io creditore ho chiesto l’adempimento a te, ti dò 15 giorni, tu non paghi e mi rivolgo all’altro, nel caso del beneficio dell’escussione la cosa è molto più seria perché non devo soltanto chiedere a te l’adempimento devo anche escutere il tuo pagamento. Vi pare la stessa cosa? No. Perché non è la stessa cosa? Embè perché nell’un caso io aspetto 10 giorni nell’altro caso potrei aspettare quattro anni, perché per escutere il pagamento (come si fa l’escussione del pagamento?) devo iniziare l’azione esecutiva nei confronti del patrimonio del debitore. E come faccio ad iniziare l’azione esecutiva? Ho bisogno di un titolo esecutivo. E qual è il titolo esecutivo? La sentenza. E allora avete capito perché ci vogliono quattro anni!
Io mi devo procurare una sentenza o un altro titolo esecutivo, magari il decreto ingiuntivo, che sia però esecutivo, provvisoriamente esecutivo: voi chiedete al giudice il rilascio inaudita altera parte del decreto ingiuntivo, il decreto ingiuntivo si notifica all’ingiunto e l’ingiunto può entro 40 giorni opporsi. Può opporsi al decreto ingiuntivo e inizia una causa ordinaria di cognizione e nel frattempo il decreto quindi non lo potete eseguire, a meno che non sia fornito della clausola di provvisoria esecuzione, ma è molto difficile avere una clausola di questo genere ci sono solamente alcune ipotesi previste dal codice di procedura civile in cui è consentita una cosa del genere. Quindi, mediamente, per avere un titolo esecutivo noi dobbiamo arrivare almeno alla sentenza di primo grado e il nostro ordinamento richiede almeno tre anni. Poi adesso **(31.34)** ci vorranno tre mesi tutto si risolve con il decreto che è stato approvato di recente. Però oggi sono ancora tre (anni). Poi vedrete che ci vorranno tre mesi, o almeno otto, nove o un anno… già sarebbe un miracolo! Allora capite che c’è una bella differenza con quell’altra ipotesi. Una cosa è il beneficio dell’ordine e altra cosa è il benefico dell’escussione, perché con il beneficio dell’escussione io devo escutere il pagamento. Per esempio nel caso della fideiussione, in cui normalmente vi è tra fideiussore e debitore il vincolo della solidarietà passiva (solidarietà passiva che nella prospettiva che vi ho detto probabilmente è una solidarietà attenuata dal fatto che il garante è tenuto in via sussidiaria, perché è garante), ci possono essere delle ipotesi però devono essere convenute dalle parti, in cui sia previsto a favore del garante (e cioè del debitore sussidiario) il cd beneficio dell’escussione. Cioè il creditore garantito deve non soltanto chiedere l’adempimento prima al debitore principale, prima di potersi rivolgere al garante, ma prima di potersi rivolgere al garante deve addirittura escutere il patrimonio del debitore principale per vedere se dalla esecuzione coattiva sul suo patrimonio riesca ad ottenere il soddisfacimento. Anche perché mi sono dimenticato di dirvi una cosa, ma che studierete con la procedura civile, non è che avere il titolo esecutivo significa che voi poi avete eseguito, il vero problema sta tutto là. Voi dopo tre anni, anzi adesso dopo un anno, avrete il titolo esecutivo, la sentenza di primo grado esecutiva e però la dovete eseguire. Non è che voi andate a casa del debitore e il debitore dice “ah scusami, eh” e voi subito eseguite, quello non se ne frega proprio. Allora voi dovete iniziare il procedimento esecutivo, che è una cosa micidiale: si fa la copia esecutiva del titolo, una volta ottenuta la copia esecutiva del titolo si notifica il titolo con la formula esecutiva insieme al precetto, il precetto è un ordine: ”siccome io ho questo titolo, ti ordino di pagare entro 15 giorni”. E allora voi che dovete fare? Dovete iniziare l’esecuzione. Come si inizia l’esecuzione? Con il pignoramento. E allora voi dovete andare a trovare qualche bene da pignorare: pignoramento mobiliare, pignoramento immobiliare, pignoramento presso terzi. Nel momento in cui iniziate l’azione esecutiva inizia un altro procedimento, una procedura che è diversa dal processo di cognizione: il processo esecutivo, che ha tutti i suoi trabocchetti. Se avete la fortuna di riuscire a scoprire che il debitore ha un conto corrente presso la banca potete tentare di fare il pignoramento mobiliare presso terzi, cioè inviate l’atto di pignoramento alla banca e la banca se vi risponde “sì i soldi ci stanno” e li blocca allora voi potete immaginare nel giro di 7 o 8 mesi avete finito. Facciamo l’ipotesi che non sia così e voi dovete fare un pignoramento immobiliare. Prima di chiedere la vendita forzata del bene si devono fare una serie di attività onerose e lunghe, per esempio valutare il bene, quindi si deve nominare un consulente tecnico per valutare. Poi voi fate l’aggressione sul valore indicato dal consulente e poi finalmente ti sei accorto che quello non vale tanto, e vale mille lire. Passano mesi prima di arrivare in tribunale e poi magari il primo giorno non si presenta nessuno. In tutto questo voi quasi vi siete dimenticati del perché siete creditori. Ve lo siete dimenticati. Questo è un grande problema, professionalmente è un grande problema. Quando voi fate un contratto, assistete una parte, pensate di aver fatto un’ elegantissima costruzione giuridica, un grandissimo contratto, poi però vi dovete porre il problema **(36.56)** la vendita, che faccio? Questo è il vero punto. Il debitore è tenuto a un certo comportamento dopo l’esecuzione. Quello è il fatto. Allora se c’è una garanzia, ok. Ma se la garanzia non c’è? Se non è stata offerta nessuna garanzia, voi dovete iniziare un percorso ad ostacoli che si concluderà nel giro di qualche anno. Non lo sappiamo quanto è “qualche anno”, quanti anni ci vorranno, anche in seguito ai tentativi di riforma che stanno facendo da anni cercando di rendere più veloce il processo civile italiano (speriamo che questo che è stato approvato ieri abbia più successo degli altri, lo auguro a noi tutti), però resta il fatto che oggi come oggi ci vogliono anni.
Allora voi capirete che c’è una bella differenza tra il beneficio dell’ordine e il beneficio dell’escussione, e questa differenza ci sarà sempre, magari non sarà una differenza così clamorosa se noi riuscissimo davvero a rendere più celere il procedimento, ma comunque ci sarà. Perché da una parte io faccio la richiesta di adempimento, ti dò i 15 giorni e se tu non paghi io mi rivolgo all’altro, altra cosa invece è se prima di fare questo (poi lasciamo stare che anche l’altro potrebbe non pagare,no? Ma questo è un altro discorso,si apre proprio il disastro più totale) però prima di constatare questo, che anche l’altro non pagherà, voi dovete fare l’escussione sul patrimonio del vostro debitore principale, perché la sussidiarietà qui è rafforzata. Allora vedete come è più complessa la situazione di quella che potevamo immaginare. Esiste la solidarietà pura e semplice, in cui ci sono due soggetti tenuti tutti e due per la medesima prestazione e la solidarietà pura e semplice è caratterizzata dalla cd “libera electio” (già l’ho detto qualche volta), cioè dalla libera scelta del creditore: è il creditore che sceglie il soggetto debitore a cui rivolgere la richiesta e magari sceglierà quello che in testa a lui è più solvibile, quello più perbene, quello che sta più vicino, quello che non gli darà fastidio, quindi può scegliere. Poi ci sono delle obbligazioni solidali in cui la solidarietà è in qualche modo attenuata, da che cosa? Dalla sussidiarietà, cioè uno dei due, pur essendo obbligato in solido con l’altro è tenuto con modalità diverse: deve essere compulsato dopo. Allora siamo in presenza del cd “beneficio dell’ordine”: il creditore anche se ha due condebitori solidali di fronte a lui, anziché scegliere liberamente, deve rivolgere la richiesta di adempimento prima a Tizio e poi a Caio, però “richiesta di adempimento” che è cosa diversa dall’escussione! Una cosa è il beneficium ordinis altra cosa è il beneficium excussionis, non tutti lo sanno, questa anche se è una banalità però si fa confusione anche in qualche manuale, quindi attenzione non è la stessa cosa. E’chiaro che anche il beneficio di escussione è in qualche modo un beneficio dell’ordine, perché io devo escutere prima a uno e poi all’altro, però è una cosa diversa dal vero e proprio beneficio dell’ordine, perché il beneficio dell’ordine si esaurisce chiedendo al creditore di rispettare l’ordine della richiesta. Nel beneficio dell’escussione invece la situazione è molto più grave perché il creditore deve seguire un certo ordine nella escussione dei patrimoni, che è un guaio mai visto, una situazione molto diversa. Allora abbiamo solidarietà, beneficio dell’ordine, anzi per andare dalla solidarietà più completa a quella meno evidente possiamo dire che c’è innanzitutto la solidarietà pura e semplice, poi c’è questa sussidiarietà attenuata, che è molto vicina alla solidarietà però non è ancora solidarietà pura e semplice perché non c’è proprio la libera electio, comunque il creditore deve chiedere, deve rivolgere la prima richiesta al debitore principale, però per rivolgersi al debitore sussidiario non deve intimargli formalmente il pagamento e dargli i termini previsti dalla legge per la costituzione (41.58), può limitarsi a dichiarare di aver atteso invano l’altrui adempimento e poi si rivolge al debitore sussidiario. Quindi qui c’è la sussidiarietà però una sussidiarietà che rappresenta una sfumatura della solidarietà molto vicina alla solidarietà. Poi andando un po’ più in là, che cosa abbiamo? Il beneficio dell’ordine, perché con il beneficio dell’ordine c’è una sussidiarietà un po’ più forte, perché la sussidiarietà è tutelata dal fatto che il creditore deve rivolgere la richiesta di adempimento prima a Tizio e poi a Caio, quindi il debitore sussidiario risponderà a seconda richiesta perché la prima richiesta l’ha fatta all’altro. Poi c’è la cosa più distante dalla solidarietà: il beneficio dell’escussione, perché il creditore in questo caso deve non soltanto rivolgere la richiesta di adempimento, ma deve rivolgere la richiesta di adempimento che poi gli imporrà la escussione del patrimonio nel caso in cui la richiesta fosse stata infruttuosa. Quindi è chiaro perché partire con la richiesta. Io ti chiedo di pagarmi perché tu sei il mio debitore principale, quello non risponde e anziché rivolgermi all’altro come avrei fatto se ci fosse stata la mera sussidiarietà, diciamo, rappresentata dal beneficio dell’ordine qui invece c’è una sussidiarietà più forte, a favore del debitore sussidiario, perché prima di aggredire il debitore sussidiario io devo provvedere a chiedere l’adempimento e anche ,dopo avere chiesto l’adempimento, devo anche provvedere alla escussione del patrimonio del debitore a cui io rivolgo la primitiva richiesta. Allora i due poli di questa linea, quali sono questi due poli, da una parte il beneficio dell’escussione dall’altra parte la solidarietà pure e semplice, in mezzo ci sta questa sussidiarietà attenuata di cui ho parlato oggi con riferimento al garante autonomo ( ma poi vedrete che io estendo questa idea anche all’altra) e il beneficio dell’ordine. Il beneficio dell’escussione è così distante dalla solidarietà che ci si potrebbe addirittura interrogare su questo quesito: quando è previsto il beneficio dell’escussione siamo sicuri che siamo ancora in presenza dell’obbligazione solidale? Oppure il beneficio dell’escussione spezza il vincolo della solidarietà, per cui non possiamo più immaginare che siamo in presenza di un’obbligazione solidale in cui due soggetti sono tenuti per la medesima prestazione? Questa è la domanda. La risposta la avrete a suo tempo. Perché noi affronteremo questo discorso, perché è importante, è un problema che io affronto in uno dei miei saggi. Vi dico che personalmente e non sono il solo, anche se esistono altre posizioni diverse, ma sono in buona compagnia, personalmente ritengo che quando è previsto il beneficio dell’escussione in realtà l’obbligazione non è più obbligazione solidale. Quindi il beneficio dell’escussione non è una modalità, un modo di essere dell’obbligazione solidale, è la negazione dell’obbligazione solidale: se c’è il beneficio dell’escussione non c’è obbligazione solidale. Chiaro?
Allora avete capito adesso quest’altro punto? Come abbiamo affrontato quest’altro tema.
Adesso c’è un ultimo aspetto di questo saggio che io adesso sto ripercorrendo insieme con voi sull’espromissione, che riguarda un’altra ipotesi molto interessante di ingegneria giuridica sempre per fare un po’ di ginnastica mentale che non guasta mai. Che cosa ci siamo chiesti? Ci siamo chiesti, possiamo avere un’espromissione astratta dalla valuta? Abbiamo detto no. L’espromissione non può essere astratta dalla valuta perché la valuta è rappresentata **(46.40)** . Si può astrarre dalla valuta quando però si inserisce un’altra causa, ma allora saremmo in presenza di un altro contratto con altri effetti. Il contratto espromissorio è caratterizzato dalla causa contenuta nel rapporto di valuta, dunque qualsiasi clausola che limitasse la opponibilità delle eccezioni di quella valuta sarebbe incompatibile con la causa e dunque nulla. Vi ricordate quando abbiamo detto questo? Adesso ci poniamo un problema, un altro problema, che riguarda, più o meno un analogo discorso con riferimento all’accollo. Qual è la causa dell’accollo? La causa dell’accollo è la provvista. Vero? L’accollo si regge sulla provvista. Tanto è vero che l’accollante può sempre opporre all’accollatario le eccezioni relative al contratto in base al quale l’assunzione è avvenuta. La causa dell’accollo nell’esempio che vi ho fatto centinaia di volte è il contratto di compravendita, in cui il prezzo è pagato con l’accollo. Quindi l’accollo è sempre dipendente dalla provvista. Tanto è vero che a questo, voi vi ricorderete, qualcuno a questa affermazione ha argomentato per escludere la idoneità dell’accollo a provocare successione **(48.30)**. Vi ricordate? E abbiamo dimostrato che non è così, una così è la causalità dell’accollo, altra cosa è la successione a titolo particolare che è una conseguenza dell’effetto traslativo prodotto causalmente dall’accollo. Allora la causa dell’accollo è la provvista, la causa dell’espromissione è la valuta, la causa della delegazione è **(48.56).** Oramai il quadro è completo per quanto riguarda la funzione di questi tre congegni negoziali. L’unico congegno negoziale previsto specificamente per l’assunzione del rapporto di valuta è l’espromissione. Gli altri invece hanno altre cause che realizzano altri interessi, l’assunzione del rapporto di valuta che c’è nell’accollo e che può esserci con la delegazione, quando la delegazione è titolata rispetto alla valuta, è un effetto che si inserisce in una causa, in una funzione diversa, più ampia: nella delegazione procurarsi la collaborazione gestoria del mandatario , perché è l’applicazione del contratto di mandato, nell’accollo invece la realizzazione del più ampio assetto di interessi che noi vediamo, leggiamo, individuiamo, dentro il contratto di valuta. E’ così? Eh. Allora l’espromissione si fonda sulla valuta, l’accollo si fonda sulla provvista, la delegazione sul mandato. Proprio perché si fonda sul mandato la delegazione può essere astratta rispetto alla valuta e alla provvista, perché è sufficiente a far sorgere l’obbligo in capo al delegato nel caso di delegazione di debito,e è sufficiente a giustificare il pagamento dal delegato al delegatario nel caso della delegazione di pagamento. Poi però ci vuole altro, già ve l’ho detto, poi su questo ci torneremo. Ci vuole altro perché c’è il conteggio, e dunque per effettuare il conteggio, per imputare quel pagamento al rapporto sottostante di provvista e al rapporto sottostante di valuta, bisogna andare a vedere quali sono le cause sottostante alla valuta e alla provvista. Ma questo è un momento successivo e ulteriore, è dopo non prima. L’espromissione invece che non richiama il mandato, anche se il mandato c’è, proprio perché non richiama il mandato deve richiamare qualche altra cosa, sennò qual è la causa dell’espromissione, è che cosa deve richiamare? Il **rapporto ( controllate min 51.24).** L’accollo certo che provoca il trasferimento del debito originario, però la causa dell’accollo non è quella dell’assunzione e basta, è la realizzazione di una funzione più ampia, lo scambio di cosa con il prezzo, l’assunzione del debito in funzione dell’acquisto dell’appartamento, la vendita dell’appartamento in funzione del fatto che io mi libero anche del peso del debito perché lo trasferisco come prezzo sull’acquirente. Vedete? C’è una complessità diversa per quanto riguarda l’accollo, che pure produce quell’effetto, ma la causa è una causa che non si esaurisce nell’assunzione del rapporto di valuta. La causa, credo di averlo già detto ma questo è per sfrondare di nuovo tutte le cose che si dicono, è molto semplicemente la sintesi degli effetti essenziali. Aldilà di tutte le chiacchiere che si dicono, detta proprio… **(52.29-52.30)** di Pugliatti, grandissimo studioso dei miei tempi, Salvatore Pugliatti. Diceva la causa è la sintesi degli effetti essenziali. Contratto di compravendita, la causa qual è? Scambio di cosa per il prezzo. E quali sono gli effetti essenziali del contratto di compravendita? Essenziali non quelli ulteriori che le parti possono inserire nel contratto per arricchirlo, gli effetti essenziali sono che si trasferisce la proprietà e c’è un prezzo da pagare, quindi vedete quando io definisco la causa della compravendita sostanzialmente ho descritto gli effetti essenziali. Allora la causa dell’espromissione, qual è? Quello che è l’effetto essenziale dell’espromissione, e cioè? L’assunzione del rapporto di valuta. Nella delegazione l’assunzione del rapporto di valuta è un effetto essenziale? No. Può anche non esserci addirittura. E anche quando c’è, perché la delegazione è titolata rispetto alla valuta, non è l’unico effetto essenziale perché è un effetto che io voglio in funzione del mandato. Chiaro quello che sto dicendo? Perciò la causa non è l’assunzione del rapporto di valuta, è sempre il mandato, anche quando la delegazione è titolata rispetto al rapporto di valuta, anche cioè quando la delegazione è voluta perché si determini l’effetto dell’assunzione di valuta. Così nell’accollo, nell’accollo c’è l’assunzione del rapporto di valuta? Certo che c’è. Ma questo effetto è effetto essenziale? Essenziale nel senso che esaurisce compiutamente la descrizione della causa? No. E’ l’effetto, questo, che si combina con un altro effetto, nell’esempio che vi ho fatto: l’acquisto della proprietà, ed è in funzione di quest’effetto. Quindi non è che ho voluto realizzare l’assunzione del rapporto di valuta, ho realizzato l’assunzione del rapporto di valuta in quanto volevo pagare il prezzo della compravendita, è una cosa un po’ diversa. Avete capito questo? Allora il quadro ora è limpido, chiaro ed è importante averlo in testa perché se noi abbiamo chiaro questo quadro poi anche problemi nuovi che si dovessero porre li dobbiamo risolvere sulla base di questo quadro. Allora la delegazione 🡪il mandato, l’espromissione si poggia sulla 🡪valuta e l’accollo si appoggia sulla 🡪provvista. Il pilastro dell’espromissione è la valuta, il pilastro dell’accollo è la provvista. Vedete come sono distinti, differenti. Allora ci siamo chiesti prima possiamo togliere il pilastro della valuta sotto l’espromissione? No, perché l’espromissione crolla. Ci vogliamo chiedere, si può fare questo con l’accollo? Possiamo togliere dall’accollo questo riferimento alla provvista? Possiamo astrarre l’accollo dalla provvista? Innanzitutto perché vogliamo astrarlo dalla provvista? Beh perché astrarlo dalla provvista lo renderebbe assai gradito al creditore, ovviamente il creditore accollatario sarebbe molto più felice di fronte all’accollo, se questo accollo fosse astratto dalla provvista, perché l’accollante può opporre le eccezioni relative al rapporto di provvista al quale egli è totalmente estraneo, quindi lo preoccupa tutto ciò. Quindi perché noi ci chiediamo se è possibile un’operazione di ingegneria in questo senso. Ce lo chiediamo perché evidentemente sono i creditori accollatari che ce lo chiedono. I creditori accollatari avrebbero interesse a questo e spingono, dicono: vediamo di costruire, visto che siamo in presenza di negozi dominati dal principio dell’autonomia privata,dalla libertà ecc, vediamo di costruire qualcosa che sia in grado di soddisfare questa nostra esigenza di avere un accollo che non sia ancorato alla provvista. Allora vediamo innanzitutto di che strumenti ci dobbiamo fornire per conseguire un risultato più o meno di questo genere. Innanzitutto dovremmo inserire nel contratto una clausola nella quale si dica che l’accollante non può opporre le eccezioni relative alla provvista. Quindi ci deve essere una rinuncia, per così dire, alle eccezioni fondate sulla provvista. Allora facciamo l’ipotesi che una clausola di questo genere sia stata inserita nel contratto. Io mi accollo il debito verso Tizio e mi impegno nei suoi confronti a non opporgli nessuna eccezione relativa alla provvista. Una clausola di questo genere sarebbe accettabile? E in che misura? Per rispondere a questa domanda dobbiamo andare a leggere l’art 1462: “la clausola con cui si stabilisce che una delle parti non può opporre eccezioni al fine di evitare o ritardare la prestazione dovuta, non ha effetto per le eccezioni di nullità, di annullabilità e di rescissione del contratto”. Questa norma riguarda sia questa ipotesi in cui ci sia impegna a non opporre eccezioni al fine di evitare la prestazione, sia per le ipotesi in cui si convenga che le eccezioni non possono essere apposte per ritardare la prestazione dovuta. E’ la cd clausola del “solve et repete”. Per carità di Dio “rèpete” e non “repète,” non mi costringete alla mia età a sentire così di questo tipo. Cioè paghi prima e poi ripeterai, la cd clausola “solve et repete”. Anche questa è, come dire, inserita nella disciplina del 1462, ma qui non siamo in presenza di una clausola del solve et repete, vogliamo molto di più. Non vogliamo dire: io ti pago e poi ti oppongo le eccezioni e se queste eccezioni sono fondate, tu mi restituisci. No, non voglio questo. Io non voglio pagare proprio. Io dico: se ci sono le eccezioni, queste eccezioni, io ti oppongo le eccezioni . Questo vuol dire il 1462. Qui invece nella clausola che stiamo immaginando l’accollante dice: io anche se ci sono ragioni per opporti queste eccezioni, perché potrebbero evitare il pagamento,io non voglio perché non ti oppongo le eccezioni e ti pago comunque. Avete capito? Quindi vi è una clausola in cui dispongo di queste eccezioni. E però leggendo il 1462 che cosa ho constatato, che alcune eccezioni sono indisponibili, non se ne può disporre, cioè l’eccezione della nullità, annullabilità e rescindibilità. Quali sono queste eccezioni? Sono quelle eccezioni che riguardano i livelli genetici del contratto,invalidità del contratto, nullità è l’invalidità più grave, annullabilità è un’invalidità meno grave e rescissione del contratto, anche questo è un difetto genetico del contratto. Quindi già abbiamo appreso una cosa, queste eccezioni che sono basate sul contratto di provvista non possono essere impedite, non se ne può disporre convenzionalmente perché il legislatore lo impedisce. Non è possibile disporre dell’eccezione di nullità, annullabilità e rescindibilità. Embè però ci sono tante altre eccezioni che pure sono interessanti, per esempio l’eccezione fondata sulla risoluzione del contratto per inadempimento,l’eccezione di inadempimento, i difetti per così dire funzionali della causa, i vizi funzionali del contratto, non quelli genetici, perché quelli genetici sono indisponibili sta scritto nel codice. E però noi non abbiamo soltanto i difetti genetici abbiamo anche i difetti funzionali. Quali sono i difetti funzionali? La risoluzione del contratto per inadempimento, la risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta, l’eccezione di inadempimento art 1460. Vi sembra poco? No non è poco, è tanto. Quindi nullità, annullabilità e rescindibilità no, però le altre ne posso disporre, il 1462 me lo consente. Quindi? Ne posso disporre. Ovviamente l’astrattezza che ne deriverebbe ai fini della provvista sarebbe un’astrattezza minore di quell’astrattezza dalla provvista, che si ha per esempio con l’espromissione. Perché l’espromissione come sappiamo, essendo fondata sulla valuta, è totalmente astratta rispetto alla provvista. Quella sì che fa molto piacere al creditore perché nessuna eccezione relativa alla provvista può essere opposta nel caso di espromissione, nemmeno la nullità, annullabilità e rescindibilità. Quindi l’astrattezza dalla provvista che si ottiene con l’espromissione sarebbe comunque un’astrattezza più ampia rispetto all’astrattezza dalla provvista che si potrebbe avere con l’accollo, qualora una clausola di questo genere venisse inserita nel contratto, perché questa clausola in ogni caso non potrebbe riguardare nullità, annullabilità e rescindibilità. E tuttavia potrebbe però riguardare un bel settore di eccezioni e il creditore anche se magari meno contento rispetto all’espromissario comunque un qualche vantaggio lo riceverebbe. Quindi anche se attraverso una clausola che disponga di queste eccezioni disponibili, quelle relative ai difetti funzionali della causa, si riesce ad ottenere un’astrattezza minore rispetto a quella alla quale siamo stati abituati con l’espromissione tuttavia sarebbe un risultato non irrilevante, anzi sarebbe un risultato rilevante, importante a cui il creditore potrebbe avere molto interesse. Vediamo che succede se viene inserita una clausola di questo genere nel contratto. Se l’accollante si è assunto il debito in funzione di una controprestazione che ha ricevuto, qualora egli fosse costretto a pagare anche se questa controprestazione non la dovesse più ricevere, se fosse così ci troveremmo di fronte all’ipotesi di pagamento senza causa. L’accollante ha assunto il debito altrui perché intende, assumendosi il debito altrui, pagare il prezzo della compravendita dell’appartamento di Mezzocannone . La compravendita è risolta per inadempimento, si è sciolta. Quindi l’appartamento non lo ha più acquistato l’accollante. L’accollante non è più il compratore di alcunché e però se non può opporre le eccezioni egli sarebbe comunque tenuto a pagare il prezzo, ma quindi il suo pagamento sarebbe privo di causa, avrebbe pagato senza aver ricevuto il corrispettivo che rappresenta appunto la causa dell’ assunzione. Avete capito quello che ho detto? E’ banale. E’ così.
E allora potremmo dire anche qui, come abbiamo detto per l’espromissione quando abbiamo tentato di costruire un’espromissione astratta dalla valuta, abbiamo detto che anche qui la clausola finirebbe con l’essere incompatibile con la causa. Se la causa nella posizione dell’accollante, se la posizione dell’accollante è sempre causalmente connessa al contratto d’origine cioè al rapporto di provvista, evidentemente non si può astrarre dalla provvista nemmeno nella misura minore che abbiamo visto, perché astrarre dalla provvista determinerebbe il pagamento dell’accollante senza causa. E questo non è consentito nel nostro ordinamento. Quindi dovremmo rispondere nello stesso modo. E infatti si risponde nello stesso modo, questa è la risposta. Però c’è un’ipotesi rispetto alla quale dobbiamo riflettere. L’ipotesi è questa. Noi l’accollo di cui stiamo parlando è il cd accollo tipico, cioè quell’accollo che è una stipulazione a favore del terzo inserito in un più ampio contratto. E’ questa l’ipotesi prevista dal legislatore, ne abbiamo parlato a lungo. Vogliamo vedere invece se è ipotizzabile un accollo atipico, di cui nessuno ha mai parlato. L’accollo atipico che consiste in un contratto tra accollante e accollato sempre a favore del terzo accollatario, ma che ha come sua causa non la più ampia causa di scambio in cui è inserito l’accollo, ma che ha come sua causa l’assunzione del rapporto di valuta, la mera assunzione del rapporto di valuta. L’accollo è stipulazione a favore del terzo? Si. E l’accollante e l’accollato, che corrispondono all’espromittente e all’espromesso, non possono convenire fra di loro che il terzo accollante si assumerà il rapporto di valuta e basta? Cioè un contratto di accollo che si esaurisce in questa causa: nell’assunzione del rapporto di valuta. Se assumere il rapporto di valuta è una causa che il legislatore ha ritenuto sufficiente a reggere un contratto tra assuntore e creditore, espromittente ed espromissario, perché questa stessa causa non potrebbe valere anche a reggere un contratto tra accollante e accollato con efficacia a favore del terzo accollatario? Non c’è nessuna ragione. Allora noi avremmo avuto a questo punto un accollo in cui la provvista è la medesima valuta, perché la provvista consiste nel contratto tra accollante e accollato in cui le parti hanno convenuto che verrà assunto il rapporto di valuta. Quindi non c’è una provvistasottostante che può impensierirci. Avete capito questo discorso ragazzi? L’accollo è uno schema generale di accordo tra Tizio e Caio con effetto a favore del terzo. Allora Tizio e Caio possono anche essere interessati a un contratto in cui si conviene tra Tizio e Caio, che il rapporto di valuta che Tizio ha nei confronti di Sempronio si trasferirà in capo a Caio con effetto nei confronti di Sempronio? E basta. Cioè perché il contratto di accollo non può avere come sua causa soltanto l’assunzione del rapporto di valuta? Tutti i discorsi che abbiamo fatto fino ad ora sono stati nel senso che l’accollo è il più ampio contratto in cui l’effetto dell’assunzione non realizza la causa, tanto è vero che la causa è la più ampia causa di cui alla provvista ecc ecc. E l’assunzione del rapporto di valuta è un effetto di questa causa che però non realizza l’intera causa, la causa non si esaurisce nell’assunzione del rapporto di valuta. L’assunzione del rapporto di valuta è in funzione di una più ampia causa, è vero? L’ho detto fino ad oggi. Ma appunto, nell’accollo tipico! Ma perché non possiamo immaginare un atto di vendita in cui le parti, io ho un debito nei confronti di Giovanni vado da Sempronio e dico: “caro Sempronio io ho questo debito nei confronti di Giovanni te lo vuoi prendere nei suoi confronti? Assumendolo verso di lui?” Contratto tra debitore e terzo con effetto nei confronti del creditore accollatario in cui però la causa è la stessa dell’ espromissione. La causa dell’espromissione è la causa di un contratto tra terzo e creditore. Qui invece il contratto non è tra terzo e creditore, ma tra terzo e debitore in cui le parti convengono che questo effetto dell’assunzione esaurisce, ovviamente perché questo succede probabilmente l’accollante riceve qualcosa: “se tu mi fai questo io ti pago questa cifra”. Perché non si può fare un accollo che si esaurisca nell’assunzione del rapporto di valuta? Un accollo atipico che non sia cioè una modalità di un più ampio contratto, in cui l’assunzione del rapporto di valuta sia uno degli effetti che realizza questa causa più ampia. Immaginiamo un accollo in cui la causa sia proprio l’assunzione del rapporto di valuta, allora assumere il rapporto di valuta è una causa sufficiente per determinarne l’effetto traslativo in capo,sì! Perché? Perché questa è la causa tipica di un contratto tipico che noi abbiamo letto nel codice, cioè il contratto tra terzo e creditore che pongono a fondamento causale del loro accordo l’assunzione del rapporto di valuta. Come si chiama questo contratto? Contratto di assunzione dell’espromissione. Qual è la causa? L’assunzione del rapporto di valuta. Se questo contratto anziché essere fatto tra terzo e creditore, espromittente ed espromissario, venisse fatto tra terzo e debitore, abbiamo fatto un’espromissione? No, perché non c’è il creditore. Abbiamo fatto un accordo, però con effetto verso il creditore che non sarà più l’espromissario, sarà l’accollatario che deve aderire a questa struttura negoziale . Ebbene questa struttura negoziale con questa causa non regge? E perché no? Se quella causa, l’assunzione del rapporto di valuta, è causa sufficiente a determinare l’assunzione del rapporto di valuta quando le parti che si scambiano la proposta e l’accettazione sono terzo e creditore, perché non può essere la stessa cosa quando la convenzione viene fatta tra terzo e debitore? E cioè tra accollante e accollato con effetto all’esterno verso il creditore accollatario, che non è parte dell’accordo ma che aderirà per rendere irrevocabile l’effetto in suo favore. In questo caso noi che avremmo creato? Avremmo creato un accollo astratto dalla provvista, perché non sarebbe più un accollo, come dire, il cui fondamento è rappresentato da un contratto sottostante al quale l’accollatario…E’ un contratto tra Tizio e Caio in cui si assume il rapporto di valuta. Noi cioè abbiamo costruito un contratto di accollo, però atipico, che ripropone sostanzialmente lo schema dell’espromissione però con le parti diverse. E chiaro? Mentre l’espromissione è tra terzo (espromittente) e creditore (espromissario),quello è il contratto di espromissione, qui il contratto sarebbe tra terzo e debitore, accollante e accollato, che pongono a fondamento causale di questo loro contratto sempre l’assunzione del rapporto di valuta con effetto verso il creditore. Ma la deviazione dell’effetto nella sfera giuridica altrui può essere inserita in qualsiasi tipo di contratto. Perché no in questo? Se la causa, assumere il rapporto di valuta, è causa sufficiente a reggere il contratto tra l’espromittente e l’espromissario, può essere causa altrettanto sufficiente a reggere il contratto tra terzo e debitore, tra assuntore e debitore, tra accollante e accollato, con efficacia esterna verso il creditore. Avete capito questo discorso? Quindi noi potremmo incamminarci lungo la strada di un’ipotesi di questo tipo cioè di un accollo un po’ speciale, di un accollo che sostanzialmente riproponga in veste giuridica diversa ovviamente e con una struttura negoziale diversa, riproponga l’espromissione. Riproponga dunque un risultato analogo e non proprio identico, analogo a quello raggiungibile con l’espromissione in cui cioè il creditore si vede destinatario soltanto delle eccezioni relative alla valuta e null’altro. E’ un’ipotesi interessante questa che Cicala segnala come ipotesi plausibile, ma ne parla in maniera problematica, cioè la lancia un po’ così questa idea. Lo leggerete nel saggio sull’espromissione. Poi dice però c’è bisogno di integrare **(01.19.44)** che non ci sono stati da parte sua perché pochissimo dopo la pubblicazione dell’espromissione Cicala morì. Quindi resta un po’ questa ipotesi che è un’ipotesi interessante come ben capite. Siamo in presenza di una struttura che ripropone una situazione analoga, io ci ho tenuto a dire “analoga” e non “uguale” perché comunque in questo caso, nel caso dell’accollo che propone non soltanto tra creditore accollatario **(01.20.27-01.20.30)**, ma si potrebbero proporre anche le eccezioni relative al contratto fra assuntore e terzo, di cui egli comunque non è stato parte, quindi per questa via una provvista ci sta sempre, perché la provvista è rappresentata dal contratto tra accollante e accollato di cui l’accollatario non è stato parte, quindi una cosa è che l’assunzione del rapporto di valuta è conseguenza di un contratto che io creditore faccio con il terzo assuntore espromittente, altra cosa è che la medesima assunzione del rapporto di valuta si ha attraverso un contratto al quale io aderisco ma di cui non sono parte, sicché è vero che l’accollante poi mi potrà opporre le eccezioni relative alla valuta e basta (perché non ci sono altre cose sottostanti) però un’altra cosa perlomeno c’è stata, alla quale io non ho partecipato, che è pur essa in qualche modo una parvenza di provvista e cioè il contratto tra accollato e accollante da cui si è prodotto l’effetto dell’assunzione del rapporto di valuta. Perché c’è stato un contratto o no? Accollato e accollante hanno fatto un contratto in cui hanno previsto che questo effetto dell’accollo venisse proiettato nella sfera giuridica dell’accollatario? L’accollatario aderisce. Quindi è chiaro che siccome mi sono assunto il rapporto di valuta posso opporre le eccezioni relative al rapporto di valuta perché ho acquistato quel rapporto di valuta. Ma posso opporre anche altre eccezioni che l’espromittente non può opporre, e cioè le eccezioni relative al contratto tra accollante e accollato, che non è un contratto come il contratto di compravendita, ampio e bla bla bla ma è pur sempre un contratto al quale l’accollatario è stato estraneo. E’ chiaro questo no? Lo vedete? Quindi comunque non è mai una situazione identica a quella che si verifica con l’espromissione e però con questo accollo atipico, se fosse possibile concepirlo, avremmo una situazione abbastanza simile all’espromissione, quindi analoga all’espromissione, vicina all’espromissione perché fondata sullo stesso elemento causale, anche se la struttura è diversa perchè la struttura negoziale del contratto a favore del terzo mentre,invece, nell’espromissione la struttura negoziale è quella del contratto tra assuntore e creditore. Tuttavia io mi sentirei di dire subito, come prima impressione di fronte a questa idea del maestro, **(01.23.09- 01.23.13)** professore tenga presente che comunque poi l’accollante le eccezioni relative al contratto che ha concluso con l’accollato le può opporre sempre, quindi può opporre non soltanto le eccezioni relative al rapporto di valuta, ma comunque può opporre anche altre eccezioni quelle relative al contratto, perché se io il contratto di accollo l’ho sottoscritto dietro alla minaccia di una pistola oppure perché ho subito violenza fisica o morale, non lo posso opporre questo? Sono comunque eccezioni che l’espromittente non poteva opporre, perché sono eccezioni relative a cose che non esistono nell’espromissione. Avete capito questo discorso? E quindi io già per questo avrei delle perplessità. Però poi riflettendoci le mie perplessità aumentano. Tanto è vero che poi successivamente ho scritto un saggio che non è contenuto nel programma perché è un po’ complicatuccio e non ho voluto affaticarvi troppo, che è apparso su una rivista alla fine degli anni ’90, in cui sostengo che questo accollo atipico con questa funzione non può funzionare. Non può funzionare perché non è possibile. Però questo è al di fuori del discorso che ci siamo fatti, del resto come voi sapete i discorsi che io faccio non tendono mai a dirvi questo è vero questo non è vero, sono ipotesi che servono a giocare con la nostra intelligenza, a ragionare sulle cose. Anche perché una volta che abbiamo fatto il discorso sull’accollo atipico, indipendentemente dal fatto che l’accollo atipico esista o non esista, è possibile o non è possibile, è plausibile o no noi ci siamo addentrati dentro un meccanismo e abbiamo capito ancora meglio come funzionano queste cose perché comunque abbiamo capito delle cose, abbiamo smontato e giocato ed è il modo migliore per capire come è fatto dentro. E’ chiaro questo discorso ragazzi? Allora l’accollo tipico non si può astrarre dalla provvista, nemmeno per quel poco che è consentito dall’art 1462 ,perché sarebbe contrario **(01.25.18)** però è possibile un accollo diverso? In cui non esista la provvista, diciamo in cui la provvista coincide con l’assunzione del rapporto di valuta? Una sorta di espromissione fatta attraverso lo schema negoziale dell’accollo? E’ possibile? Cicala dice di sì. Francamente detta così mi sembra… Però a parte il fatto che comunque il risultato conseguito non sarebbe mai uguale all’espromissione per le ragioni che ci siamo detti, perché comunque ci sarebbe quell’accordo tra accollante e accollato al quale l’accollatario è stato estraneo e quest’accordo è pur sempre un negozio che potrebbe essere affetto da centomila malattie. A parte questo, vi ripeto, lo stesso Cicala ne parlava in maniera problematica, diceva poi bisogna riflettere ecc.ecc. personalmente io penso di no, ma per ragioni molto complicate connesse al problema della causa,in funzione del pagamento ecc ecc. L’accollo atipico è una meteora che ci è servita per giocare un po’ su questi argomenti, ma non esiste, non è plausibile che venga riconosciuto come congegno negoziale da praticare nella nostra attività quotidiana. Tuttavia questo discorso è un discorso che è bene che voi sappiate perché serve, appunto, a muoversi agilmente smontando e rimontando i vari pezzi e quindi ci rendiamo conto ancora meglio di come il giocattolone dell’espromissione e dell’accollo funziona. E’ chiaro? Bene allora con questo io credo che abbiamo esaurito anche l’espromissione. C’è un altro saggio molto interessante in cui si raccolgono un po’ le fila anche delle altre cose che abbiamo detto che è quello della cessione del contratto. Quindi la prossima volta ne parleremo.

**Lezione dell’ 11/11/2014**

Oggi ci tocca parlare di un altro, un nuovo argomento possibilmente poiché di delegazione, dell’espromissione e dell’accollo li abbiamo totalmente sviscerati e quindi esauriti. Oggi parliamo di un altro argomento che poi è l’ultimo saggio di Cicala e poi iniziamo l’altro argomento dei saggi che sarebbe il mio. L’ultimo saggio riguarda la cessione del contratto. Riguardo a questo argomento vi dico subito che le tesi che sentirete esposte da me, in particolare la soluzione che io vi segnalerò è una soluzione che come vedrete è molto convincente e ragionevole e tuttavia è una soluzione che non è stata ancora accolta dalla dottrina e dalla giurisprudenza, quindi la nostra è una posizione minoritaria. La maggioranza della dottrina e della giurisprudenza dicono cosa ne pensano, lo scoprirete nel corso di questa conversazione. Cessione del contratto. Innanzitutto individuiamo quali sono le norme che disciplinano questo istituto, la cessione del contratto è disciplinata dagli articoli 1406 e seguenti del codice civile. Quindi andiamo ad aprire il codice all’art.1406 come sempre è buona norma andare a leggere la nozione che ci dice il legislatore e vediamo che cosa ci dice. “Ciascuna parte può sostituire a sé un terzo nei rapporti derivanti da un contratto con prestazioni corrispettive, se queste non sono state ancora eseguite , purché l'altra parte vi consenta”. Allora, innanzitutto la cessione del contratto a che cosa si riferisce? Riguarda, la cessione del contratto, i contratti a prestazioni corrispettive non ancora eseguiti. Una parte del contratto a prestazioni corrispettive trasferisce, cede quella porzione di contratto di cui egli è titolare (adesso uso termini generici poi vedremo qual è l’oggetto del negozio di cessione), quindi una parte del contratto a prestazioni corrispettive non ancora eseguite cede il contratto, cede quella porzione di contratto di cui è titolare perché essendo un contratto a prestazioni corrispettive ed essendo un contratto ci sono due parti la parte A e la parte B, quindi la parte B o la parte A (come volete, è la stessa cosa) decide di cedere il suo contratto, cioè di trasferirlo ad un terzo. Stiamo sempre nell’ambito delle operazioni triangolari, come vedete, in cui c’è un terzo che interviene in quest’operazione, quindi interviene come cessionario del contratto. Quindi c’è un contraente-cedente, c’è un nuovo acquirente(uso questo termine in maniera atecnica al momento) del contratto che si chiama cessionario e poi c’è l’altra parte del contratto, quello che non ha partecipato alla cessione è il contraente originario, che si chiama il contraente-ceduto. Quindi c’è un cedente, un cessionario e un ceduto. Ora, il negozio di cessione del contratto è a sua volta un contratto, ovviamente, ed è un contratto tra cedente e cessionario cioè tra l’originaria parte del contratto che vuole cedere il contratto e il terzo che lo vuole acquistare; questo contratto si chiama contratto di cessione del contratto che ha come effetto la cessione del contratto, cioè il trasferimento di quella porzione di contratto già in capo al cedente e che si trasferisce al cessionario. Questo contratto tra cedente e cessionario è un contratto che si conclude tra cedente e cessionario e produce i suoi effetti nel momento in cui il consenso tra cedente e cessionario è stato raggiunto oppure è un contratto trilaterale, il negozio di gestione del contratto, che richiede necessariamente la partecipazione contrattuale del contraente ceduto? Quindi è un contratto a tre, contratto tra cedente, ceduto e cessionario? Dunque l’alternativa è: Il negozio di cessione del contratto, il contratto di cessione del contratto è un contratto al quale partecipano due parti oppure è un contratto al quale partecipano tre parti perché deve intervenire necessariamente anche il contraente ceduto?Senza la partecipazione contrattuale del contraente ceduto il contratto non si è ancora concluso perché manca una sua parte essenziale oppure le cose stanno in maniera diversa? Questa è la questione che noi ora ci poniamo. Qual è la posizione ora dominante in dottrina e in giurisprudenza? La posizione dominante in dottrina e in giurisprudenza è che il contratto di cessione del contratto è un contratto trilaterale al quale deve partecipare anche il contraente ceduto, quindi non è sufficiente perché si consideri concluso il contratto di cessione del contratto che si sia raggiunto l’accordo tra cedente e cessionario, è necessario che a questo accordo partecipi il contraente ceduto che dunque deve intervenire nell’atto e combinare la sua volontà insieme a quella del cedente e del cessionario.

Sicché il contratto è un contratto a struttura trilaterale al quale contratto partecipano il cedente, il cessionario, ma non solo, anche il ceduto. Qual è la conseguenza di questa impostazione? Che se manca la partecipazione contrattuale del contraente ceduto il contratto non si è concluso e dunque non produce nessun effetto, non è niente. È una fattispecie in itinere, ma che non si è ancora conclusa e che quindi non è ancora riconosciuta dall’ordinamento come contratto, la fattispecie è incompleta. Come conseguenza che senza la partecipazione contrattuale del contraente ceduto il contratto di cessione del contratto sarebbe invalido, nullo, inesistente perché la fattispecie non sarebbe ancora compiuta. È chiaro? Questa è la posizione della dottrina ancora oggi. Io invece penso insieme a Raffaele Cicala che il negozio di cessione del contratto sia invece un contratto bilaterale al quale debbano partecipare soltanto il cedente e il cessionario. La volontà del contraente ceduto non è elemento perfezionativo del contratto è solamente un requisito di efficacia del contratto di cessione del contratto nei confronti del ceduto. Sicché c'è una grande differenza perché se il contraente ceduto non deve partecipare contrattualmente alla cessione del contratto il suo mancato consenso non determina la nullità del contratto. Il contratto sarebbe valido ed efficace tra le parti,tra cedente e cessionario, ma non avrebbe effetto nei confronti del contraente ceduto. Quindi c'è una bella differenza: Se si aderisce, se si volesse condividere la posizione per così dire tradizionale, consolidata, ancora oggi prevalente, noi dovremmo dire che in assenza del consenso del contraente ceduto il contratto è nullo; se invece noi riuscissimo a dimostrare, come io credo che riusciremo a dimostrare, che il consenso del contraente ceduto non è elemento perfezionativo del contratto ma è un requisito della efficacia esterna del contratto allora il mancato consenso del contraente ceduto determinerebbe soltanto l'inefficacia del negozio di cessione del contratto nei suoi confronti, ma tra le parti e cioè tra cedente e cessionario il contratto sarebbe comunque valido ed efficace. Sono chiari i termini della questione? Bene. Per cercare di risolvere il problema vediamo di ripercorrere la ricostruzione che di questa fattispecie è stata fatta dalla dottrina a noi avversaria, per così dire, che però ripeto è una dottrina longeva perché è quella che ancora oggi trionfa nelle aule dei tribunali, la quale dice nel negozio di cessione del contratto il consenso del contraente ceduto è elemento perfezionativo della fattispecie perché con la cessione del contratto si cede il contratto. E' una situazione complessa che richiede la partecipazione contrattuale di chi quel contratto lo ha voluto e costituito a suo tempo. Del resto dalla lettura dell'art. 1406 qualche suggestione, quindi non sono poche, nel senso della fondatezza della dottrina a noi avversaria, qualche suggestione si può trarre perché come dice il legislatore " Ciascuna parte può sostituire a sé un terzo nei rapporti derivanti da un contratto a prestazioni corrispettive se queste non sono state ancora eseguite purché l'altra parte vi consenta". Quindi si fa questo riferimento alla sostituzione a sé di un terzo, chiunque può sostituire a sé un terzo nei rapporti purché l'altra parte vi consenta. Quindi ci vuole il consenso e quando ci si riferisce al consenso ci si riferisce ad una manifestazione di volontà di natura negoziale che condivide un'altra dichiarazione di volontà di natura negoziale. Si acconsente a qualcosa, quindi c'è un accordo di volontà, c'è un consenso non c'è una dichiarazione tra le parti. "Purché l'altra parte vi consenta" ecco richiama il consenso perciò è un accordo, allora si dice che la volontà del contraente ceduto è una volontà che si deve combinare con le altre volontà altrimenti il contratto non è valido. Vi ripeto questa è una suggestione che però è subito contraddetta da un'altra indicazione che noi possiamo trarre da un altro articolo del codice che è quello contenuto nel primo comma dell'art. 1408 "il cedente" leggiamo " è liberato dalle sue obbligazioni presso il contraente ceduto dal momento in cui la sostituzione diviene efficace nei suoi confronti" Vedete che espressioni usa adesso il legislatore nel primo comma del 1408? Si riferisce all'efficacia. Il cedente è liberato dal momento in cui la sostituzione diviene efficace nei suoi confronti quindi ci deve essere un momento in cui la sostituzione c'è, ma non è efficace nei suoi confronti. Allora il problema è quello di rendere col consenso del contraente ceduto efficace nei suoi confronti la sostituzione, sembrerebbe questo dire no il 1408.1? Che è cosa diversa da quella suggestione che invece noi prima abbiamo ricavato leggendo l'art.1406, vedete?

Non è poi così sicura questa [???? 16:03] non è che si può dire ma è il legislatore che ha voluto costruire così la cessione del contratto basta leggere l'art.1406. No, non è così. Le parole indicate nel 1406 non sono così univoche da darci la certezza della soluzione perché queste stesse parole che già di per sé non sono univoche perché un po' di buon senso si fa insomma, non è poi così sicuro che il legislatore abbia voluto riferirsi all'accordo e alla partecipazione contrattuale di questa dichiarazione di volontà, ma questa conclusione viene immediatamente contraddetta da un'altra indicazione che noi possiamo trarre sempre da un altro articolo del codice, l'art 1408.1 dove si dice che tutta una certa cosa avverrà quando la sostituzione è diventata efficacia nei confronti del contraente ceduto il che significa evidentemente che c'è un momento in cui la sostituzione si è verificata nei rapporti interni ma è inefficace nei confronti del contraente ceduto, ma allora il problema è quello di rendere efficace nei suoi confronti come dice il primo comma del 1408 questa sostituzione, ma quindi il problema non riguarda la validità della fattispecie, riguarda l'efficacia nei suoi confronti dell'effetto sostitutivo. Allora vedete che se è vero che dall'art. 1406 si può trarre qualche indicazione a sostegno della tesi dominante è altrettanto vero o forse è ancora più vero perché più esplicito l'art. 1408.1 che quella indicazione del 1406 non è un'indicazione che non va sulla direzione indicata dai nostri contraddittori perché nel primo comma del 1408 si fa riferimento all'effetto nei confronti del contraente ceduto dell'avvenuta sostituzione, il che dimostra che tutto il problema consiste nel rendere efficace nei confronti del contraente ceduto una sostituzione già avvenuta. Che significa? L'accordo che ha determinato la sostituzione è di per sé valido ed efficace senza bisogno del consenso del contraente ceduto. Ma naturalmente il discorso non si ferma qui perché altrimenti non avremmo certezza, il discorso deve procedere e deve procedere di molto, perché passa la soluzione del problema dalla corretta individuazione di quello che è l'oggetto della cessione del contratto. Qual è l'oggetto della cessione del contratto? Il contratto si cede [??? 19:18] il codice, si cede il contratto, che significa cedere il contratto? Vogliamo vedere? Vedete questo invito che io faccio sempre quando si fa la progressione sulle norme, sulla ricostruzione, un invito che ovviamente riguarda ogni ipotesi di cui noi dobbiamo dare un giudizio su un ragionamento che andiamo a scombinare. È un problema di metodologia generale quel ragionamento. Cedere un contratto è una parola,no? E che ci sta dentro a questa parola? Che significa cedere un contratto? Che cedo io quando cedo un contratto? Che cedo? Cedo il contratto come fatto? No. Il fatto non si cede, il fatto è fatto, è il participio passato del verbo fare, è una cosa che è avvenuta, quindi io posso cedere il fatto che quel giorno ho concluso un contratto con Tizio? No, perché quello è un fatto che è oramai accaduto e che sarà eterno come tutti i fatti. Ciò che è fatto è fatto e non si può modificare più. Quindi si può cedere il fatto? Cioè un accadimento storico, questo significa un fatto, no? Il contratto è un fatto in quanto è un accadimento storico che è avvenuto in un certo momento storico. Questo accadimento storico in che cosa consiste? Consiste nel fatto che due signori si sono incontrati, si sono presentati, si sono piaciuti e si sono scambiati delle volontà che si sono come dire fuse in un accordo rispetto ad un certo regolamento di interessi. Perché questo è il fatto in cui consiste il contratto, è un fatto umano, un comportamento umano e quindi è un atto giuridico che viene qualificato dalla volontà e quindi diventa negozio giuridico e poi diventa, lo qualifichiamo contratto, ma è innanzitutto un fatto. È un avvenimento, è una cosa che è accaduta e qual è questa cosa che è accaduta? Lo scambio di volontà rispetto ad un certo regolamento contrattuale e allora se noi diciamo si trasferisce il contratto a che cosa intendiamo riferirci? Al contratto come fatto? Non può essere, è chiaro che non può essere perché se quando parliamo di trasferimento del contratto volessimo intendere che viene trasferito il contratto in quanto fatto diremmo una sciocchezza perché non si può trasferire. Allora bisogna andare alla ricerca di che cosa sta dentro questa parola che evidentemente è una parola sintetica, è una metafora che indica qualche altra cosa che ancora non sappiamo che cos'è. Perché se voi ci dite che si cede il contratto in quanto si cede il contratto come fatto e allora avete detto una sciocchezza. Allora dobbiamo andare a vedere dentro a questa parola metaforica che ci sta.

Tolta la metafora che ci sta dentro di concreto, che ho fatto io quando ho ceduto il contratto? Si dice si, effettivamente è così, è un'espressione sintetica ma intendiamo riferirci a qualche altra cosa e cioè al fatto che si trasferiscono gli effetti contrattuali. Allora si trasferisce il contratto, si cede il contratto e si usa questo termine per indicare il fatto che con il negozio di cessione del contratto si trasferiscono gli effetti contrattuali che sono imputabili alla parte cedente. Quindi quando si cede il contratto si cedono gli effetti del contratto. Bene, che significa che si cedono gli effetti del contratto? Vediamolo un po' più da vicino. Che cos'è l'effetto del contratto? È la modificazione della realtà giuridica. Qual è la definizione di negozio giuridico? Il negozio giuridico è una manifestazione di volontà diretta alla costituzione, alla estinzione, alla modificazione di un preesistente rapporto giuridico quindi l'effetto è in questa modificazione, in questa costituzione,in questa estinzione. È così? Per forza deve essere così. Non può che essere così. Io vendo il mio appartamento, l'effetto che si produce è l'effetto modificativo della titolarità che si trasferisce la titolarità del diritto reale da me ad un altro, quindi l'effetto in che consiste? In questa modificazione della titolarità; dall'altra parte il compratore è tenuto a pagare il prezzo, quindi l'effetto per lui qual è? La costituzione dell'obbligo di pagare il prezzo, diventa da quel momento debitore. L’effetto qual è? Il debito che deve pagare? No, è la costituzione del debito che deve pagare. Allora l’effetto che cos’è? È la modificazione, è la costituzione, è la estinzione, cioè è la vicenda giuridica che si produce a seguito di un contratto. Questa vicenda può essere trasferita in quanto tale? No, perché anche questa vicenda si esaurisce nel momento stesso in cui si verifica quindi non può essere trasferita. Perché si trasferisce ciò che è attuale non ciò che è avvenuto. Allora, se l’effetto è la modificazione della realtà giuridica io posso trasferire la modificazione? No, posso trasferire l’effetto della modificazione, cioè il diritto che è sorto da quella modificazione, per esempio la costituzione dell’obbligo. Questo posso trasferire, trasferisco l’obbligo che però non è l’effetto, con un gioco di parole ma per capirci è l’effetto dell’effetto, come dire, perché l’effetto è la nascita o la morte o la modificazione del diritto, non il diritto come risulta modificato o il diritto costituito. L’effetto è questo, è la modificazione. Impariamo anche questo, è importante, sono nozioni di diritto generale che sono importantissime anche per i ragionamenti futuri che vi dovesse capitare di fare, le parole vengono usate con accortezza nel diritto civile. “Io ti trasferisco l’effetto” non trasferisco nessun effetto, trasferisco semmai il risultato dell’effetto, quindi se l’effetto è stata la costituzione di un credito io ti posso trasferire il credito, ma non l’effetto della costituzione del credito perché quell’effetto si è esaurito nel momento in cui il credito si è costituito. È chiaro quello che sto dicendo si o no? Allora anche l’effetto risente di quel ragionamento che abbiamo fatto in riferimento al fatto, pure l’effetto è un fatto perché è la modificazione che si è verificata nel momento in cui il contratto è stato ritenuto rilevante per l’ordinamento giuridico e quindi produttore di effetti. Il contratto produce gli effetti nel senso che produce quella modificazione poi ci saranno le conseguenze ulteriori, sono quelle che vivono nel mondo del diritto, non la modificazione, l’estinzione, la costituzione. Chiaro? Quindi dal contratto nasce per me il credito ad avere una somma di danaro, per ipotesi, io posso trasferire questo credito è ovvio, ma posso trasferire l’effetto che consiste nella costituzione del debito, cioè nella nascita del credito? Lo posso trasferire? Evidentemente no. Perché non lo posso trasferire? Perché questo effetto si è determinato nel momento stesso in cui si è prodotto poi si consuma, non c’è più, non è un qualcosa di attuale anche se volete sul piano formale, sul piano contrattuale di cui io possa disporre. Se l’effetto del contratto è l’impatto per così dire che il contratto ha sulla realtà del diritto e quest’impatto può essere molteplice, può determinare una modificazione, una estinzione, una costituzione del diritto allora se l’effetto è questo, ed è certo che è questo, è ovvio che io non posso dire cedo l’effetto, cosa cedo? Non cedo l’effetto, cedo semmai l’effetto dell’effetto, ripeto, che è un modo per farvi capire che non è che io cedo l’effetto, cedo magari il credito che si è costituito quale effetto del contratto, ma non l’effetto. Allora non posso dire cedo il contratto perché io così intendo dire che con la cessione del contratto cedo gli effetti perché io non li posso cedere gli effetti. È vero, è così, ha ragione il professore Grasso, il professore Cicala. È così.

Allora quando noi usiamo il termine cessione del contratto in realtà intendiamo riferirci ai rapporti, al rapporto contrattuale, cioè al rapporto che nasce dal contratto e che è prodotto dalla efficacia del contratto, appunto l’effetto che cosa determina? La costituzione di un rapporto giuridico che nel caso di specie è un rapporto a prestazioni corrispettive quindi ci sono due soggetti che sono a tempo stesso debitori e creditori: Tizio è creditore nei confronti di Caio, Caio è debitore nei confronti di Tizio e a sua volta creditore nei confronti di Tizio, vi è insomma un intreccio nei contratti a prestazioni corrispettive in cui ciascuno è al tempo stesso debitore e creditore. Questo è ovvio, lo sappiamo tutti, quindi c’è un incrocio di prestazioni io ti do una cosa e tu me ne dai un’altra. Nel contratto di appalto, io ho il diritto di pretendere il fare, l’altro è obbligato a fare, chi è obbligato a fare (l’appaltatore/committente) ha il diritto ad ottenere il corrispettivo e ha l’obbligo del fare quindi vedete c’è una sorta di incrocio ad X in cui ognuno è debitore e creditore nei confronti dell’altro. Allora ci sono questi due rapporti obbligatori intrecciati nel contratto a prestazione corrispettive, allora si dice quando si cede il contratto si cede il rapporto contrattuale, cioè quella parte del rapporto di credito e debito che sta in capo al cedente. Facciamo l’ipotesi, per esempio, che la cessione del contratto venga fatta dal committente in un contratto di appalto. Io sono titolare del contratto di appalto in qualità di committente perché ho fatto un contratto ed è un contratto a prestazioni corrispettive non ancora esaurite, non è ancora partita l’esecuzione del contratto, io ancora come committente voglio cedere il contratto, quindi cedo il rapporto contrattuale che è in capo a me committente e che è nato da quel contratto che si è prodotto come effetto di quel contratto. Quindi si trasferisce, quando si dice l’oggetto del negozio di cessione del contratto è il contratto, in questa prospettazione (vedete come poco alla volta ci stiamo avvicinando alla soluzione) si trasferisce il rapporto contrattuale con il quale evidentemente si intende quel rapporto di cui è titolare il cedente, nell’ipotesi che vi ho fatto il committente e che è nato dal contratto di appalto. Quindi il committente cede il rapporto contrattuale di cui è titolare, lo può fare? Certo che lo può fare, sta scritto nel codice nell’art.1406 cessione del contratto. Cede il rapporto di cui egli è titolare in qualità di committente di quel contratto, ha stipulato quel contratto l’effetto di quel contratto è il sorgere in capo a lui di un diritto e di un obbligo, qual è il diritto? Il diritto ad ottenere il fatto, cioè l’oggetto che risulterà dal comportamento dell’appaltatore, dall’adempimento della prestazione di fare che incombe sull’appaltatore, quindi rispetto a questa posizione il committente è titolare di un credito ovviamente. Poi il committente è titolare pure di un’altra posizione, qual è quest’altra posizione? La posizione debitoria perché egli deve il pagamento del fatto all’appaltatore. Io mi obbligo a costruire la villa in campagna, una volta costruita la villa in campagna tu mi pagherai 500.000 euro. Quindi ho molto semplificato, l’appalto è molto più complesso di questo, ma per capirci è sufficiente. Quindi qui c’è un committente, io sono il committente quello che deve avere la villa, ho commissionato la villa all’appaltatore che ha accettato di eseguire quest’opera, egli diventa titolare di un obbligo di fare al cui esito, la cui esecuzione determina il sorgere di un fatto, cioè l’edificio costruito, la villetta costruita questo è il fatto che rappresenta l’oggetto della prestazione di fare. Il creditore ha diritto ad ottenere il fatto attraverso l’adempimento dell’obbligazione di fare da parte dell’appaltatore,questo è il diritto che sta in capo al committente poi il committente ha un obbligo quello di pagare 500000 euro all’appaltatore una volta che il lavoro sia finito e sia stato regolarmente adempiuto. Quindi se noi diciamo che il committente, qui siamo in presenza di un contratto a prestazioni corrispettive per l’ipotesi concreta non ancora eseguite perché se fossero eseguite non si potrebbe fare la cessione del contratto perché si sarebbero consumate ovviamente quindi si capisce che non devono essere eseguite, allora facciamo l’ipotesi che la cessione del contratto venga fatta dal committente, il committente che cosa cede? Cede il rapporto contrattuale, cede il contratto si dice ma cede il contratto è un’espressione metaforica, sintetica con la quale si intende parlare del rapporto contrattuale, cioè la porzione del rapporto contrattuale ad X di cui egli è titolare. Qual è questa porzione? Un credito e un debito corrispettivo, il credito a fare e il debito a pagare un prezzo.

La stessa cosa avverrebbe se la cessione del contratto venisse pensata dall’appaltatore perché ciascuna parte dice l’art.1406, quindi se siamo in presenza di un contratto a prestazioni corrispettive e l’appalto è un contratto a prestazioni corrispettive, la cessione del contratto d’appalto può essere fatta sia dal committente sia ovviamente dall’appaltatore. Allora facciamo l’ipotesi che l’appaltatore voglia cedere il contratto d’appalto, che cosa cede? Il rapporto contrattuale di cui è titolare egli in qualità di appaltatore. E qual è il rapporto contrattuale di cui egli è titolare in qualità di appaltatore? Il diritto ad ottenere 500000 euro e l’obbligo di fare e cioè di costruire l’edificio. Questo è il rapporto contrattuale che si trasferisce con la cessione del contratto, quel rapporto contrattuale di cui è titolare una delle parti. Rapporto contrattuale che consiste in che cosa? Consiste in un di più rispetto al diritto e all’obbligo corrispettivo oppure è proprio soltanto un diritto e un obbligo corrispettivo? Avete capito adesso qual è il problema? Quindi vedete come siamo partiti da una espressione generica che però sembrava esauriente. All’inizio di questa conversazione noi abbiamo parlato di negozio di cessione del contratto, qual è l’oggetto? La cessione del contratto e sembrava che avessimo risolto il problema, no? La definizione, è chiaro, l’oggetto della cessione del contratto è il contratto, ovviamente la porzione di contratto di cui io posso disporre, di cui io sono titolare, di cui io sono parte quindi trasferisco quella parte del contratto di cui io sono parte. Però una volta che poi approfondiamo questo argomento e cerchiamo di capire dentro quella parola che cosa ci sta, vedete che poco alla volta come siamo arrivati ad un’altra cosa. Cedere il contratto non significa cedere il contratto, significa cedere il rapporto contrattuale che da quel contratto è sorto. Quindi possiamo anche continuare ad usare il termine oggetto della cessione del contratto è il contratto però capendo che quando parliamo di contratto stiamo parlando di rapporto contrattuale. E a questo proposito dobbiamo subito aggiungere delle precisazioni: questo rapporto contrattuale è qualcosa di ontologicamente diverso rispetto al diritto e all’obbligo, cioè c’è qualcosa in più rispetto al diritto e all’obbligo che si trasferisce? Qui si annida un’altra questione di fondamentale importanza per risolvere il problema perché, in realtà, tutta la dottrina dominante che sostiene quella posizione che io considero sbagliata non vuole riconoscere, fa di tutto per non riconoscere che cedere il contratto e dunque cedere il rapporto contrattuale significa soltanto trasferire un diritto e un obbligo corrispettivo. Non lo vuole dire e perciò usa queste espressioni generiche perché altrimenti non si capirebbe il perché non scende dentro il significato di questi termini e non ne scopre il valore meramente metaforico come stiamo facendo noi. Si rifiutano di farlo perché? Perché in realtà ritengono che non si possono trasferire solamente diritto e obbligo corrispettivi si trasferisce sempre un di più, un quid pluris, un qualcosa anche quando parlano di rapporto contrattuale non esauriscono il rapporto contrattuale nel diritto e nell’obbligo corrispettivo c’è un di più, c’è qualcosa di più. Qualcuno addirittura ha scomodato una nozione elaborata dalla dottrina tedesca che nel caso di cessione del contratto parla di cessione del rapporto fondamentale. Il rapporto fondamentale sarebbe un rapporto che nasce a seguito del contratto e che serve a tenere insieme tutti gli effetti del contratto sicché gli effetti del contratto sono conseguenza del rapporto fondamentale. Cioè nella dinamica della produzione degli effetti nell’ambito dell’ordinamento tedesco c’è un passaggio in più rispetto a noi, cioè noi parliamo di contratto, il contratto una volta che è rilevante per l’ordinamento produce effetti giuridici, la conseguenza della produzione degli effetti giuridici è il costituirsi di una realtà rappresentata dal rapporto obbligatorio. Secondo, invece, la dottrina tedesca il contratto produrrebbe innanzitutto un rapporto,che loro chiamano rapporto fondamentale, che serve a tenere insieme, a legare tra di loro tutti gli spazi, gli effetti che produce poi successivamente il contratto, anzi che produce a sua volta il rapporto fondamentale voluto dal contratto. Quindi prima il contratto, poi dal contratto al rapporto fondamentale, poi il rapporto fondamentale produce questi effetti. Perché il rapporto fondamentale? Perché il rapporto fondamentale serve a tenere insieme questi effetti. Perché questa necessità nell’ordinamento tedesco? Perché nell’ordinamento tedesco come ho avuto già più volte modo di segnalare non esiste la causa. Quindi come si fa a sapere che quelle prestazioni sono corrispettive?

Da noi si sa per il fatto che la causa è causa a prestazioni corrispettive, c’è un sinallagma, la causa consiste nel sinallagma. Nell’ordinamento tedesco come si fa se la causa non c’è o comunque può non esserci? Come si fa? Perché c’è un rapporto fondamentale che tiene insieme questi effetti. Allora in Italia si dice, cercando di utilizzare come dire questo concetto elaborato in altri ordinamenti dove il rapporto fondamentale ha un senso come abbiamo visto, allora si dice anche da noi è così. Cioè quando si cede il contratto in realtà si cede il rapporto fondamentale cioè questo qualcosa che tiene insieme il tutto, quindi non si cedono diritti e obblighi ma si cede un rapporto fondamentale. Ma noi abbiamo bisogno del rapporto fondamentale per tenere insieme diritto e obbligo che si trasferisce? No, perché diritto ed obbligo che si trasferisce sta insieme,l’uno è corrispettivo rispetto all’altro perché appunto sono rapporti corrispettivi che sono giustificati dalla causa sinallagmatica del contratto che li ha prodotti. Che bisogno c’è di parlare di rapporto? Nessuno. Allora noi insistiamo col dire che il rapporto obbligatorio, cioè quel rapporto contrattuale che si trasferisce, è un rapporto rappresentato soltanto dal diritto e dall’obbligo corrispettivo, il diritto ad avere la villa e l’obbligo corrispettivo di pagare il prezzo, questo io trasferisco. Quindi trasferisco il diritto e trasferisco l’obbligo e questo diritto e questo obbligo non ha bisogno di un rapporto fondamentale perché siano tra loro connessi perché la connessione è data dalla loro corrispettività che per noi in Italia è un segno che deriva dalla causa sinallagmatica del contratto che li ha prodotti. È chiaro questo discorso? Allora veniamo al dunque. Qual è il dunque? Il dunque è che ciò che si trasferisce quando parliamo di contratto come oggetto della cessione non può che essere il rapporto corrispettivo rappresentato dal credito e dal debito. Punto. Non c’è altro, non si trasferisce che il credito e il debito corrispettivo. Non è così, non può essere così, non è possibile, si trasferiscono anche altre cose, si trasferisce dal cedente al cessionario anche altro, cos’è questo altro che si trasferisce? Perché detto così, fammelo vedere, non si trasferisce solamente il diritto ad avere la costruzione della villa e l’obbligo di pagarne il prezzo, si trasferisce pure qualche altra cosa, che cosa? Ditemelo. Come è facilissimo, si trasferiscono i diritti potestativi di annullamento, rescissione e risoluzione del contratto. Quindi la cessione del contratto non si può esaurire, in qualche modo limitare ad una banale cessione del credito e dell’obbligo corrispettivo. No, perché io trasferisco un credito e un debito che non stanno slegati di per sé, stanno connessi a quella causa corrispettiva di quel contratto e quindi si portano a presso tutti quei poteri che dal contratto srogono e che sono in capo al cedente e che il cedente col fatto stesso della cessione trasmette al cessionario. Il cedente avrebbe potuto annullare il contratto, avrebbe potuto rescindere il contratto, avrebbe potuto risolvere il contratto? Questi poteri passano anche al cessionario? Si, e quindi? Allora io non trasferisco soltanto il diritto, il credito corrispettivo trasferisco anche qualcosa in più perciò usiamo questa terminologia più ampia caro professore Grasso, mica siamo scemi! Diritto e obbligo corrispettivo, noi trasferiamo di più del diritto e dell’obbligo corrispettivo perciò usiamo questo termine metaforico perché la metafora che noi usiamo copre una realtà più complessa di quella che tu vuoi far vedere ed è una realtà che è rappresentata non soltanto dal diritto e dall’obbligo corrispettivo, ovviamente, ma anche dai diritti potestativi, cioè dal potere che ha il soggetto di annullare, rescindere e risolvere. È così? Assolutamente non è così. Non è così perché i diritti potestativi di annullamento, di rescissione e di risoluzione in realtà non si trasferiscono dal cedente al cessionario. Del resto, poi vi dirò il discorso teorico, ma andiamo terra terra così subito capiamo le cose se no pare che parliamo di chissà che cosa. Contratto di appalto, il committente vuole cedere il contratto trova un cessionario che acquista il credito e si prende anche il debito, si prende tutte e due le cose perché se no c’è solo la cessione del credito, si può fare anche solo la cessione del credito ma non si è ceduto il contratto si è ceduto il credito, si può fare?Come non si può fare ma è un’altra cosa, è un altro istituto. Noi vogliamo cedere il contratto, cioè vogliamo cedere tutto, tutto il pacchetto, vogliamo cedere l’insieme perché l’uno è in funzione dell’altro non è che lo cediamo con due contratti diversi e allora facciamo un contratto di cessione del contratto, quindi cediamo insieme, il committente cede insieme il diritto ad avere la villa e l’obbligo di pagare, è così?

 Allora il cessionario chi è? È uno che ha fatto una valutazione, no?Dice ma io pago 500000 euro per una villetta, vediamo un po’, mi sta bene, va bene così, lo faccio, evidentemente perché lo faccio? Perché mi fa piacere ad avere quella villetta là, la voglio così e quindi mi compro il credito alla villa e siccome ho interesse a comprarmi il credito alla villa sono disposto a pagare questo acquisto mediante l’assunzione del debito del prezzo. L’operazione economica è questa no? io committente perché cedo? Perché non voglio spendere più quella cifra, quei soldi e quindi pur di liberarmi di quel peso del debito che pesa su di me devo trovare un soggetto a cui devo rifilare il debito e perché quello si acquisti il debito ovviamente gli devo dare qualcosa, magari se fosse un accollo normale(il famoso appartamento a Mezzocannone) qui invece io gli cedo il diritto ad avere la costruzione. Questa è l’operazione economica, è così? Anzi impariamo perché poi il diritto è fatto di cose concrete, dovete risolvere problemi concreti non è che stiamo facendo la metafisica. Allora il cessionario quando si è acquistato questo pacchetto ha fatto una valutazione e ha detto mi conviene e allora vi pare mai che dopo che ha fatto questa valutazione magari(perché può succedere anche questo) siccome il valore della villa è molto più alto dell’ammontare del prezzo che egli poi deve pagare all’altro, viene previsto un prezzo della cessione al carico del cessionario. Può succedere anche il contrario che il prezzo della cessione sia a carico del cedente, cioè il committente si deve liberare ecc ecc eh però ha sbagliato a fare il contratto, la villa non vale niente e deve pagare 500000 euro allora il prezzo della cessione è a carico del cedente, cioè il cedente dice vabbé tu pur di liberarmi da quelle 500000 euro *ti pigli sto diritto* e poi ti do pure 100000 euro appresso prezzo della cessione. Allora potrebbe darsi che il cessionario abbia ricevuto un prezzo della cessione oppure potrebbe darsi che il cessionario lo abbia pagato il prezzo della cessione a seguito della sua valutazione. Dopo che ha fatto tutto questo, annulla il contratto di cessione? O lo rescinde? Certo può darsi che egli abbia sbagliato a valutare e quindi nel momento in cui ha fatto il negozio di cessione del contratto egli si sia trovato a subire l’approfittamento di una sua condizione di debolezza oppure che egli sia caduto in errore per esempio, ma allora sarà annullabile il negozio di cessione del contratto. Noi stiamo parlando del potere di annullamento del contratto originario, del contratto di appalto. Avete capito quello che sto dicendo?Allora, è possibile mai che vi è questo trasferimento dal cedente al cessionario del potere di annullamento e di rescissione? È una cosa annunciata, sostenuta, ma se appena appena avessero riflettuto un po’ si sarebbero resi conto che non è così. Questi poteri non si trasmettono perché questi poteri tutelano un interesse che è un interesse che non è in capo al cessionario che dovrebbe acquistare ma in capo semmai al cedente che si è liberato di quella posizione e non ha più dunque da ricostituire un equilibrio contrattuale falsato dal vizio della volontà in cui è caduto o dalla rescissione o dall’approfittamento dello stato di pericolo o di bisogno che egli ha subito. Le cause di invalidità che determinano l’annullamento, le cause che determinano quell’altro tipo di invalidità perché pure quella è un’invalidità che determinano la rescissione attengono alla fase generica del contratto e in questa fase generica del contratto la parte è stata il cedente non il cessionario, quindi è il cedente che ha subito non il cessionario e questo potere non si trasferisce dal cedente al cessionario perché nei confronti del cessionario non si determina quella esigenza originaria che ha determinato il sorgere di questi poteri. Cos’è l’azione di annullamento? Vediamola più da vicino, a che serve l’annullamento del contratto? Serve a ricostituire un equilibrio contrattuale falsato da un vizio della volontà per esempio. Allora facciamo un’ipotesi in cui io abbia concluso un contratto in cui ho pagato come se fosse oro un anello di ottone. Quindi facciamo l’ipotesi che questo contratto sia stato concluso con questo errore e dunque il contratto è invalido perché è annullabile, se io uso l’annullamento a che serve l’annullamento? A ricostituire l’equilibrio violato del mio patrimonio. Perché io ho avuto una cosa che vale 100 e ho pagato 1000 quindi devo riequilibrare ti do il 100 e tu mi ridai un’altra volta i 1000 questo significa l’annullamento. L’annullamento serve a sanare uno squilibrio patrimoniale che è stato determinato da un contratto che è stato concluso sulla base di un difetto genetico.

E la stessa cosa vale per la rescissione. Io ho venduto il mio appartamento a via Mezzocannone che vale 500000 euro e l’ho venduto per 50000 euro lesione enorme e questo è avvenuto non perché io non sono uno che non sa valutare le sue cose, ma perché tu hai approfittato del mio stato di pericolo o di bisogno. Io in quel momento dovevo fare un’operazione a mio figlio piccolo che ha bisogno di un intervento chirurgico a Houston, in America, tu lo sai e ne approfitti. Allora quando io rescindo, cioè sciolgo il contratto che cosa faccio sostanzialmente? A che serve la rescissione? A punire l’altra parte? No, serve a ricostituire l’equilibrio,perché io ho rotto l’equilibrio del mio patrimonio, qual è l’equilibrio del mio patrimonio? Io c’ho un appartamento che vale 500000 euro lo vendo e prendo 500000 euro, quindi nel mio patrimonio si cambia qualitativamente la composizione del mio patrimonio ma non quantitativamente perché sempre 500000 euro ho nel mio patrimonio, una volta ce l’ho come immobile e un’altra volta come liquidi. È una diversità che ha qualche conseguenza economica, ma grosso modo un equilibrio c’è. Se invece io vendo una cosa che vale 500000 la vendo per 50000 evidentemente si è determinato uno squilibrio patrimoniale che io risano in che modo? Utilizzando la rescissione. Vedete come funziona la rescissione e l’annullamento? A questo servono l’annullamento e la rescissione, servono a correggere uno squilibrio che si è determinato a causa di un contratto rescindibile, a causa di un contratto annullabile. Avete capito? Allora questo squilibrio si è determinato nel patrimonio del cedente o del cessionario? Del cedente, quindi perché dovrebbe utilizzarlo il cessionario questo potere? Eh già ma se c’è uno squilibrio originario questo squilibrio originario potrebbe ribaltarsi sul cessionario che continua a comprare X pagandolo una cifra enorme o viceversa. Ma non è così perché è stata fatta una nuova valutazione della situazione, una nuova valutazione che è stata fatta dal cessionario il quale potrebbe anch’egli aver subito un contratto rescindibile o aver subito una violenza o essere caduto in errore nel momento in cui ha fatto questa seconda valutazione, ma allora si annullerà o si scioglierà per recessione il contratto di cessione del contratto, non il contratto che è oggetto della cessione. Avete capito quello che vi sto dicendo si o no? Sono riuscito a farmi capire? Insomma l’annullamento, la rescissione non si può trasmettere dal cedente al cessionario, non è vero che questi poteri si trasferiscono insieme al credito e all’obbligo corrispettivo, non si trasferisce niente perché questi poteri attengono alla fase generica del contratto e riguardano il patrimonio del cedente. A seguito del negozio di cessione, il cessionario ha svolto un’altra valutazione dell’equilibrio tra credito e debito che acquista , ha fatto lui questa valutazione, può darsi che gli andava bene così, che non è stato un errore, che non ha subito nessuna violenza oppure può darsi che ha valutato e si è fatto pagare un prezzo della cessione dal cedente oppure è lui che ha pagato un prezzo della cessione al cedente (nell’esempio che vi ho fatto prima). Allora perché devo usare l’azione di annullamento e di rescissione? Qual è l’equilibrio che si è rotto nel suo patrimonio a seguito di un negozio per errore? Poi se anche la cessione del contratto è affetta da un errore, da una violenza, dal dolo o da quell’approfittamento ecc.. allora è ovvio che si può utilizzare perché anche quello è un contratto, il contratto di cessione del contratto è un contratto e quindi in quanto contratto può essere annullabile, rescindibile, risolubile e tutto il resto appresso ma per ragioni che attengono al contratto di cessione del contratto e può darsi che quelle ragioni siano anche le stesse ragioni dell’altro contratto ma non è quel potere di annullamento là che io utilizzo, utilizzo io cessionario il potere di annullamento che mi deriva dal fatto che ho fatto un negozio di cessione del contratto annullabile e rescindibile. Perché anche a seguito della successiva valutazione di ciò che rappresenta l’oggetto della cessione, cioè il diritto al credito, sono caduto in errore, ho subito una violenza ma magari ho subito una violenza dal cedente mentre il cedente l’aveva subita dal ceduto e allora io annullo per difetto di volontà il negozio di cessione del contratto. Che significa utilizzare il potere di annullamento altrui? A me non riguarda, non mi interessa perché riguarda uno squilibrio patrimoniale che non si è determinato nel mio patrimonio di cessionario, avete capito quello che sto dicendo? È chiaro?

Guardate che questo è uno scontro importantissimo perché tutto si gioca su questo, cioè la ragione per cui ancora oggi la Cassazione continua ad insistere sostenendo che il negozio di cessione del contratto è un negozio trilaterale al quale deve partecipare anche il contraente ceduto, la ragione di fondo è che si dice ma non si può prevedere, immaginare una cessione del contratto senza il consenso del contraente ceduto perché con la cessione del contratto non si trasferire solamente il credito e l’obbligo corrispettivo ma si trasferisce un quid pluris, un qualcosa in più, cos’è questo qualcosa in più? Cos’è ? L’annullamento, la rescissione e risoluzione, ma voi state scherzando? Ma quale annullamento e rescissione? Se noi andiamo a vedere da vicino ci rendiamo conto che non può essere così e non è così. Però lo stiamo dicendo da parecchi anni, continuano a sostenere la posizione della tesi tradizionale. Quando arriverete voi in Cassazione e io non ci sarò più, voi fate la sentenza come si deve e poi mi pensate così sarò contento se c’è ancora qualche parte di me che sopravvive. Ma quale annullamento? Ma quale rescissione? Il pregiudizio patrimoniale, il danno, ecco usiamo termini terra terra anche forse scorretti magari se ci fosse una platea di alti professori userei un linguaggio diverso , però capiamoci. Il pregiudizio che determina l’annullabilità, la rescindibilità, quello è un pregiudizio economico, questo noi esaminiamo nel diritto civile, pregiudizio economico vogliamo che tutto venga fatto in equilibrio, in armonia, in maniera corretta: io ho concluso il contratto, ma tu mi hai fatto violenza, mi hai imbrogliato, hai visto che io sono caduto in errore, potevi accorgertene perché l’errore deve essere riconoscibile, avresti potuto accorgertene con un po’ di buona volontà, con quel minimo di diligenza a cui tutti siamo tenuti e non te ne sei accorto, hai fatto finta di non accorgertene, sostanzialmente hai approfittato dell’errore. Allora io mi libero dalle conseguenze economiche pregiudizievoli che quell’atto ha prodotto nel mio patrimonio perché mi sono comprato per 10000 euro un anello in cui c’è un fondo di bottiglia e non è uno smeraldo e l’oro non è manco oro è di ottone, quindi ho avuto uno squilibrio patrimoniale perché ho cacciato 10000 euro e nel mio patrimonio entra una cosa che vale 50 euro quindi ho avuto un pregiudizio patrimoniale di 9950 euro, come lo devo sanare? Come la sano? L’unico modo è di costituire l’equilibrio anteriore, quindi cancellare quel fatto, quel contratto che ha determinato la modificazione della realtà giuridica e di ripristinare ciò che c’era prima con le esclusioni a cui si è tenuti dopo che il giudice ha dichiarato l’annullamento del contratto e lo stesso ragionamento lo facciamo per la rescissione ovviamente, è la stessa cosa. Ora questo pregiudizio chi lo ha subito? Il cedente o il cessionario? Il cedente. Con la cessione del contratto questo pregiudizio pari pari si trasferisce al cessionario? No, perché il cessionario fa una nuova valutazione, può darsi che gli sta bene,lui l’ha voluto questo squilibrio voleva fare un piacere [al ???? 01:07:08] in ogni caso non c’è stato nessun approfittamento, perché non si trova in stato di bisogno e nemmeno in stato di pericolo, non c’è stato errore perché lo ha detto “sisi prendo atto che si tratta di un anello di ottone” dopo tutto questo che fa? L’annullamento? Perché? Che legittimazione ha? Qual è il danno patrimoniale ricevuto? No, ma io mi sono sbagliato. Ti sei sbagliato a fare che cosa? A fare una valutazione sbagliata del valore del credito del debito che hai acquistato, quindi questa ragione dell’annullamento, della rescindibilità è una ragione che attiene non al contratto originario, l’appalto nell’ipotesi che ho fatto io, ma il contratto di cessione del contratto. Allora è ovvio che tu cessionario se sei caduto in errore puoi utilizzare questi rimedi ma non quelli originari non è quel potere di annullamento originario, il potere di rescissione originario che tu ti sei reso acquirente e che puoi utilizzare contro il contratto originario. Nella fase genetica del negozio di cessione del contratto, siccome si tratta di un normale contratto, questa fase genetica può presentare tutte le patologie proprie della fase genetica di ogni contratto e se ci sono patologie proprie anche se magari mutuate dal precedente, ma proprie perché sono conseguenze di una nuova valutazione allora si utilizzeranno quei rimedi che l’ordinamento prevede per [???? 01:08:45]quelle patologie. Ma con riferimento, però, non al preesistente al precedente contratto (nell’esempio che vi ho fatto il contratto di appalto) ma rispetto alla cessione del contratto di appalto fatta dal committente con l’atto del dicembre 2014.

Capito ragazzi questo discorso? Allora voi vedete qualsiasi approfondimento dimostra che questo potere di annullamento, questo potere di rescissione non si trasferisce. E la risoluzione del contratto? Ci siamo dimenticati di questo? Mai dimenticarsi delle cose perché se no si presta il fianco alle critiche. Abbiamo parlato dell’annullamento, della rescissione e c’è anche un altro potere, la risoluzione. Non hai ancora detto niente della risoluzione. Abbiamo parlato della rescissione, dell’annullamento perché questi essendo difetti genetici del contratto hanno un certo trattamento che è quello che ci siamo detti. L’azione di risoluzione ha un altro trattamento perché l’azione di risoluzione come sapete è un’azione che attiene alla fase funzionale del contratto tanto è vero che si parla di difetto funzionale di causa del contratto nel caso della risoluzione. Vi è un potere che è riconosciuto alla parte nel contratto a prestazioni corrispettive qualora l’altra sia inadempiente di risolvere il contratto. Allora si dice il cessionario acquista il poter di risolvere un contratto di appalto, usiamo sempre l’ esempio così ci capiamo, quindi il cessionario se ha contratto il debito del credito del committente poi nel corso del rapporto si determina una situazione per cui il ceduto non adempie il cessionario risolve il contratto. Lo può risolvere il contratto? Certo che lo può risolvere, allora vedete? Si è trasferito il potere di risoluzione originario. È così? No. Perché non è così? Perché il potere di risoluzione non si trasferisce, si costituisce nel momento in cui si verifica il fatto costitutivo di questo potere e qual è il fatto costitutivo di questo potere? L’inadempimento della prestazione corrispettiva. Quando si verifica il fatto costitutivo di questo potere, cioè dell’inadempimento, si costituisce il potere. In capo a chi? In capo a chi al momento dell’inadempimento è titolare del rapporto sinallagmatico è evidente. Allora il cessionario potrà utilizzare il potere di risoluzione del contratto originario in cui è succeduto non perché abbia acquistato quel potere dal cedente, ma perché quel potere si è costituito a titolo originario, non a titolo derivativo, a titolo originario in capo a lui in quanto egli era titolare del rapporto corrispettivo nel momento in cui si è verificato il fatto costitutivo di quel potere e qual è il fatto costitutivo di quel potere? L’inadempimento. Allora se la cessione del contratto 10 novembre 2014, cessione da parte del committente “ il cessionario entra nel contratto ecc ecc..”, il 10 novembre 2015 vi è un inadempimento da parte dell’appaltatore, si può risolvere questo contratto si o no da parte del cessionario che è diventato committente sostanzialmente,il nuovo committente? Eh certo che può, ma perché ha ottenuto questo potere di risoluzione a titolo derivativo dal precedente committente che gli ha venduto il contratto? No, perché egli potrà utilizzare il potere di risoluzione perché è diventato titolare ed è dunque egli il titolare del rapporto corrispettivo di quel 10 dicembre 2015 in cui si verifica il fatto che fa sorgere quel potere e cioè l’altrui inadempimento. E da questo momento allora che sorge allora il diritto di ottenere la risoluzione del contratto, il potere di chiedere la risoluzione del contratto ed è ovvio che questo potere si annida in capo a chi è nel momento del fatto costitutivo quindi del 10 dicembre 2015 il titolare dei rapporti corrispettivi. Allora il cessionario non è che ha acquistato il potere di risolvere dal cedente, non lo ha acquistato a titolo derivativo, quel potere si costituisce in capo a lui a titolo originario. Avete capito questo che vi sto dicendo? È chiaro tutto quello che vi sto dicendo, si ragazzi? Allora a seguito delle cose che ho detto vi sembra ragionevole continuare a dire no,ma quando si cede il contratto si cede il diritto e l’obbligo corrispettivo e non solo questo ma anche i poteri di annullamento, rescissione e risoluzione. Si può continuare a dire questo? Secondo me no, però quelli lo continuano a dire, è una cosa incredibile, no ma veramente incredibile, io lo trovo incredibile il ragionamento però non c’è niente da fare. Si continua a ripetere non si trasferisce solamente il diritto e l’obbligo corrispettivo, si trasferiscono anche altri poteri, siccome si trasferisce tutta la complessa situazione contrattuale allora c’è bisogno del consenso del contraente. Eh però io dico, ma scusate, qual è tutta questa complessa situazione contrattuale, me la volete spiegare? Non me la spiegano. Come ci stanno i poteri potestativi, ma se io vi ho detto che questi poteri potestativi non si trasferiscono allora perché continuate a parlare di complessa situazione contrattuale? Non si capisce. Prendo atto e mi adeguo perché poi chi ha ragione è sempre il giudice, però sappiamo che non è così.

Quindi dobbiamo sapere però che nelle aule dei tribunali la nostra posizione sarebbe minoritaria perché poi noi andiamo a fare gli avvocati, non è che possiamo dire “qua vinciamo noi, non è che il professore Grasso dice no, *pigliate’ na* sconfitta. Però siccome poi la giurisprudenza si evolve, non è così rachitica, si evolve, quindi io confido che prima o poi si evolverà e naturalmente questa mia speranza risiede sostanzialmente in voi perché poi le idee lo sapete camminano con le gambe degli uomini eh, c’è poco da fare. Quindi si affermano nella misura in cui le persone che credono in certe cose si trovano in una posizione in cui possono attuare queste idee. Allora quando voi sarete in Cassazione, qualcuno di voi farà il magistrato, una magnifica carriera e si troverà in Cassazione e gli capita una cosa del genere dirà : “ Ma che state dicendo? Ma qual è questa complessa situazione contrattuale che si trasferisce? Non si trasferisce niente, non si trasferiscono i poteri di annullamento e di rescissione perché *blablabla,* nemmeno quello di risoluzione si trasferisce perché si costituisce, quindi sorge a titolo originario in capo al cessionario in quanto il cessionario è divenuto titolare dei rapporti corrispettivi ed è titolare dei rapporti corrispettivi nel momento in cui si verifica il fatto costitutivo del potere” Bellissima sentenza, ah e mi date una bella soddisfazione. Aldilà di questo, poi, la cosa che conta è il percorso, il percorso come sempre, anzi l’esempio evidente di quello che io ho più volte detto lo riscontriamo proprio in riferimento alla cessione del contratto. Che cos’è la cessione del contratto? È un contratto bilaterale o trilaterale? Qual è la risposta da dare? Che si deve dire? Secondo la dottrina dominante il contratto di cessione del contratto sarebbe un contratto trilaterale che prevede la necessaria partecipazione contrattuale del contraente cedente. Tuttavia questa posizione potrebbe non essere vera per queste ragioni . Perciò noi non ci accontentiamo della risposta [??? 01:18:11]perché non ha senso. Che significa?è una risposta sbagliata? No, è una risposta insufficiente, non ci riguarda, non ci serve, non è sbagliata se addirittura la Cassazione lo dice come si può dire che è sbagliata. Allora è sbagliata la nostra? No, non è sbagliata neanche la nostra anzi la nostra secondo me è più ragionevole, più fondata, più condivisibile. Non è che se fate l’esame con me mi date la risposta “no, il contratto è…perché quello requisito di efficacia serve.. “ e si finisce qua il discorso. Non significa niente, darmi questa risposta è nulla, non è una risposta.. perciò dico che il nostro non è un esame da Bignami (non so se si usa ancora, quando ero ragazzo stava il bignami quando stavo a liceo). Da noi è difficile perché l’esame verifica un percorso, quindi davanti a me voi dovete fare il percorso che sto facendo io perché è importante assimilare questo percorso perché vi serve per acquistare una mentalità, un modus operandi anche in futuro, anche su questioni che non conoscete perché poi il mondo pratico vi metterà di fronte a centomila casi che non sono ovvi, naturalmente c’è anche tantissima routine, ma quando meglio si fa l’attività professionale tanto meno c’è routine. E naturalmente per il magistrato può capitare di imbattersi in questioni controverse, difficili molto più che per l’avvocato perché l’avvocato farà questioni difficili se sei un avvocato che raggiungi un certo livello professionale alto, io vi auguro a voi tutti di raggiungere questo livello però ovviamente non lo sarete tutti. Per il magistrato è diverso , si vince un concorso, si fa il magistrato siedi in una certa posizione anche in tribunale in primo grado, secondo grado e vi capita una questione. Quindi non è che si apre il codice e c’è la soluzione, non c’è, la dovete individuare, la dovete cercare e ci sono moltissime questioni di questo genere eh, anzi il bello della nostra professione è proprio questo, proprio quello di fare cose nuove, di imbattersi sempre in questi nuovi, allora con quali criteri si risolvono? Non c’è un criterio oggettivo. Applicando bene i concetti e utilizzando bene i ragionamenti cronologici che abbiamo fatto. Allora se ci ricordiamo e leggiamo dentro ad un atto “ma si trasferisce l’effetto” eh si trasferisce, ma quale effetto? Qual è l’effetto che si trasferisce? Tu già hai creato un problema all’avversario, non sa più niente, perché usa una terminologia non meditata, una terminologia su cui non ha riflettuto e già questo gli crea imbarazzo. Si è ceduto l’effetto… e vuoi precisare qual è l’effetto? Dunque cosa si è trasferito? Magari in una discussione davanti al giudice, non è che uno lo fa per cattiveria però voi capirete bene che a questo punto si determina tutta una situazione, il giudice poi decide. Queste cose noi le dobbiamo sapere, le dobbiamo assimilare se facciamo un esame, se facciamo la facoltà di Giurisprudenza della Federico II e non stiamo in un’università telematica. Anzi dobbiamo batterci innanzitutto affinché la Federico II non diventi un’università simile. Io direi sospendiamo qui però il discorso non è chiuso, ci sono ancora tanta cose da dire, stiamo a metà dell’opera. Allora vi ringrazio per l’attenzione.

12 novembre Grasso

Stiamo parlando della cessione del contratto art. 1406

Partendo dalla lettura dell’art. 1406 in cui si fa riferimento al consenso del contraente ceduto, perchè si determini l' effetto della sostituzione del cessionario al ceduto.
La dottrina dominante ritiene che la cessione del contratto sia un negozio trilaterale, un contratto al quale debbano partecipare il cedente , il cessionario ma anche il contraente ceduto.

Vi ho fatto notare che questa tesi che parte dalla lettura dell'art. 1406 non trova particolare conforto dal dato legislativo, perchè l'art. 1408, 1 comma, fa riferimento alla inefficacia della sostituzione nei confronti del contraente ceduto . Quindi evidentemente si riferisce a un problema diverso da quello pensato dalla dottrina dominante , la quale appunto discute del consenso del contraente ceduto come elemento perfezionativo del contratto e quindi come requisito di validità dello stesso.

L'art. 1408 mette invece questo discorso sul piano dell'efficacia o inefficacia della cessione nei confronti del contraente ceduto, il che significa che nell'ambito della prospettiva dell'art. 1408, il mancato consenso tra contraente ceduto dovrebbe servire a rendere inefficace nei suoi confronti la sostituzione voluta dal cedente al cessionario .

Quindi abbiamo abbandonato con questa prospettiva ancorata alla lettura della norma e si tratta di

capire come risolvere il problema affrontando la questione dell'oggetto della cessione del contratto .

Qual è l'oggetto della cessione del contratto ?

Che cosa si cede quando si conclude un contratto di cessione del contratto ?
Si dice : si cede il contratto. Chiediamoci che significa cedere il contratto.

Significa cedere il contratto come fatto , il contratto dunque come fatto costitutivo dell'effetto ?

Non può essere così, ci siamo detti! Perchè il fatto in quanto fatto ,non può essere trasferito a nessuno! E' un fatto che riguarda chi ha fatto quel fatto! Non può riguardare altri , se non coloro che hanno partecipato al fatto.

Allora dire “cedere il contratto” non è che sia scorretto, però bisogna capire che ci si riferisce al contratto, ma quella espressione è un’ espressione sintetica di una norma che riguarda qualche altra cosa .Che cosa può riguardare? Gli effetti del contratto ?

Se l' effetto del contratto è la modificazione prodotta dal contratto è evidente che la modificazione non si trasferisce , perchè si esaurisce nel momento stesso in cui si compie!

Il fatto contratto produce l'effetto ; se l'effetto è la modificazione , questa modificazione si è consumata nel momento stesso in cui si compie, e quindi non può essere trasferito!

Semmai può essere trasferito ciò che risulta modificato, ciò che è il risultato della modificazione, (quello che è l’effetto dell’effetto), ciò che risulta nel mondo del diritto a seguito della modificazione provocata dal contratto di cessione del contratto!

Allora si può cedere il rapporto giuridico prodotto dal contratto!

Ma quando dico che si cede il rapporto giuridico prodotto dal contratto a cosa mi riferisco ?

Mi riferisco a qualcosa di più ampio e complesso rispetto al diritto e all'obbligo corrispettivo? Oppure questo rapporto si esaurisce nel diritto e nell'obbligo corrispettivo?
Questa è la grande questione!

Insieme al diritto e all'obbligo corrispettivo si trasferisce altro?

C'è altro dentro questa espressione rapporto giuridico ? Oppure c'è solo diritto e obbligo corrispettivo?

Qual è la mia posizione?
**La mia posizione- prof.Grasso-**  è che si trasferisce soltanto il diritto e l'obbligo corrispettivo.
**La posizione della dottrina dominante** invece non è questa : si dice che si trasferisce anche altro, non soltanto il diritto e l'obbligo , ma anche altri poteri , poteri che derivano dal contratto e che il cedente trasferisce al cessionario .

Quali sono questi poteri ?
I poteri di cui si parla con maggiore insistenza sono i poteri di annullamento, di rescissione e di risoluzione del contratto.

Vi ho fatto notare ieri che se andiamo ad esaminare questa situazione dei poteri (di cui si tratta), ci rendiamo conto che questi poteri non si trasferiscono, diversamente da quanto si dice da parte dei contraddittori!

Perchè non si trasferiscono questi poteri? Esaminiamoli questi poteri e ci renderemo conto!
Esaminiamo innanzitutto i poteri di annullamento e di rescissione , poi il potere di risoluzione.

Perchè li esaminiamo in una maniera diversa, differenziandoli ?

* Perchè i poteri di annullamento e di rescissione🡪 attengono a una *patologia* che riguarda la *fase genetica del contratto;*
* il potere di risoluzione🡪 invece , si esprime per correggere una patologia che si determina nella *fase funzionale;*

allora evidentemente il ragionamento deve essere diverso!

Vediamo innanzitutto il **potere di annullamento e di rescissione del contratto**.

A che servono l’annullamento e la rescissione del contratto ?

Servono a tutelare il soggetto nel cui interesse è prevista la causa di annullamento o la causa di rescissione.

Tutelarlo rispetto a che cosa?

Servono a tutelarlo rispetto allo squilibrio patrimoniale che si è determinato nel suo patrimonio a seguito del contratto annullabile o rescindibile.
Il contraente nel cui interesse è prevista l'azione di annullamento (l'azione di annullamento sapete che non può essere proposta da chiunque vi abbia interesse, quindi azione di nullità. Ma l’azione di annullamento può essere proposta solo da alcuni soggetti, quelli nel cui interesse è prevista la causa di invalidità in cui consiste l'annullamento, la rescindibilità del contratto;

dunque, qualora il contratto sia annullabile perchè vi è un errore o vi è stata un'ipotesi di dolo , o vi è stata una violenza , chi può chiedere l'annullamento del contratto ? Soltanto colui che è caduto in errore , colui che ha subito la violenza o colui che ha subito il dolo.

Allo stesso modo: Chiunque può chiedere la rescissione del contratto? Chiunque vi abbia interesse? No , solo il soggetto nel cui interesse è prevista quella causa di rescindibilità e dunque il soggetto che ha subito la lesione a causa dell'approfittamento che l’altro abbia fatto, nel suo stato di pericolo o di bisogno .

Allora se questo soggetto nel cui interesse è prevista l'annullabilità del contratto o la rescindibilità del contratto, esercita questi poteri ,(esercita l'azione per dichiarare l'annullamento del contratto o per farlo sciogliere con un’ azione di rescissione), perchè agisce con quest'azione ?

Perchè vuole cancellare gli effetti che si sono verificati nel suo patrimonio, e ricostruire nel suo patrimonio la situazione come era prima che si verificassero quelle modificazioni prodotte dal contratto annullabile o rescindibile.

Perchè ? Perchè vuole cancellare in tale modo quello squilibrio patrimoniale che si è determinato nel suo patrimonio a seguito del contratto annullabile o rescindibile .

Io ho comprato una cosa , pagandola un certo prezzo , ma il mio consenso, il mio accordo è viziato
-da un errore essenziale e riconoscibile;
-oppure sono caduto in errore ma non autonomamente ma perchè sono stato indotto in errore dall'altra parte (dolo);

-oppure ho subito una violenza.

 Quindi ho accettato delle condizioni contrattuali squilibrate, allora cancello quel contratto , cancello dunque quel danno che si è prodotto nel mio patrimonio, per cui ho acquistato una cosa privandomi di mezzi finanziari che sono di gran lunga superiore al valore della cosa, dunque cancello queste conseguenze negative che sono derivate.

Sono cose ovvie però rendere evidenti queste cose , ci fa capire di che cosa stiamo parlando!

Stiamo parlando di poteri che servono a cancellare una conseguenza patrimoniale negativa che si è subita nel proprio patrimonio a seguito della partecipazione a un contratto concluso con quelle caratteristiche negative.

Ora queste conseguenze negative di quale patrimonio? Del patrimonio del cedente!

Noi stiamo parlando dei poteri di annullamento , di rescissione di cui era originariamente titolare il cedente e che si sarebbero trasferiti dal cedente al cessionario;
Ma se questi poteri servono a tutelare un interesse e a evitare o impedire quel danno , possiamo dire che questi poteri si sono comunque trasferiti anche se il danno si è prodotto nella sfera giuridica del cedente?!
Se il danno si è prodotto nella sfera giuridica del cedente, è il cedente che puo' chiedere l'annullamento e la recessione ; non il cessionario, perchè il danno non si è prodotto nel suo patrimonio, e quindi il cessionario non sarebbe il soggetto interessato , non sarebbe legittimato a proporre l 'azione dell'annullamento o di rescissione. Perchè non è quel soggetto nel cui interesse è stata dettata la regola!
Il soggetto nel cui interesse è stata dettata la regola è quello che ha subito il danno da quella vicenda, ma non è stato lui che ha subito questo danno! È il suo dante causa che ha subito, non lui! Eh già ma se l’ha subita il suo dante causa, l’ha subita pure lui, lui ha acquistato quella situazione..ma non è così!! Perché?
Perché nel momento del trasferimento di quella situazione dal cedente al cessionario c'è stata una nuova valutazione di questa situazione. Potrebbe darsi che nel momento in cui è stata fatta questa nuova valutazione , il cessionario sia di nuovo caduto anch'egli nello stesso errore , abbia subito anch'egli la medesima violenza , abbia subito anch'egli il medesimo dolo.
Allora sarà invocabile dal cessionario l'annullamento per violenza , per errore, per dolo, ma non del contratto originario dal quale è scaturita la situazione che egli ha acquistato , ma il nuovo contratto, cioè il contratto di cessione del contratto!

Nessuno lo nega! E' ovvio che il cessionario può utilizzare l'azione di annullamento e di rescissione del contratto di cessione del contratto, ma per vicende che attengono alla fase genetica del contratto di cessione del contratto.

Non certo invocando l'azione di annullamento e di rescissione relativa al contratto originario , di cui egli non è stato parte, rispetto al quale non ha subito quegli incidenti!
Quindi mi pare del tutto evidente e incontestabile che il potere di annullamento e il potere di rescissione non si trasferiscono dal cedente al cessionario (il potere di annullamento e di rescissione ovviamente che avrebbe potuto utilizzare il cedente originario rispetto all'originario contratto ceduto!).
Questo potere non si trasferisce! Non è vero che si trasferisce.. questa è una affermazione non dimostrabile, viene detta così, senza alcuna dimostrazione! Si afferma come se fosse un dogma indiscutibile!

Si cede il contratto e allora si cede tutto ciò che sta dentro questa condizione contrattuale ! Allora il cedente può agire per l'annullamento e quindi anche il secondo può agire per l'annullamento e rescissione ?

Certo che può agire anche il secondo per l'annullamento di rescissione del contratto , ma sulla base di fatti che riguardano la vita del contratto di cui egli è parte, non invocando fatti che invece attengono a altra situazione,altra sfera giuridica. Perchè quei poteri originari non si trasmettono!!!

Perchè la vicenda negativa non si è determinata nel suo patrimonio!
E se si verifica anche nel suo patrimonio, si verifica sul suo patrimonio ,eventualmente, sulla base di errori , violenze e di doli subiti nel momento genetico del contratto di cessione del contratto; perché è quello il momento in cui avviene un’altra valutazione.
Io ti cedo il credito ad avere questo anello ed anche l'obbligo di pagare. Faccio una valutazione.
Io cessionario nel momento in cui concludo il negozio di cessione del contratto , dal quale acquisto questo diritto e mi assumo questo obbligo di pagare il prezzo, faccio una valutazione! Una volta che io mi sia trovato di fronte, come probabile cessionario del contratto, a una proposta di questo genere , la valuto! E se la valuto e mi sta bene, senza cadere in errore e senza aver subito violenza e dolo va bene!!! È un acquisto a parti squilibrate.. embè?
C'è una regola nel nostro ordinamento che impone l'equilibrio contrattuale? In linea di massima no, tanto è vero che anche la rescissione non colpisce il contratto iniquo e basta, ma colpisce il contratto iniquo in cui l'*iniquità* sia stata conseguenza dell'approfittamento nello stato di pericolo e nello stato di bisogno.

Cioè quello che colpisce è il difetto della volontà , non il dato oggettivo dell’ equilibrio contrattuale! Quello che vuole l'ordinamento non è che il contratto sia necessariamente equo ma che il contratto sia correttamente voluto!
Quindi se lo squilibrio non l'hai voluto, ma l'hai subito ed allora è chiaro che puoi sciogliere il contratto, ma non perchè il contratto sia squilibriato, ma perchè quello squilibrio è effetto di un difetto di volontà. Perchè la tua volontà non è matura e consapevole, ma è conseguenza di un approfitta mento che l’altro abbia fatto nel tuo stato di pericolo e di bisogno!

Poi si discute se ci sia un principio generale di equilibrio dovuto al fatto che nel nostro ordinamento esiste la norma sulla disfunzione per eccessiva onerosità sopravvenuta.

Prof. Grasso🡪Io credo personalmente che non si possa ricavare questa norma un principio di ordine generale circa l'equità, dell’equità contrattuale!

 Del resto è logico che nella logica del sistema civilistico, che è una logica totalmente privatistica di autonomia privata, quello che conta è che le parti hanno voluto correttamente un certo discorso!

Se le parti hanno voluto correttamente -perchè la volontà si è correttamente formata e manifestata-

un contratto squilibrato il problema riguarda loro! È un problema di soggetti, di individui.

Non è un fatto che abbia rilevanza sociale a cui si pone una tutela pubblica , questa è la logica del sistema!

Il sistema civilistico è così, è un sistema individualistico.
Poi ci sono settori del sistema che invece che risentono perché toccano interessi diversi,sono settori più sociali che risentono delle esigenze ad esempio nel campo della locazione di immobili urbani voi sapete che il discorso è diverso!
Ma sul piano del contratto i contraenti sono su un piano di parità, possono volere quello che vogliono ;
l'importante è che i contraenti lo vogliano consapevolmente , non perchè non hanno capito quello che stanno facendo! Perchè se lo hanno fatto con questo stato psicologico allora hanno una tutela!

Quindi il cessionario fa una nuova valutazione, che gli sta bene ..quindi perchè dovrebbe impugnare?! Oppure fa una nuova valutazione, vede che c’è questo squiibrio e chiede al cedente il prezzo della cessione!

 “scusa tu mi dai il diritto all’anello e vuoi che io paghi 10mila euro? Mi devi dare almeno 8mila euro in contanti subito ” [Quindi prezzo della cessione]

La cessione in questo caso è un contratto in cui c'è il trasferimento del diritto, il trasferimento dell'obbligo corrispettivo e uno dei due (cedente o cessionario) si carica anche di un ulteriore prezzo da pagare alla controparte, il prezzo che può essere a carico del cessionario nei confronti del cedente o a carico del cedente nei confronti del cessionario se c'è questo squilibrio.

Allora vi è una nuova valutazione che può sfociare in una serie di situazioni diverse;

allora questa nuova situazione comunque finisce di dire che rispetto al cessionario si determina la medesima situazione che sta in capo al cedente, per cui quello che vuole fare il cedente lo fa anche il cessionario! È una cosa che non sta in piedi! Non è cosi! Nessuno ha replicato.
Non siamo stati criticati in questo discorso che vi ha riferito, per questo confido che qualcuno si accorgerà di questo! Se uno ignora queste considerazioni non va bene!
E' vero che dobbiamo sapere che la tesi sulla cessione del contratto che io vi sto riferendo è ancora minoritaria, ma dovete sapere che queste considerazioni che vi ho detto non sono state criticate!!!

Il ragionamento che ho fatto per il potere di annullamento e di rescissione **non** può può essere ripetuto allo stesso modo per la **risoluzione,** anche se ha qualche somiglianza il ragionamento ce l'ha : anche in questo caso vi dico che il potere di risoluzione può essere riutilizzato , anche qui non è il potere di risoluzione originario (che non esiste, perchè è individuale!). Si trasferiscono le cose che esistono , le cose reali!
Il potere di risoluzione non si trasferisce! Perché ? Perchè non ce l'aveva prima il cedente!
Quando il cessionario agisce e chiede la risoluzione del contratto per inadempimento è perchè si è verificato l'inadempimento. Ma prima dell’inadempimento c'è il potere di risoluzione ? No è virtuale. Però affinchè diventi concreta possibilità di utilizzare quel potere è necessario che vi sia l'inadempimento che rende concreto e utilizzabile quel potere .

Ora se l'inadempimento si verifica in un certo giorno e in quel giorno risulta titolare del rapporto obbligatorio il cessionario, non più il cedente, è ovvio che quel potere può essere esercitato dal cessionario! Ma non perchè quel potere l'ha acquistato dal cedente, ma perchè quel potere si costituisce originariamente!

Il cessionario acquista il potere di risoluzione a titolo originario, non a titolo derivativo, dal cedente!

Il potere di risoluzione si costituisce in capo alla parte del contratto e al titolare dei rapporti corrispettivi o sinallagmatici nel momento in cui si verifica il fatto costitutivo del potere.
Qual è il fatto costitutivo del potere? L'inadempimento !
Se nel momento in cui si verifica l'inadempimento, il titolare di diritti del rapporto giuridico è il nuovo contraente (colui che è subentrato che sostituisce il precedente, il cessionario del contratto) è ovvio che questo potere potrà essere esercitato dal cessionario; ma non perchè se ne è reso acquirente a titolo derivativo dal cedente, ma il suo potere si è costituito originariamente in capo a lui.

Quindi abbiamo visto che non resiste la tesi avversaria a questa !
Se noi scendiamo in concreto e andiamo a verificare quali sarebbero i poteri che si trasferiscono insieme al diritto del credito e all’obbligo corrispettivo ci rendiamo conto che non si trasferiscono affatto. .vediamo che questi poteri non si trasferiscono mai, o perchè il cessionario non diventa mai titolare del potere di annullare o rescindere il contratto originario o perchè acquista il potere di risolvere il contratto originario, ma questo potere non lo acquista a titolo derivativo, ma a titolo originario perchè ( al momento in cui si verifica l'inadempimento che è il fatto costitutivo di questo potere) è titolare del rapporto.

La cosa che abbiamo constatato in seguito a questo ragionamento è che la cessione del contratto cede il contratto, ha per oggetto il trasferimento del contratto, ma questo trasferimento del contratto significa soltanto trasferimento del diritto e dell'obbligo corrispettivo;

Quindi quando nel contratto di appalto ,il committente ( una delle due parti, l'altra è l'appaltatore) , decide di trasferire, di cedere il suo contratto di appalto a un altro , che cosa cede ? Cede il suo diritto di committente e il suo obbligo di committente.

Qual è il diritto del committente? E qual è l'obbligo del committente ?

-Il diritto del committente è quello di avere il fatto, da parte dell’appaltatore;
-l'obbligo è quello di pagare il corrispettivo.

Naturalmente la cessione del contratto non è che la può fare solo lui, ciascuna parte può sostituire a sé. Quindi essendo un contratto a prestazioni corrispettive nel contratto di appalto la cessione del contratto si fa con l'appaltatore.

Se la cessione viene fatta dall'appaltatore che cosa cede l'appaltatore ? Cede sempre la stessa cosa, cioè i diritti e l'obbligo corrispettivo!

Qual è il diritto dell'appaltatore? È quello di avere il corrispettivo

Qual è l'altro obbligo ? Quello di costruire , di fare!

Quindi in ogni ipotesi di cessione del contratto noi ci troviamo di fronte al trasferimento di un diritto e di un corrispettivo.

Siamo arrivati a un punto nodale della risoluzione del problema , perchè una volta che abbiamo individuato questo oggetto, vediamo come si risolve il problema della PARTECIPAZIONE DEL CONTRAENTE CEDUTO.

Si dice : “Il contraente ceduto deve contrattualmente partecipare all'azione”.

Perché? Chi è il contraente ceduto?

Il contraente ceduto è il creditore del debito trasferito ed è il debitore del credito ceduto. È così.

Guardiamo all'esempio che vi ho fatto: vediamo il contratto di appalto;siamo in presenza di un contratto a prestazioni corrispettive.
Già vi ho fatto notare che la caratteristica essenziale dei contratti sinallagmatici è che ciascuna parte è al tempo stesso debitore e creditore in maniera incrociata!

Riprendiamo l'esempio che abbiamo fatto prima : il committente di un appalto cede il diritto ad avere la costruzione, cede l'obbligo di pagare il prezzo.
Il contraente ceduto nell'esempio che vi ho fatto, chi è ? E' l'appaltatore!
L'appaltatore rispetto al contratto ceduto dal committente che cosa è ? E' il creditore del prezzo, quindi è creditore rispetto al debito trasferito, ed è il debitore rispetto al credito trasferito. Qual è il credito trasferito? Il credito a costruire, il diritto di credito nei confronti dell'appaltatore a effettuare la costruzione.
Rispetto a tale diritto di effettuare la costruzione l'appaltatore chi è ? colui che è obbligato a trasferire il credito, quindi debitore.
Il committente ha trasferito il credito e ha trasferito l’obbligo di pagare il prezzo, rispetto all’obbligo di pagare il prezzo chi è? la controparte, il contraente ceduto, cioè l’appaltatore chi è? Il creditore della somma. È così, non può che essere così!

Accade sempre cosi, ogni ipotesi di cessione del contratto si riferisce unicamente ai contratti a prestazioni corrispettive non ancora eseguiti. C’è sempre una situazione del genere:
Io cedente trasferisco il credito e il debito corrispettivo;
il cessionario acquista credito e debito corrispettivo.
Il contraente ceduto cos’è rispetto a questa cosa che si trasferisce? È il creditore del debito ed è il debitore del credito che si è trasferito. Non c’è dubbio che sia così, è un fatto.

Rispetto al credito ceduto c'è bisogno del consenso del debitore ceduto? No, perchè sappiamo (quando abbiamo parlato della cessione del credito), che il credito si trasferisce e circola senza concorso della volontà del debitore ceduto , al quale deve essere notificata la cessione; e non partecipa contrattualmente alla cessione. La cessione avviene indipendentemente dalla sua volontà , poi ci sono sempre i casi eccezionali , ma la regola è questa!

Per quanto riguarda il debito che si trasferisce, ebbene il debito circola sempre con la partecipazione contrattuale del creditore? Noi adesso abbiamo appreso una serie di cose e la risp è immediata; sappiamo che tramite l'accollo si può far circolare il debito, senza aver bisogno della partecipazione contrattuale del debitore accollatario, perchè all'accollo non partecipa contrattualmente il debitore accollatario, il quale può soltanto appropriarsi di quell'effetto a lui favorevole aderendo all'accollo, ma l'adesione non è una dichiarazione di volontà che si combina con le dichiarazioni di volontà dell'accollante e dell'accollato, ma è una dichiarazione unilaterale.

E allora il contraente ceduto chi è ?

il debitore ceduto e il creditore accollato.

C'è bisogno del consenso perché si ceda il credito? no. C'è bisogno del consenso come partecipazione contrattuale perché si verifichi il trasferimento del debito? No, perché noi conosciamo un congegno negoziale, che consente di far circolare il debito indipendentemente dalla volontà del debitore , il quale ,certo, dovrà poi aderire, ma l'adesione non è perfezionativa ma è requisito di efficacia

Allora a che serve il consenso del contraente ceduto?

Se il contraente ceduto è niente di più e niente di meno che un debitore ceduto e un creditore e non è stato fatto quell'accordo che ha consentito il trasferimento del debito,

allora noi possiamo dire che il contraente ceduto è il creditore accollatario e dunque il suo consenso (visto che non può servire a determinare il trasferimento del debito), deve servire unicamente come requisito dell'efficacia esterna dell'accollo contenuto nella cessione del contratto .

Avendo le idee chiare su quella che è la cessione del credito e sull'accollo, noi ci rendiamo subito conto che la cessione del contratto è sostanzialmente la cessione di credito o accollo del debito corrispettivo.
ma se è cessione del credito e accollo del debito corrispettivo il consenso del contraente ceduto non puo' che essere requisito dell'efficacia stessa dell'accordo e non è elemento perfezionativo del contratto!

 In questo modo noi non spezziamo l’ unitarietà della cessione nel contratto; e come se facessimo due contratti: cessione del credito e accollo del debito? No, nella nostra prospettiva non spezziamo nessuna unitarietà di questa cessione ,

perché siamo arrivati ad individuare **una causa unitaria**  che sorregge l'intero contratto sicché la cessione del credito e l'accollo del debito non sono due autonomi contratti collegati tra loro, ma sono articolazioni interne di un unico contratto.

Questo è un passaggio importante che molta parte della dottrina non ha letto con attenzione e continua a ritenere che la tesi del Cicala è la cosiddetta *tesi atomistica* , cioè nell'ambito della cessione del contratto ci sarebbe una tesi unitaria la quale ritiene che la cessione del contratto sia un contratto unitario e una tesi atomistica, perché divide il contratto in due autonomi contratti (cessione del credito- accollo del debito) , ora siccome cicala sostiene che la cessione del contratto si esaurisce sostanzialmente in un cessione del credito e di accollo del debito , molti dicono che questa è la riproposizione di una antica tesi tedesca : autonomia dei due contratti che spezza unitarietà alla cessione del contratto e dunque è assimilabile a quelle tesi atomistiche, che sono state elaborate sulla cessione del contratto.
Ripeto non è così, è una lettura sbagliata, perché per poter parlare di due atomi , dovremmo individuare due autonome cause, e invece la cessione del contratto è un contratto, anche per noi “cicaliani” , un contratto unitario, perché sorretto da un’ unica causa;
quindi non è vero che la nostra è una teoria atomistica ,è una teoria unitaria, ancorché abbiamo chiarito che l'effetto della cessione del contratto è l'effetto della cessione dell'effetto dell'assunzione del debito a favore del terzo , *ma la causa è unica* !

Qui è importante richiamare tutto quello che abbiamo detto in tema di causa della cessione del credito , perché oggi scopriamo anche l'utilità del motivo per cui abbiamo iniziato questi nostri incontri con la individuazione della causa e dobbiamo anche richiamare le considerazioni che abbiamo fatto sulla causa ;
e ci rendiamo conto che l'idea che noi abbiamo della causa della cessione e la causa dell'accollo sono tali da consentire di mettere insieme cessione e accollo del debito in un unico contratto retto dalla causa di scambio , da una qualsiasi causa di scambio.

vi ricordate qual è la causa di cessione del credito ?

La causa di cessione del credito è la causa di un comune contratto traslativo ,a titolo oneroso o gratuito ,Vendita, permuta, donazione.

Qual è la causa dell'accollo? l'accollo non ha una sua causa tipica ,quindi può essere anche la causa tassativa ,l 'abbiamo visto nell'esempio più volte fatto del contratto di compravendita con accollo del mutuo, in cui l'accollo del mutuo è il prezzo dell'acquisto dell'immobile.

anche nel contratto di compravendita con l'accollo del mutuo noi abbiamo individuato una causa unitaria che è una causa traslativa , al quale partecipa l'accollo che è un elemento di questa causa, perchè è il prezzo

se questo è vero , ed è vero , noi abbiamo già risolto il problema !

perché cessione del contratto ha la sua causa traslativa di cui l'accollo rappresenta il corrispettivo dell'acquisto dell'immobile ; il cedente vuole cedere il suo credito e vuole quale prezzo della gestione *almeno* l'accollo del debito corrispettivo, vuole almeno questo prezzo; quindi l'accollo del debito corrispettivo è il prezzo della gestione del credito:

io vendo il mio credito dietro corrispettivo dell'assunzione dell'obbligo corrispettivo.

il committente cede questo credito.

Qual è il prezzo?

Il prezzo è almeno l'assunzione dell'obbligo corrispettivo, cioè l'assunzione dell'obbligo di pagamento del prezzo!

Cedo il credito, dietro corrispettivo dell'assunzione del debito che serve a pagare l'acquisto del credito
vedete come si combinano dentro l'unitaria causa traslativa di scambio sia la causa della cessione del credito sia la causa di accollo?! Se la causa dell'accollo è la causa del comune contratto in cui l'accollo è inserito ,qui è inserito in un contratto di scambio in cui è lo scambio tra credito e l'assunzione del debito, che rappresenta il prezzo dell'acquisto del credito ceduto .
Poi può esserci anche uno squilibrio a carico eventualmente del cessionario !

Questo scambio esiste necessariamente in ogni ipotesi di cessione, sempre. Se io cedo il contratto ,perché cedo unitariamente credito e debito ,perché lo faccio?
Perché voglio monetizzare il mio credito; con quell'acquisto io ricevo dal fatto che mi libero del peso debito che hai assunto tu;

io scambio il mio credito corrispettivo con il debito corrispettivo;

io cedo il credito e ti assumo il debito ,che io devo pagare al cessionario che rappresenta questa assunzione: il corrispettivo del trasferimento del debito!

C 'è sempre lo scambio tra credito e assunzione del debito ,questa assunzione del debito è il prezzo dell'acquisto del credito!

La cessione del contratto realizza questo scambio , almeno questo scambio , che poi ci può essere ancora qualche altra cosa , almeno questo scambio lo realizza per forza: io cedo il credito e tu ti assumi il debito corrispettivo! quindi c'è stato uno scambio tra acquisto e pagamento di questo acquisto a attraverso l'assunzione del debito!

Allora noi individuiamo questa causa di scambio, che è la causa che regge la cessione del credito , e questa medesima causa di scambio regge anche l'accollo, perché l'accollo non ha una sua causa di vita , ha la causa del contratto di scambio;

*perché l'accollo qui rappresenta il prezzo dello scambio;*

allora non stiamo in presenza di due contratti autonomi :
-il contratto di cessione del credito e
-il contratto di trasferimento del debito ,
con cause diverse;
*noi siamo in presenza di un unitario contratto , di un solo contratto , perché ha una sola causa ,e questa unica causa regge e giustifica sia il trasferimento del credito sia l’assunzione del credito.*

Perché è una causa di scambio ,è la causa con la quale si determina il trasferimento del debito in senso traslativo dietro il corrispettivo del pagamento del prezzo che nella specie consiste nell'accollo del debito .

La stessa cosa che succede nel contratto di compravendita , in cui il prezzo dell'acquisto viene pagato mediante l'assunzione del rapporto originario di valuta che lega il debitore al terzo (istituto di credito),é la stessa cosa , li l'accollo a che serve

Serve come prezzo dell'acquisto del diritto di proprietà!

Qui l'accollo del debito verso chi potrebbe cedere, a che serve? Serve come prezzo dell'acquisto del credito che ha acquistato.
C'è bisogno di pensare a due contratti per questo? No, le considerazioni che abbiamo fatto sulla causa del contratto di successione del credito e sul contratto di accollo, consentono di dire che queste cause si possono fondere tra di loro, perchè la causa di cessazione del credito è la causa del comune contratto traslativo e la causa dell'accollo è qualsiasi causa , quindi anche quella traslativa se sta inserita dentro un contratto che determina il trasferimento di contratto;

La cessione del contratto che cosa trasferisce ? Il credito!

Allora se si trasferisce il credito certamente l'accollo del debito corrispettivo è il prezzo di questa cessione!

Allora non è vero dire che la cessazione del contratto è accollo del debito e cessione del credito , sicché il consenso del contraente ceduto non è elemento perfezionativo del contratto

Dire questo non significa dire che stiamo in presenza di due autonomi contratti , ma siamo in presenza di un unico, unitario, contratto , la cui causa è questa causa di scambio, che si realizza attraverso il trasferimento del credito e il pagamento di questo trasferimento attraverso l'assunzione del debito corrispettivo, è sempre così.

Per esempio, il contratto di appalto :
-il committente trasferisce il diritto di credito a una cosa da costruire e
-il cessionario per acquistare questo credito è disposto a pagare questo credito almeno con l'accollo del debito ,

cos'è questo debito ? Il debito pecuniario, debito di pagare il corrispettivo!

qui la cessione del contratto coincide con la vendita , perché c'è il trasferimento del diritto ad una res dietro il trasferimento di un debito pecuniario , di un accollo di un debito pecuniario che rappresenta il prezzo dell'acquisto .

Facciamo invece l'ipotesi in cui la cessione del contratto sia stata fatta dall'appaltatore (non dal committente) :
- l'appaltatore quando cede il contratto cede il suo diritto ad avere il corrispettivo e trasferisce l'obbligo di costruire,
-il cessionario acquista il diritto al danaro e questo diritto al danaro però lo paga mediante l'assunzione del rapporto, che però non può essere un prezzo , perché non c'è la somma di danaro , io faccio utilizzo di un credito pecuniario dietro il corrispettivo di un debito non pecuniario!

anche qui ci sono elementi di scambio , anche qui siamo in presenza di un contratto traslativo (trasferimento di un credito),
però il corrispettivo non è un prezzo ,*forse siamo in presenza di un contratto atipico , innominato, ma sempre di scambio e con effetto traslativo rispetto al credito ceduto*.

Quindi poi va esaminato causa per causa per vedere se quel contratto di scambio e che possiamo utilizzare come scambio tra acquisto del credito e pagamento di questo credito attraverso l'assunzione del debito corrispettivo,
 se questo scambio poi realizza gli elementi strutturali e funzionai di una vendita , una permuta, una donazione ,

vi dico subito che una donazione difficilmente è,
perché io acquisto il credito , ma questo credito dietro il corrispettivo dell'assunzione di un debito , quindi comunque non c'è una donazione in senso proprio, potrebbe essere un negozio “mixtum cum donatione” , nell’ ipotesi in cui il valore del credito acquistato fosse assai inferiore rispetto al valore del debito e non ci fosse a carico del cessionario un prezzo della cessione a suo carico , allora potremmo individuare i reperti donativi dentro un contratto traslativo!

Allora come la causa del contratto è la causa di un contratto traslativo del credito, il cui corrispettivo è rappresentato dall'accollo del debito corrispettivo, quindi noi questo scambio lo troviamo sempre in ogni cessione del contratto e dentro a ogni cessione del contratto c'è dunque questo elemento causale unitario, che regge sia il trasferimento del credito sia l'assunzione del debito e lo regge in maniera semplice, facile e pacifica perché sappiamo che la cessione del credito ha come propria causa la causa traslativa , l'accollo ha come causa una qualsiasi causa , dunque anche la causa traslativa;

io trasferisco un credito e questo trasferimento del credito me lo faccio pagare tramite l'assunzione di un altro debito ,questo lo posso fare sempre!

io ho fatto due contratti? No!

Non pensate ora alla cessione del contratto, pensate a un'altra ipotesi qualsiasi in cui io sono creditore di qualcosa e voglio cedere questo credito; lo cedo e il cessionario del credito mi paga questa cessione del credito assumendosi non il debito corrispettivo rispetto al credito ceduto!

si può fare? Si, e facciamo due contratti? No, abbiamo individuato un contratto traslativo in cui il prezzo anziché essere rappresentato da una somma di denaro è rappresentato dall'assunzione del debito! Ora se l'assunzione di questo debito è assunzione di un debito pecuniario ,forse possiamo individuare il prezzo e possiamo dire che è sempre cessione del credito;

se l'assunzione invece non è l'assunzione di un debito pecuniario ma è l'assunzione di un altro debito; tu mi dai questo debito , io te lo pago assumendo l'obbligo che tu hai nei confronti di tizio di impegnare liquidità di denaro ,lo posso fare questo ? O è un contratto vietato ?

Abbiamo fatto due contratti diversi ? Abbiamo fatto un contratto di accollo e un contratto di cessione ? No , abbiamo fatto un contratto di cessione in cui il prezzo della cessione è rappresentato.
Ora ,nell'esempio che vi ho fatto da ultimo ,stiamo parlando di due cose distinte tra di loro, perché il credito è un credito indirizzato a chi sa che cosa e l'accollo deriva da chi sa che cosa.

Quando invece noi siamo dentro una situazione in cui quello che cedo e quello che trasferisco sono tra di loro connessi sinallagmaticamente, perché io trasferisco il credito e il prezzo di questo trasferimento consiste nell'assunzione del debito corrispettivo rispetto al credito ceduto , noi siamo dentro a una cessione del contratto , ma è cambiato qualcosa rispetto all'esempio che vi ho fatto prima ? No, siamo sempre in presenza di un unico contratto, in cui la causa di scambio si realizza attraverso il trasferimento di un credito e lo scambio con l'assunzione di un debito, che guarda caso, in questo caso, è assunzione del debito corrispettivo rispetto al debito.

Questo è quello che conta, poi bisogna vedere caso per caso , ma il problema non ci riguarda oggi!
Non possiamo esaminare tutte le singole ipotesi , vi ho fatto due esempi per farvi capire in riferimento all'appalto , l'appaltatore cede il contratto e che cosa cede? Cede il credito e il debito corrispettivo.
Allora chi acquista , acquista cosa? Il credito e evidentemente pur di acquistare il credito è disposto almeno a pagarlo con l'assunzione del debito corrispettivo .

Se la cosa si ferma qui noi abbiamo fatto la cessione del contratto !
Che è unitaria.

Che si articola nella cessione del credito e accollo del debito.

Che tipo di contratto abbiamo fatto? Probabilmente la specie più adatta è la compravendita, perché c'è trasferimento di un credito alla merce , a un fatto , a una cosa , a una res , dietro il corrispettivo dell'assunzione del debito pecuniario, cioè al corrispettivo da pagare,

allora c’è il prezzo, siamo in grado di individuare il prezzo rispetto al trasferimento del credito , dunque possiamo parlare di contratto di compravendita.

Cessione del contratto da parte dell'appaltatore : sempre lo scambio c'è , la situazione è sempre la stessa dal punto di vista strutturale funzionale , c'è sempre il trasferimento del credito e del debito corrispettivo , si esaurisce la causa unitaria della cessione del contratto: si cede un credito e si fa “pagare” questa cessione del credito mediante l'assunzione dell'obbligo del debito corrispettivo;

dunque tu acquisterai un credito da 25.000 euro e tu avrai l'obbligo di costruire la casa , quindi io comunque ho fatto lo scambio , comunque lo scambio determina un effetto traslativo, perchè trasferisce il conto , ma all'effetto del trasferimento del credito corrisponde un prezzo ?

Corrisponde un sacrificio : l'assunzione di un sacrificio che rappresenta il corrispettivo dell'acquisto

: il “pagamento” , però non c'è il prezzo perchè non c'è un debito pecuniario, che mi sono assunto

Allora qui che stiamo , in presenza di una compravendita?

No, siamo in presenza di una cessione di un contratto che va però costruita riconducendola non a un tipo legale, Dobbiamo immaginare che siamo in presenza di un contratto traslativo atipico o innominato, anche qui stiamo dicendo qualcosa di strano? No

Io titolare di un credito ceduto cedo il credito, anzicché cederlo dietro un corrispettivo del prezzo, di fare una vendita, dico al cessionario del credito : siccome devo fare questa opera a favore di Tizio non pago niente , però assumo quel debito;
in questo modo non ho fatto una cessione del contratto , ma ho fatto una cessione del credito in cui il prezzo del trasferimento del credito è rappresentato sempre da un qualcosa, da un sacrificio che il cessionario ha affrontato, ma il sacrificio non è il pagamento del prezzo, è l'assunzione non di un debito, però è un debito non corrispettivo rispetto al credito ceduto , non stiamo dentro al capitolo : successione del contratto.

lo posso fare una cosa del genere ?

Io non posso cedere un credito! Io cedo il credito a un mio amico di 500.000 euro , ma lui lo deve pagare questo credito! Potrei chiedere il pagamento subito o attraverso l'accollo di un debito pecuniario che io ho nei confronti di un altro!

E' un debito che non è corrispettivo rispetto al credito ,non è connesso, non nasce dalla medesima causa sinallagmatica, ma è un debito che ha una sua autonomia , posso fare la cessione del credito di questo tipo?

Certo

Ma è certo che ho scambiato il credito con un 'altra utilità , che è per me essermi liberato da un debito .

Liberarmi da un debito è un acquisto .

Dunque la cessione del contratto sta dentro questa logica dello scambio che è propria del trasferimento del credito e qui l'unica particolarità è che questo trasferimento del credito viene “pagato” da un cessionario attraverso l'assunzione del debito, che non è un qualsiasi debito ,

ma attraverso l'assunzione del debito corrispettivo rispetto al credito acquistato;
e quel debito che è sotto ,sulla base della medesima giustificazione causale, che ha fatto sorgere il credito da se;

allora noi facciamo un' operazione che chiamiamo “***cessione del contratto”***.

Allora non è vero che la cessione del contratto è un negozio che si articola in due diversi contratti se sottolineiamo questi effetti, che si determinano a seguito della cessione del contratto;
la cessione del contratto si articola in cessione del credito e accollo del debito, dunque siamo in presenza di due autonomi contratti.

Cessione del credito e accollo del debito si combinano in un unico contratto, perché si combinano e realizzano un unica funzione causale , che è rappresentata dal trasferimento del credito dietro corrispettivo dell'assunzione del debito e questa assunzione unitaria regge sia la cessione del credito sia l'accollo del debito e rappresentano due effetti dalla medesima struttura contrattuale, due effetti che realizzano la unitaria causa di scambio che contraddistingue il negozio di cessione del credito

Allora la nostra tesi non è una tesi atomistica (come ci fanno dire!)
Quando devono fare un riassunto delle posizioni della dottrina italiana sulla cessione del contratto dicono: c'è la dottrina unitaria e poi c'è la dottrina atomistica che è stata introdotta in Italia dal prof Cicala e seguita anche dal professore Grasso… ma non siamo fautori della teoria atomistica
Quindi, per cortesia, rispondete con le cose che vi ho detto!

Non credo affatto che il negozio di cessione del contratto sia una struttura atomistica fatta da due negozi autonomi però tra di loro collegati! E' un contratto unitario.

e perché è unitario ? Perché ha una sola causa

e qual è l'unica causa ?questo scambio! Dietro il corrispettivo dell'assunzione del debito corrispettivo e questo esaurisce la causa di scambio tipica di ogni contratto traslativo di scambio;

poi bisogna vedere in concreto se questo scambio realizza una vendita in senso proprio oppure no, e proprio perché c'è questo scambio forse non possiamo mai ricondurlo a una donazione, perché c'è sempre lo scambio! non è che io ti do il credito e basta. No, io ti do il credito ma tu devi assumere il debito.

Lezione 17novembre

Diversamente da quello che ritiene la maggior parte della dottrina e della unanime giurisprudenza,**il negozio di cessione del contratto,il contratto di cessione del contratto non è contratto trilaterale ed il consenso del contraente ceduto non è elemento perfezionativo della struttura negoziale ma è soltanto un requisito dell’efficacia esterna della cessione.**Diciamo questo perché abbiamo verificato **che l’oggetto della cessione del contratto non può che essere il diritto e l’obbligo corrispettivo.
Ruolo del contraente ceduto nel negozio di cessione del contratto=**Rispetto al diritto e l’obbligo corrispettivo,**il consenso del contraente ceduto non può che avere il ruolo del requisito di efficacia e non di invalidità del contratto.**Questo perché il contraente ceduto è:
-rispetto al credito ceduto **un debitore,debitore ceduto;**-rispetto al debito trasferito dal cedente al cessionario è **il creditore di questo debito.
Si sa che il debito si trasferisce senza bisogno del consenso del debitore,quindi il consenso del contraente ceduto non può essere il consenso del debitore ceduto.**
Può essere allora il consenso del creditore a consentire il trasferimento del debito?No perché come sappiamo in tema di accollo,**il trasferimento del debito cioè la circolazione del debito avviene senza la partecipazione contrattuale del creditore accollatario,**che non deve con la sua volontà determinare il trasferimento del debito,che circola anche senza il suo consenso.
Naturalmente perché questo trasferimento abbia efficacia nei confronti del creditore,**è necessario che il creditore aderisca alla stipulazione,cioè dichiari la sua manifestazione di volontà unilaterale di voler approfittare della stipulazione in suo favore senza la necessità di acconsentire.**
Allora il consenso del contraente ceduto non serve come elemento perfezionativo del contratto,perché se il contratto determina l’effetto **del trasferimento del credito e del debito,il consenso del contraente ceduto non serve né a far circolare il debito né a far circolare il credito.**Quindi il consenso del contraente ceduto **è soltanto un requisito di efficacia della cessione nei suoi confronti.**L’effetto della cessione che si produce nei suoi confronti che è rilevante nei suoi confronti è l’effetto **del trasferimento del debito,dell’accollo.**Il consenso del contraente ceduto **serve perché la cessione del contratto contiene l’accollo del debito corrispettivo che il cedente trasferisce al cessionario per liberarsi del credito.**Vi è il trasferimento del credito e il trasferimento del debito corrispettivo.
**Struttura unitaria del negozio=Per quanto riguarda la struttura del negozio,si tratta di una struttura unitaria e non atomistica** infatti vi **è un’unitarietà della causa della cessione del contratto che è una causa la quale determina il trasferimento del credito ed il trasferimento del debito.**La causa della cessione del credito e la causa dell’accollo sono cause **complementari perché la causa della cessione del credito è quella di un comune contratto traslativo oneroso e la causa dell’accollo è la causa del contratto in cui l’accollo è inserito.**Per esempio l’accollo è inserito in un contratto che prevede la cessione del credito dietro corrispettivo del pagamento di questa cessione almeno l’assunzione del debito corrispettivo,questa causa dell’accollo è la causa del contratto.La causa dell’accollo **coincide con la causa del contratto di cessione del credito perché rappresenta il prezzo dell’acquisto del credito.**Il cessionario vuole acquistare il credito e per acquistare quel credito,è disposto a pagarlo meno tramite il trasferimento del debito corrispettivo.
Tutta questa costruzione ci consente di pervenire ad una soluzione molto importante e cioè **che la cessione del contratto si articola in cessione del credito e accollo di un debito** e si applicherà tutto quanto detto in tema di cessione del credito e accollo.

**Mancanza del consenso del contraente ceduto non determina l’inesistenza del contratto di cessione del contratto=**Se manca il consenso del contraente ceduto,**la cessione del contratto non è un contratto inesistente,nullo,in via di formazione,ma incompleto ma è un contratto,completo,valido ed efficace tra le parti.
Il consenso del contraente ceduto non è infatti,come abbiamo detto il più delle volte elemento costitutivo della fattispecie.**Ora c’è qualche altra precisazione da fare in tema di cessione del contratto focalizzandoci sui rapporti tra:
-cedente e cessionario;
-cedente e ceduto;
-ceduto e cessionario.
Si tratta di rapporti che sono disciplinati dal codice civile **tra gli artt.1408-1410 c.c.**

1.Rapporti tra contraente ceduto e cessionario

Il contraente ceduto **è il contraente originario che resta nel contratto,ossia il creditore accollatario ed il debitore ceduto.**I rapporti tra ceduto e cessionario sono disciplinati dall’art.1409 c.c.
**L’art.1409 rubricato “rapporti fra contraente ceduto e cessionario”** stabilisce che “Il contraente ceduto può opporre al cessionario tutte le eccezioni derivanti dal contratto,ma non quelle fondate su altri rapporti col cedente,salvo che ne abbia fatto espressa riserva al momento in cui ha consentito alla sostituzione”.
**La regola che desumiamo dall’art.1409 è che:
a)innanzitutto il contraente ceduto può opporre al cessionario le eccezioni che avrebbe potuto opporre al cedente** e questo è evidente perché il cessionario subentra nella posizione originaria e quindi vi è una successione nel rapporto originario.E’ evidente che il ceduto può opporre al cessionario quello che avrebbe potuto opporre al cedente.
**Non opponibilità della compensazione=**Tutte le eccezioni **tranne quella di compensazione che avrebbe potuto opporre al cedente,perché la compensazione è personale e non si trasla sul rapporto in cui è succeduto il cessionario ma si basa su altri rapporti propri del cedente e del ceduto.**E’ chiaro che la compensazione che il ceduto avrebbe potuto opporre al cedente,**non può essere opposta al cessionario a meno che non sia stata richiamata.**Infatti,tutto è disponibile nel nostro ordinamento ed è evidente che vi può essere questa possibilità,ma **la regola è che il ceduto può opporre al cessionario tutte le eccezioni che avrebbe potuto opporre al cedente,in quanto il cessionario è subentrato a titolo particolare sia nel credito che nel debito corrispettivi gravanti su di lui tranne che per l’eccezione di compensazione.**Anche se ciò non è stabilito esplicitamente dal legislatore nella formulazione dell’art.1408 c.c,si ricava dal fatto che **la compensazione non si basa sul rapporto in cui si è succeduti ma su altri rapporti.**Esempio “Io ti devo 1000 sulla base di quel rapporto in cui è succeduto il cessionario,e tu mi devi 1000 sulla base di un altro rapporto”.E’ ovvio che quello è un altro rapporto estraneo al cessionario perché le eccezioni personali che appartengono al cedente non si trasmettono al cessionario a meno che non siano state richiamate nel contratto e ciò significa che volontariamente il cessionario se le assunte a suo rischio.Ma se come probabilmente accade questo richiamo non c’è stato,il ceduto potrà opporre al cessionario soltanto tutte le eccezioni derivanti dal contratto.

2.Rapporti tra cessionario e ceduto

Poi c’è il problema di cosa può opporre il cessionario al ceduto.Ovviamente **il cessionario può opporre tutte le eccezioni relative al rapporto in cui è subentrato,ma può opporre le eccezioni di nullità,annullabilità e rescindibilità del contratto?**No,il cessionario non può opporre le eccezioni di nullità,annullabilità e rescindibilità del contratto per le ragioni già specificate infatti **tali eccezioni sono eccezioni che non si trasmettono dal cedente al cessionario,e questi che è divenuto titolare di un rapporto contrattuale trasferito dal cedente non può opporre l’eccezione di annullamento,di rescissione nei confronti del ceduto ma potrà opporre l’azione di risoluzione non perché acquirente del cedente ma perché il potere di esercitare quell’azione nasce originariamente in capo a lui in quanto è titolare del rapporto corrispettivo nel momento in cui si verifica l’inadempimento che è fatto costitutivo del potere.**

3.Rapporti tra contraente ceduto e cedente
**L’art.1408 c.c rubricato “Rapporti tra contraente ceduto e cedente” stabilisce che** “Il cedente è liberato dalle sue obbligazioni verso il contraente ceduto dal momento in cui la sostituzione diviene efficace nei confronti di questo”.
Quindi il ceduto non può agire nei confronti del cedente **perché il cedente si è liberato nel momento in cui la sostituzione è divenuta efficace nei confronti del ceduto medesimo.**Si è visto che il contraente ceduto,**è creditore rispetto al debito ed è debitore rispetto al credito trasferito.
Cessione del contratto “sostitutiva”=**L’art.1**408 afferma che il ceduto si libera quando la sostituzione diventa efficace.**Qui si sta parlando,perché è questa l’ipotesi evidenziata dal legislatore,del caso in cui **la cessione del contratto sia prevista come sostitutiva,cioè la cessione del contratto deve prevedere un accollo condizionato alla liberazione.**A questo proposito bisogna fare una precisazione infatti c’è parte della dottrina la quale ritiene che nella cessione del contratto **il trasferimento della porzione di contratto che è in capo al cedente,è sempre un trasferimento che determina la liberazione del cedente.**IL cedente sostituisce a sé un altro e quindi il negozio di cessione del contratto **determina sempre la liberazione del debitore originario “cedente”.**
E’ così?Non è detto che sia sempre così giacchè non è previsto da nessuna parte.Certamente il legislatore parla di “sostituzione” quindi evidentemente pensa a quella che è l’ipotesi più frequente nella pratica che è **il fatto che la cessione del contratto contenga un accollo liberatorio.Il cedente cede il contratto e il cessionario acquista il contratto ma l’assunzione del debito che era originariamente in capo al cedente è un’assunzione liberatoria cioè è condizionata alla liberazione.**Quindi il consenso del contraente ceduto,che **è il consenso del creditore accollatario determina:
-sia l’effetto esterno della cessione nei confronti del ceduto;
-sia la liberazione del debitore originario cedente che viene perciò liberato nei confronti del ceduto** e così determina quell’effetto sostitutivo che è non essenziale alla cessione del contratto ma accade il più delle volte.Questo perché è evidente ad esempio che “Se io parte di un contratto mi voglio liberare del peso del debito che ho e per liberarmi di questo peso del debito sono disposto al sacrificio di cedere il credito,trasferendo quindi credito e debito corrispettivo,è chiaro che questo trasferimento del debito lo voglio completo.Voglio che questo trasferimento sia liberatorio altrimenti potrebbe succedere che ho perso il credito e sono tenuto per il debito corrispettivo che è una iattura naturalmente.**E’ chiaro che la cessione del contratto è sostanzialmente una cessione che contiene un accollo liberatorio cioè un accollo condizionato alla liberazione del debitore originario ed è questa l’ipotesi a cui fa esplicito riferimento il legislatore quando parla di “sostituzione”.
Cessione non condizionata alla liberazione=**Ciò non significa che la cessione sia sempre sostitutiva e che contenga un accollo liberatorio e potrebbe darsi **che la cessione del contratto sia una cessione non condizionata alla liberazione del debitore originario,cedente.**In questo caso la cessione del contratto **darà luogo ad un accollo cumulativo che determina quell’effetto di cui all’art.1408,II comma c.c** “Tuttavia il contraente ceduto,se ha dichiarato di non liberare il cedente,può agire contro di lui qualora il cessionario non adempia le obbligazioni assunte”.
Questo secondo comma dell’art.1408 è evidentemente una disposizione che si applica all’ipotesi in cui **la cessione del contratto non sia preordinata a determinare la sostituzione del cessionario al cedente ma sia preordinata ad un accollo cumulativo** perché il contraente ceduto non lo ha liberato magari dichiarando preventivamente che non lo libererà mai.Può succedere anche questo,che è in ipotesi che poi vedremo,ci può **essere il consenso preventivo alla cessione** ossia dentro ad un contratto qualsiasi il contratto d’appalto si stabilisce che io committente o appaltatore acconsento che tu possa cedere il contratto con efficacia sostitutiva nei miei confronti oppure posso dire che acconsento a che tu puoi cedere il contratto senza determinare la liberazione del debitore originario.

**Consenso preventivo alla liberazione art.1407,I comma=**Il consenso preventivo alla liberazione è un’ipotesi addirittura disciplinata dal codice.**L’art.1407,I comma** stabilisce “Se una parte ha consentito preventivamente che l’altra sostituisca a sé un terzo nei rapporti derivanti dal contratto,la sostituzione è efficace nei suoi confronti dal momento in cui le è stata notificata o in cui essa l’ha accettata”.
Qui siamo nell’ipotesi di consenso preventivo alla cessione del contratto che determini l’effetto della liberazione del debitore originario.Io preventivamente dico: “Mi stai bene puoi cedere il contratto liberando il debitore originario”.Qui non c’è bisogno di dichiarare successivamente che intendo aderire all’accollo in mio favore e allora quando è che si determina l’effetto visto che in questo caso il consenso,requisito di efficacia è già stato adottato da prima,quindi nel momento stesso in cui si fa la cessione questa dovrebbe essere efficace.
E però sarebbe troppo perché il ceduto non ne sa niente e allora si dice che diviene **efficace nei suoi confronti dal momento che la cessione vi è stata notificata.**Nel caso in cui sia previsto il consenso preventivo alla cessione del contratto,l’effetto della **cessione si avrà con la notifica dell’avvenuta cessione.
L’effetto sostitutivo della cessione si verifica al momento della notifica.**Consenso preventivo della cessione del contratto condizionata alla liberazione del debitore originario di cui all’art.1407 c.c,I comma perché lì **è il consenso preventivo** alla sostituzione e quindi alla successione sostitutiva nel debito e non alla successione cumulativa.Vi ricordate?Quando abbiamo parlato di accollo abbiamo parlato di successione cumulativa anche se può sembrare contraddittorio parlare di “successione cumulativa” in quanto uno succede quando si sostituisce ma si può succedere anche nello stesso rapporto obbligatorio senza liberare il precedente debitore e quindi in questo **caso si dice che si è in presenza di una successione a titolo particolare nel debito cumulativa perché la successione non determina la sostituzione,cioè la liberazione del debitore originario.**Quindi la successione può essere:
-sostitutiva,privativa;
-cumulativa.

Naturalmente lo sappiamo già,quando abbiamo parlato in tema di accollo,queste nozioni vanno richiamate in questa sede come io credo fermamente che **la cessione del contratto è cessione del credito e accollo del debito corrispettivo.**Allora l’ipotesi prevista dall’art.1407 è l’ipotesi in cui **una delle parti del contratto o anche tutte e 2 hanno convenuto che l’altro può cedere il contratto quindi hanno dato un consenso preventivo alla cessione prevedendo anche che questa cessione fosse sostitutiva in quanto il consenso preventivo a cui fa riferimento l’art.1407 c.c è il consenso preventivo alla sostituzione.
Consenso preventivo alla cessione cumulativa art.1408,II comma c.c=**Il II comma dell’art.1408 c.c,è **il consenso preventivo alla cessione del contratto non sostitutiva quindi alla successione cumulativa** “Il contraente ceduto,se ha dichiarato di non liberare il cedente,può agire contro di lui qualora il cessionario non adempia le obbligazioni assunte”.Se preventivamente acconsento alla cessione del contratto cioè la porzione di contratto che sta in capo a te,il credito e il debito corrispettivo ma non acconsento alla liberazione allora qui abbiamo **una cessione del contratto non sostitutiva perché il cessionario non sostituirà il cedente verso il contraente ceduto,ma verso il contraente ceduto continueranno a rispondere cedente e cessionario cioè accollato ed accollante.
Il cedente è l’accollato mentre il cessionario è accollante.**Qui c’è quella sussidiarietà che forse(su questo torneremo)caratterizza ogni ipotesi di assunzione cumulativa per cui bisogna chiedere prima l’adempimento all’assuntore e poi al debitore originario,la cui responsabilità degrada a sussidiaria.

4.Rapporti fra cedente e cessionario

**L’art.1410 rubricato “Rapporti fra cedente e cessionario”** stabilisce che “Il cedente è tenuto a garantire la validità del contratto.
Se il cedente assume la garanzia dell’adempimento del contratto,egli risponde come un fideiussore per le obbligazioni del contraente ceduto”.
Il cedente è colui che ha ceduto mentre il cessionario è colui che ha comprato.
Cosa deve garantire il cedente?Il cedente è il contraente che è creditore cedente.Il cedente è creditore e debitore:
-cede il credito;
-trasferisce il debito.Rispetto al debito è accollato mentre rispetto al credito è il creditore cedente.
Cosa deve garantire il cedente?Il cedente deve garantire la stessa cosa del creditore cedente cioè **“’esistenza del credito ceduto” ossia il c.d nomen verum,**nozione già emersa in tema di cessione del credito.
Il cedente è tenuto a garantire **“la validità del contratto” cioè che esiste perché il contratto è valido,il credito che sta trasferendo.**Deve garantire l’esistenza del credito ceduto così come anche il creditore cedente deve garantire l’esistenza del credito.

**Nomen bonum=**Deve anche garantire la solvibilità?No,non deve garantire la solvibilità del debitore **a meno che non assuma la garanzia del nomen bonum.**Queste espressioni indicano le ipotesi normali in cui il creditore cedente garantisce l’esistenza del credito da quelle ipotesi in cui il creditore cedente garantisce non solo l’esistenza del credito ma anche l’esigibilità del credito cioè che il credito verrà soddisfatto dal debitore **“nomen bonum”.**Questa seconda garanzia deve essere voluta,normalmente il cedente garantisce **solo l’esistenza del credito “nomen bonum”.
Art.1410,II comma e diversità con il negozio di cessione=**L’art.1410,II comma stabilisce “Se il cedente assume la garanzia dell’adempimento del contratto,egli risponde come un fideiussore per le obbligazioni del contraente ceduto”.
Tale articolo richiama sostanzialmente la disciplina del negozio di **cessione del credito.**Come nel caso della cessione del credito il creditore è tenuto a garantire solo la validità,l’esistenza del credito così il contraente cedente deve garantire l’esistenza del credito che trasferisce cioè la validità del contratto.
Però come nel caso di cessione del credito il creditore può assumersi pure la garanzia della solvibilità del credito ceduto,lo stesso può avvenire in questo caso.
“Si assume la garanzia” come fideiussore per le obbligazioni del contraente ceduto quindi **in qualità di fideiussore “come un fideiussore” è tenuto alla medesima prestazione.**Può darsi che la prestazione come il più delle volte è,non è una prestazione fungibile per cui **l’espressione “come un fideiussore” significa che dovrà risarcirlo di una quantità di denaro che corrisponde proprio totalmente con il valore della prestazione inadempiuta dal ceduto.**

Il credito ceduto corrisponde al debito che sta in capo al contraente ceduto.Il contraente ceduto è:
-**rispetto al credito il debitore ceduto e può pagare o non pagare.Se non paga cosa accade?**Se il contraente ceduto non paga e il cedente si è assunta la garanzia della solvibilità,il cedente risponde come un fideiussore e dovrà corrispondere il valore.
**Qui c’è una diversità con la cessione del credito infatti l’art.1267 c.c “Il cedente non risponde della solvenza del debitore,salvo che ne abbia assunto la garanzia.In questo caso egli risponde nei limiti di quanto ha ricevuto”.**In questo caso non è la stessa cosa di rispondere come fideiussore.Perchè se il cedente risponde nei limiti di quanto ha ricevuto,significa che se per la cessione del credito ha ricevuto 1000 egli risponderà nei limiti di 1000 anche se il debito ceduto è pari a 10000.Mentre nel caso della cessione del contratto non è così,egli risponde come un fideiussore.
Quindi io trasferisco un contratto in cui trasferisco un credito ad avere 1 milione e trasferisco l’obbligo corrispettivo di costruire una certa cosa.E’ la cessione del contratto di appalto tra appaltante ed appaltatore.
Se il committente,appaltante è il contraente ceduto che è tenuto a pagare il mio credito non lo paga, il cedente è cioè l’appaltatore resistente che si è fatto sostituire dal nuovo appaltatore cessionario cui ha venduto la sua porzione di contratto d’appalto.Se il ceduto non paga,il cedente precedentemente titolare del contratto sarà tenuto a pagare il credito che spetta al nuovo appaltatore cessionario.
Se invece nel cessione del credito ho un credito di 1 milione e lo vendo alla banca facendo lo sconto bancario per 500 mila euro e poi il credito non viene pagato,la banca mi può chiedere se ho assunto la garanzia della solvibilità del debitore “nomen bonum”,il pagamento ma entro i limiti di quanto ricevuto.
Io quanto ho ricevuto?Ho ricevuto 500 mila euro e quindi risponde nei limiti di quanto ricevuto ossia 500000 euro.

Perché c’è questa differenza?La differenza c’è **perché la cessione del credito è** un’operazione che il legislatore ha voluto proteggere dallo sfruttamento usuraio del creditore,che è in difficoltà ed ha bisogno di liquidi e quindi vende il suo credito ad un certo prezzo ovviamente inferiore.Il debitore non paga e al legislatore è apparso giusto per unità di politica legislativa **limitare la sua garanzia a quanto ha ricevuto.**Invece nel caso di cessione del contratto il legislatore non ha fatto questa scelta.Il cedente ha trasferito il contratto e si è assunto la garanzia della solvibilità.A questo punto pagherà non nei limiti di quanto ha ricevuto.Innanzitutto ciò che ha ricevuto è almeno l’assunzione del debito corrispettivo come prezzo della cessione.L’assunzione del debito corrispettivo è in equilibrio con il prezzo della cessione.Questo equilibrio è voluto dal cedente,contraente originario che ha voluto originariamente costruire un edificio per avere un corrispettivo di 1 milione di euro.Quando il contraente cedente cede il contratto ha ceduto quel credito dietro corrispettivo di quel debito che è in equilibrio con ciò che ha ceduto perché ha ceduto credito e debito corrispettivo e quell’ equilibrio sinallagmatico è già stato stabilito da lui originariamente.
Certo può darsi che ci sia stato un prezzo della cessione a carico del cessionario o a carico del cedente,perché succede che le valutazioni strada facendo cambino,ma sostanzialmente ha ricevuto una valutazione del suo credito che è una valutazione fatta da lui stesso prima quando ha stipulato il contratto originario.E’ lui che ha visto il suo credito in equilibrio con il debito ceduto.
Allora è chiaro che la disciplina qui non può mutuare semplicisticamente quella prevista per la cessione del credito dove ovviamente il prezzo,corrispettivo ricevuto dal creditore cedente è un prezzo determinato in occasione di questa cessione.

E’ quindi può essere un prezzo così che egli ha ceduto non perché ci sia stato l’approfittamento dello stato di pericolo o di bisogno che sono casi estremi ma perché aveva bisogno di liquidi.
Io ho venduto un credito di 1 milione di euro per 800 mila euro,poi l’altro non paga,e dovrei dare 1 milione di euro?Non è possibile,ti dovrei dare 800 mila e non 1 milione se ho assunto la garanzia.
Nel caso invece della cessione del contratto si è in una vicenda più complessa perché cedo un credito e contestualmente in funzione di questo credito ricevo la liberazione dell’obbligo corrispettivo.Quindi il prezzo della cessione lo ricevo nella misura in cui sono stato liberato del debito corrispettivo e questa misura è una misura che ho valutato originariamente.Quindi normalmente non sorge lo stesso rischio,pericolo che sorge con la cessione del credito per cui il legislatore ha ritenuto di fare questa scelta:
-mentre **nella cessione del credito** il **creditore cedente che abbia assunto la garanzia della solvibilità del debitore ceduto risponde nei limiti di quanto ha ricevuto,nel caso di cessione del contratto se il cedente si è assunto l’obbligo della garanzia della solvibilità del contraente ceduto,egli è obbligato come un fideiussore cioè all’intero perché il fideiussore risponde all’intero.
Garantisce l’intera prestazione e quindi sarà dovuto al cessionario il valore dell’intera prestazione e non ciò che ha ricevuto anche perché ha ricevuto la liberazione del debito corrispettivo che è gia stata dichiarata da lui stesso equivalente al credito.**

**Applicabilità della cessione del contratto in campo economico=**Normalmente quell’esigenza che si prospetta nel caso della cessione del credito è un’esigenza che non viene in rilievo e se viene in rilievo ciò avviene in una situazione diversa in cui il contraente cedente è in grado di valutare quello che sta facendo anche perché normalmente il negozio di cessione del contratto è utilizzato nel mondo dell’impresa.C’è un imprenditore,operatore economico che ha una maggiore consapevolezza di quello che fa laddove invece per la cessione del credito non è detto che sia così.
E’ certamente uno strumento,la cessione del credito che viene utilizzata anche dall’imprenditore però non è detto che sia così.Quindi il legislatore ha immaginato questa diversa regolamentazione del problema.

Quindi ricapitolando i profili esaminati oggi:
1)**Non è vero che la cessione del contratto debba sempre comportare la sostituzione del cessionario al cedente.**Il più delle volte è così,perché è normale che sia così.E’ ovvio che debba essere così sul piano concreto però non è detto che giuridicamente dovrebbe essere per forza così.
Ciò che normalmente accade è che **la cessione del contratto prevede la liberazione del contraente originario cedente “normalmente” però potrebbe darsi che non avvenga così.**Se non fosse possibile immaginare cosa diversa,non avremmo mai una cessione del contratto che determini **una responsabilità cumulativa del cedente e del cessionario nei confronti del ceduto.E’ invece questa responsabilità c’è perché l’art.1408,II c.c esplicitamente si riferisce ad un’ipotesi di questo genere tanto è vero che prevede che il contraente ceduto dovrà chiedere l’adempimento prima al cessionario accollante e poi al cedente accollato.
Questa è l’ipotesi di cui all’art.1408,II comma c.c,ipotesi in cui c’è stata un cessione non sostitutiva che non ha determinato la liberazione del debitore originario;**2)Il più delle volte e perciò questa è l’ipotesi che il legislatore ha disciplinato tipicamente la cessione del credito **è voluta dal cedente come cessione sostitutiva perché il cedente vuole cedere il contratto ma vuole liberarsi dall’obbligo corrispettivo.**Sostanzialmente e normalmente l’operazione viene fatta in questo modo ossia come cessione **sostitutiva cioè cessione contenente un accollo condizionato alla liberazione.**Però il fatto che questa è l’ipotesi più frequente e più normale nella pratica non significa che è l’ipotesi unica.Potrebbe darsi che vi è una cessione del contratto in cui il cedente,contraente originario non si libera nei confronti del ceduto,ma resta insieme al cessionario tenuto all’obbligo nei confronti del contraente ceduto nel qual caso questi dovrà rivolgere **la richiesta di adempimento prima all’assuntore cioè al cessionario e poi al debitore originario accollato cioè il cedente.**
3)Poi abbiamo visto i rapporti tra ceduto e cessionario e abbiamo visto che il contraente ceduto  **può opporre al cessionario tutte le eccezioni fondate sul contratto ceduto perché quelle eccezioni divengono eccezioni che si comunicano al cessionario che subentra nel rapporto obbligatorio sinallagmatico originario e quindi tutte le eccezioni possono essere utilizzate dal ceduto nei confronti del cessionario ed anche dal cessionario verso il ceduto.**Non possono essere utilizzati quei poteri di risoluzione,di annullamento di cui abbiamo già più volte parlato;

4)Le eccezioni che il ceduto può opporre al cessionario sono **le eccezioni fondate su quel rapporto,il rapporto sinallagmatico ceduto e non fondate su altri rapporti** tanto è vero che il legislatore si premura di precisare che il ceduto non può opporre al cessionario l’eccezione **di compensazione che avrebbe potuto opporre al cedente,perché quella è un’eccezione personale e non è un’eccezione che scaturisce dal contratto ceduto.**5)Abbiamo poi precisato per quanto concerne i rapporti tra cedente e cessionario che il cedente è tenuto a garantire **la validità del contratto cioè il nomen verum del credito trasferito ma può anche assumersi la garanzia di solvibilità di questo credito,la garanzia dell’adempimento dell’obbligazione contrattuale il c.d nomen bonum.**In questo caso il cedente risponde come fideiussore dice l’art.1410 c.c ampliando la sua responsabilità rispetto a quella che invece il legislatore riconosce nel caso in cui si trasferisca soltanto il credito per ragioni varie come abbiamo visto.Resta il fatto che il legislatore così per distinguere la cessione del credito sic et simpliciter quella di cui abbiamo parlato come fatto solitario dall’ipotesi in cui si trasferisce un credito ed un debito corrispettivo ma all’interno di un’operazione complessiva che noi chiamiamo cessione del credito perché si cede **l’intero rapporto sinallagmatico che è imputabile al cedente e cioè il credito e il debito corrispettivo che rappresenta il corrispettivo dell’acquisto del credito.**

IL SUBAPPALTO NEL SISTEMA DEL CODICE CIVILE

1.La posizione della dottrina e della giurisprudenza dominanti

Il Subappalto **è disciplinato dall’art.1656 c.c che stabilisce “L’appaltatore non può dare in subappalto l’esecuzione dell’opera o del servizio,se non è stato autorizzato dal committente”.**Innanzitutto che cos è il subappalto?E’ un fenomeno che noi riscontriamo questo della sub contrattazione anche con riferimento ad altre situazioni magari molto più diffuse e molto più facilmente percepibili:per esempio la sublocazione,**il subaffitto** che è ipotesi molto frequente nella pratica in cui **un soggetto che è il conduttore di un immobile perché ha concluso il contratto di locazione con un altro subloca in tutto o in parte il suo appartamento ad un terzo.**Quindi conclude con un terzo un contratto di locazione uguale a quello precedente **in quanto ha ad oggetto il medesimo bene ma in cui egli è a parti invertite non è conduttore ma locatore ed il terzo diventa sub conduttore.**Si tratta di un **operazione triangolare.**Quando può accadere una cosa del genere?Può accadere per tante ragioni.Io ho affittato questo appartamento ma questo appartamento si rileva troppo grande per me,molto costoso.Allora potrei sublocarne una parte oppure devo partire per l’estero perché devo tenere un corso presso l’università di Sidney e però non voglio pagare inutilmente per 1 anno il fitto ma al tempo stesso non voglio nemmeno chiudere il rapporto di locazione e inoltre il mio dante causa non mi consentirebbe lo scioglimento del contratto.
Al ritorno dall’esperienza australiana avrei ancora piacere a dimorare in quell’appartamento,anche perché l’ho arredato a mie spese e non voglio cercare un altro appartamento.Allora cosa posso fare?Lo posso sublocare cioè trovo un’altra persona che mi fornirà un prezzo che sarà maggiore o minore di quello che a mia volta devo pagare al mio dante causa.In questo caso siamo in presenza di una operazione in cui ci sono innanzitutto 2 parti di un contratto ossia le parti originarie del contratto di locazione originario:
-A locatore;
-B conduttore.B conduttore per le ragioni esposte rapidamente prima a sua volta trova un altro soggetto a cui cede il godimento diretto dell’immobile mediante un contratto di locazione che però **è di sublocazione perché è un contratto che s’innesta in un rapporto locativo già esistente perciò si dice di sublocazione in cui il sublocatore è il conduttore del contratto originario ed il terzo è il sub conduttore.**Quindi ci sono 3 protagonisti:
-A è il locatore iniziale;
-B che è il conduttore iniziale;
-poi questo B oltre ad essere conduttore iniziale diventa anche sublocatore;
-C è il sub conduttore.Questa è un’ipotesi,quella della **sublocazione** che è disciplinata dal c.c. in maniera diversa rispetto alla legislazione speciale urbanistica che domina i fitti degli immobili urbani ad uso abitativo per ragioni di tutela sociale,dell’individuo.Vi sono state molte modifiche che si sono succedute nel tempo dall’ultima guerra 1940-1945.Noi ragioniamo prima sulla tutela apprestata dal legislatore del’42 e poi vedremo che cosa succede oggi e perché succede.
Resta il fatto che nel nostro ordinamento esiste una norma che consente questa ipotesi della sublocazione.Si può dire che questa norma ancora oggi disciplina la locazione in maniera più compiuta.

**Art.1594 c.c=**Tale articolo rubricato **“Sublocazione o cessione della locazione”** stabilisce **“Il conduttore,salvo patto contrario,ha la facoltà di sublocare la cosa locatagli,ma non può cedere il contratto senza il consenso del locatore”.**Trattandosi di cosa nuova,c’è questa disciplina dell’art.1594 per cui si può sublocare ma non si può cedere senza il consenso.In realtà è evidente che qui si dice **“non si può cedere senza consenso” nel senso che non si può sostituire senza il consenso nel senso che il negozio di cessione del contratto di locazione può avere un valore tra le parti e il consenso del locatore è requisito relativo all’efficacia del contratto.**Richiamo la vostra attenzione su questa parte di articolo: “Il conduttore,salvo patto contrario,ha la facoltà di sublocare la cosa locatagli”.Quindi questa possibilità di sublocare è riconosciuta esplicitamente dal legislatore del codice con tale articolo.

**Apparente diversità tra i 2 istituti=**Invece quando abbiamo letto l’art.1656 c.c,ci siamo subito resi conto che qui il discorso è un po’ diverso. “L’appaltatore non può dare in subappalto l’esecuzione dell’opera o del servizio,se non è stato autorizzato dal committente”.Quindi **mentre il conduttore lo poteva fare,ha la facoltà qui invece non può** e quindi sembrerebbe(si usa il condizionale per le ragioni che tra poco vedremo) una disciplina diversa del subappalto rispetto alla disciplina della sublocazione.**Mentre la sublocazione si può sempre fare a meno che non sia vietata dalle parti che lo hanno previsto come clausola del contratto “salvo patto contrario” si può sempre sublocare,**per quanto riguarda il subappalto non si può subappaltare mai **a meno che non lo abbia consentito il committente iniziale.**Mentre nel caso della locazione e della sublocazione **il locatore può impedirlo e se non lo impedisce si può effettuare,quindi invece non si può subappaltare e si può solo rimuovere l’ostacolo con il consenso del committente.
Divieto di subappalto negli appalti pubblici=**L’art.1656 disciplina il subappalto che è un’ipotesi assai frequente nella pratica.Anche qui è un’ipotesi che poi il legislatore ha disciplinato per quanto riguarda gli appalti pubblici tanto è vero **che i subappalti** negli appalti pubblici sono vietati (ex art.18 della l.55/90’) perché si è voluto così evitare che si determinassero delle commistioni con la delinquenza comune che in genere s’inserisce negli appalti pubblici tramite i subappalti perché per avere un appalto c’è bisogno di superare una serie di indagini.
Nell’ambito dei contratti pubblici quindi c’è un divieto di subappalto perché il subappalto è uno strumento con cui le cosche mafiose s’inserivano nei lavori pubblici e allora il legislatore ha fatto questa scelta di vietare il subappalto.
Il diritto civile è un diritto privato in cui le parti sono poste sullo stesso piano.
Il subappalto è l’ipotesi del contratto che io committente faccio con l’appaltatore per costruire la villa in campagna e l’appaltatore a sua volta subappalta.Quindi non si è in presenza di appalti pubblici e chi paga è il committente.Non c’entrano i soldi dello Stato ed eventuale presenza di cosche mafiose!

Questo divieto che il legislatore ha posto per gli appalti pubblici ci sarebbe anche per gli appalti privati perché dalla lettura del 1656 c.c sembra così.Leggiamo il suddetto articolo “L’appaltatore non può dare in subappalto l’esecuzione dell’opera o del servizio,se non è stato autorizzato dal committente”.
Quindi ai fini del divieto non possiamo distinguere l’appalto pubblico da quello privato.Sarà per ragioni diverse come è vietato l’appalto pubblico per quelle ragioni viste prima quali evitare infiltrazioni,è vietato anche l’appalto privato perché lo disciplina il 1656 c.c.Quindi abbiamo un sistema della sub contrattazione che è un sistema un po’ curioso perché da una parte la **locazione,la sublocazione tollera la sub contrattazione infatti si può sublocare mentre in riferimento ad altri contratti l’appalto non tollera la sub contrattazione perché il subappalto non funziona.
Regime di invalidità del contratto di subappalto senza autorizzazione del committente=**Questa idea che l’art.1656 c.c contenga un divieto ed è dunque il subappalto sia un contratto **vietato ed in quanto vietato contrario ad una norma di legge,sicchè è nullo o annullabile perché il committente può chiedere l’invalidità.**Siamo sempre nell’ambito dell’invalidità evidentemente.E’ invalido usiamo un termine più generico,non interessa comprendere se è nullo o annullabile.
Non è una cosa di poco conto però perché una cosa è dire che sia nullo,altra cosa è dire che sia annullabile.
Ai fini del discorso da fare però è irrilevante sostenere che è più logico definirlo nullo o annullabile anche perché per Grasso il problema non si pone sul piano dell’invalidità e quindi è inutile soffermarsi su cose che non ci riguardano.
**La giurisprudenza unanime,peggio rispetto a quanto asserito in tema di cessione del contratto sostiene che l’art.1656 c.c pone un divieto,un limite al potere di disposizione dell’appaltatore.Tale limite può essere rimosso soltanto dal committente nel suo interesse e quindi è più logico parlare di annullamento che di nullità** infatti non c’è un interesse pubblico o superiore ed è l’interesse dell’altro soggetto committente.E’ lui che può far rilevare questa invalidità e può far dichiarare il contratto annullabile.

Quindi secondo la dottrina dominante e la giurisprudenza unanime **l’art.1656 va letto come se fosse dentro questo articolo previsto un divieto per cui l’appaltatore non può subappaltare.**
**Opinione di Grasso=**Riflettendo su questo articolo,l’opinione del professore Grasso è molto diversa da quanto detto.Esaminiamo tale articolo e vediamo se ci soddisfa l’opinione della dottrina dominante e della giurisprudenza unanime.
Chiediamoci innanzitutto perché è previsto questo divieto e a tutela di che?La risposta l’abbiamo data **si tutela il committente.
Intuitus personae alla base della prestazione di facere=**E che tipo di tutela si vuole dare al committente?Si dice che qui si sta parlando di un contratto d’appalto in cui **la prestazione dell’appaltatore è una prestazione di fare.**Per le prestazioni di fare esiste **evidentemente il c.d intuitus personae,cioè il committente quando ha concluso il contratto con l’appaltatore,ha tenuto conto delle sue qualità personali.**Noi possiamo sostituire un debitore ad altro senza rispettare questo interesse del committente a verificare le qualità personali del nuovo soggetto?Se esiste questo intuitus personae deve imporre **un divieto a tutela del committente.
Ma perché il contratto di appalto è un contratto intuitus personae?E’ così ogni volta che c’è una prestazione di fare,questo solo fatto che c’è l’obbligazione di fare che scaturisce da un certo contratto,quella obbligazione diventa intuitus personae?**

Esiste il fare infungibile e il fare fungibile.Lo abbiamo detto anche altre volte.Quindi **non è detto che ogni volta che si è in presenza di un’obbligazione di fare,perciò stesso siamo in presenza di un intuitus personae**.
Potremmo trovarci di fronte ad un’obbligazione di fare come in genere è nel caso di appalto in cui il fare **non è caratterizzato dalle qualità del soggetto che fa.**Abbiamo qualche elemento normativo che conforti in questa soluzione?Si è l’art.1674 c.c
**Art.1674 c.c=L’art.1674 c.c rubricato “Morte dell’appaltatore”** stabilisce che **“Il contratto d’appalto non si scioglie per la morte dell’appaltatore,salvo che la considerazione della sua persona sia stata motivo determinante del contratto”.**Allora significa **che non tutti i contratti d’appalto sono caratterizzati dall’intuitus personae** altrimenti questa norma non avrebbe senso.
Questo è il ragionamento.Leggiamo il 1674 c.c e vediamo che il legislatore ha previsto **che la morte dell’appaltatore non è causa di scioglimento del contratto,salvo che le qualità personali non siano stati determinanti ai fini del contratto.**Quindi significa che è un’ipotesi eventuale e non essenziale al contratto di appalto.Allora non possiamo dire che tutti i contratti d’appalto sono caratterizzati dall’intuitus personae e dunque per questa ragione si giustifica l’art.1656 c.c.
Se la ragione del 1656 c.c fosse quella di salvaguardare questa esigenza del committente a controllare chi eseguirà l’opera secondo determinate qualità personali allora non avrebbe dovuto essere scritto così ma il legislatore avrebbe dovuto dire **non si può subappaltare quando il subappalto è intuitus personae perché non può dare per scontato che tutti i subappalti siano intuitus personae visto che il 1674 c.c indica certamente che ci sono:
-contratti d’appalto caratterizzati dalle qualità personali dell’appaltatore;
-contratti d’appalto in cui queste qualità personali non vengono in rilievo.**

**Utilità dell’art.1656 c.c=**Allora questa idea dell’intuitus personae non sembra molto convincente.A che serve questa norma?L’appaltatore è un debitore e quando subappalta trasferisce il suo debito.Nel contratto di subappalto **l’appaltatore diviene sub committente e poi c’è un altro subappaltatore che è il terzo.**Cosa fa il subappaltatore?Il subappaltatore si impegna a fare la stessa opera o servizio che il primo appaltatore poi sub committente doveva nei confronti del committente iniziale.Quindi sostanziale l’appaltatore **trasferisce il debito** e allora si dice **visto che il subappalto dispone di un debito,è naturale che ci vuole il consenso del committente perché non si può sostituire un soggetto ad un altro all’interno di un rapporto obbligatorio nella posizione di debitore.**E’ vero questo?E’ certo per quanto riguarda la sostituzione però non è che per trasferire il debito abbiamo bisogno del consenso del creditore,committente.Sappiamo che non è così.E’ ovvio che il creditore ha interesse a sapere chi sarà il debitore che eseguirà la prestazione nei suoi confronti ma questo interesse normalmente è tutelato in questo modo?E’ tutelato **con quella dichiarazione di adesione all’accollo che caratterizza questi fenomeni di trasferimento del debito.**E’ sufficiente questo altrimenti senza il consenso del contraente committente,il trasferimento **è come se fosse “res inter alios acta”**.Noi sappiamo che si può fare perché abbiamo studiato l’accollo.
Quindi perché qui dovrebbe essere una situazione diversa?Il problema è un altro non è che qui si vuole controllare chi sarà il debitore ma chi eseguirà materialmente l’opera o il servizio perché il codice parla proprio di questo **l’appaltatore non può dare in subappalto l’esecuzione dell’opera o del servizio a norma dell’art.1656 c.c quindi il committente ha diritto di controllare chi sarà l’esecutore materiale dell’opera.**Chiaro che sul piano giuridico si possono effettuare tutti i ragionamenti che si vogliono ma qui la situazione è più delicata perché c’è un’opera da costruire o un servizio da fare,cioè un fatto che deve risultare come prodotto del fare ed il committente è legittimato a controllare perché ha interesse a questo chi eseguirà il fare prima che il fare diventi fatto adempiuto.Il committente vuole controllare l’esecuzione dell’opera e quindi è interessato a sapere chi svolgerà quell’opera,ossia chi la eseguirà(elevare il muro,effettuare impianti idraulici etc.).Ha diritto a controllare tutto questo perché ha interesse a controllare.

**Interesse del committente a controllare l’intuitus personae dell’appaltatore è irrilevante per il diritto=**E’ così?Il committente ha interesse a controllare una cosa del genere,a controllare chi eseguirà materialmente l’opera o il servizio?Ha questo interesse?Questo interesse sussiste sul piano del fatto e seppur lo avesse **sarebbe del tutto irrilevante per il diritto.
Qualifica dell’appaltatore come imprenditore=**Come si fa a fare tale considerazione?Bisogna tenere conto del fatto **che il contratto di appalto è caratterizzato dal fatto che l’appaltatore è un imprenditore perché altrimenti non è un contratto d’appalto ma un contratto d’opera.**Esempio:Se voi chiamate l’idraulico per farvi sostituire il rubinetto di casa vostra,non state concludendo un contratto d’appalto ma un contratto d’opera.L’appalto è un contratto più complicato perché c’è un imprenditore con cui entrate in contatto per un attività un po’ più complessa.L’appaltatore **è sempre un imprenditore e non ci può essere un appaltatore che non sia un imprenditore.**Può essere l’appaltatore:
**-un imprenditore individuale;
-o un imprenditore collettivo,una società ma sempre un imprenditore cioè deve essere uno che esercita un’impresa.**Per l’esercizio dell’impresa,l’imprenditore usa degli strumenti che servono ad esercitare quella particolare impresa.
Nel caso del contratto d’appalto molto spesso,se non quasi sempre questi strumenti non sono soltanto i beni aziendali ossia l’azienda,ma dentro questa azienda ci saranno anche dei contratti di lavoro subordinato che sono quei contratti che vincolano all’imprenditore dei lavoratori che lavorano insieme a lui,se si tratta di piccolo imprenditore oppure che lavorano sotto la sua direzione,se si tratta di un imprenditore più grosso.
Chi esegue materialmente l’opera in questi casi?I lavoratori materialmente compiono l’opera poi naturalmente **la responsabilità è dell’imprenditore perché lui è il debitore e se il fatto non coincide è lui ad essere inadempiente** però il comportamento materiale è fatto da collaboratori dell’imprenditore.
Esempio:Io concludo con l’impresa di costruzioni qualsiasi “Edil Casertana srl” concludo un contratto per far costruire una villa in una zona della campagna casertana oppure farmi restaurare un antico casale della campagna casertana.Allora l’imprenditore di questa attività,che può essere anche un piccolo imprenditore ha come personale un operaio che sarà un rumeno,poi c’è l’imbianchino operaio specializzato,l’idraulico che fa l’impianto idraulico,poi ci sta l’elettricista che fa l’impianto elettrico e magari fa anche l’impianto di video sorveglianza a fini di sicurezza e prevede anche la protezione delle porte dalle infrazioni.
Io concludo il contratto con Gennarino Rossi,titolare dell’impresa di costruzione di cui stiamo parlando e magari l’ho fatto perché altri miei amici hanno svolto la stessa attività ed hanno usufruito dei servizi offerti dal piastrellista e dall’idraulico di Edil Casertana e quindi mi sono fidato del loro giudizio.
Durante il corso dei lavori,l’imprenditore licenzia il precedente piastrellista rumeno e anziché reclutare il figlio assume un altro rumeno che magari in Romania svolgeva la professione di ingegnere.
Allora che è successo?E’ successo che l’imprenditore ha modificato la compagine dei suoi collaboratori e chi eseguirà l’opera non sarà più Don Ciccillo ma Radu.
Io committente se succede una cosa del genere posso intervenire,telefonando il titolare dell’impresa e chiedendogli spiegazioni?Ad esempio posso ritenere che il contratto è nullo,annullabile inefficace perché l’imprenditore ha modificato la compagine aziendale?
Se una cosa del genere,io appaltatore imprenditore cambio i soggetti che concretamente eseguiranno l’opera e il servizio attraverso questo sistema di licenziamento-assunzione,questo lo posso fare ma se invece una cosa di questo genere la faccio tramite subcontratti non lo posso fare più.

Facciamo un altro esempio,così lo vediamo ancora meglio.Io sono un imprenditore e ad un certo momento va in pensione il mio vecchio piastrellista,mestiere non semplice.Io anziché assumerne uno nuovo siccome siamo in fase di crisi ed ho il contratto di appalto con il Prof.Grasso e una volta terminato è possibile che io non assuma altro lavoro per un periodo minimo di 3 anni.Avrei il rischio che il nuovo assunto poi possa subire il licenziamento e la conseguente cassa integrazione.Allora che cosa faccio?I lavori per la rifinitura delle piastrelle in marmo **li subappalto ad una ditta ad hoc.**Lo posso fare?In genere si fà,allora faccio un subappalto non totale ma parziale(il subappalto può essere sia totale che parziale) per cui io commetto questo lavoro ad un’impresa che produce solamente piastrelle.Appena faccio una cosa del genere,arriva il committente e dice: “No,non lo puoi fare perché c’è il 1656 c.c!!”.Se invece la sostituzione l’avessi fatta con il sistema dei contratti avrei potuto farla e il committente non mi avrebbe detto nulla.
Avete capito questo ragionamento?Può essere una cosa logica?Può mai così?E’ chiaro che non è così.
Insomma se davvero esistesse come si dice **da coloro che vogliono vedere il divieto nel 1656 c.c,esistesse questo interesse del committente a vedere chi materialmente eseguirà l’opera,allora questo interesse dovrebbe essere tutelato tutte le volte in cui questo interesse può essere leso e questo interesse può essere leso anche quando l’imprenditore modifica tutta la compagine dei suoi collaboratori.**Subito il giorno dopo aver firmato il contratto di appalto con me,licenzia tutti i dipendenti e ne assume di nuovi perché risparmia sulla manodopera.E allora io che posso fare in questo caso?Non posso sindacare le scelte dell’appaltatore che ha l’obbligo di fornire l’opera finita secondo determinate caratteristiche che saranno accertate dal tuo direttore tecnico dei lavori e vedrà alla fine se il fatto,l’opera che io dovevo costruire è stata costruita a regola d’arte o no.Si usa questa espressione “a regola d’arte o no” sulla base delle specifiche inserite nel contratto.Allora nel contratto sta scritto che l’intonaco deve essere fatto in un certo modo,la pitturazione con pittura particolare.Se non lo faccio o non lo faccio bene sarò inadempiente e mi aggredirai così come succede sempre quando il debitore non adempie correttamente alle sue obbligazioni o compiutamente alle sue prestazioni.
Ma in questa fase che vuoi controllare?Esiste la possibilità che io mi inserisca nei poteri gestori dell’imprenditore affermandogli che sta gestendo male la sua impresa?E invece lo potrei fare,guardate che follia,quando sapessi che l’imprenditore ha dato in subappalto l’opera.
E’ la stessa situazione:Una volta l’imprenditore ha licenziato tutti ma poi ne ha assunto altri,altra volta siccome ha avuto un’altra commessa più importante della mia tutti i dipendenti originari li manda nella nuova impresa effettuando il subappalto per quanto concerne la mia commessa ad un'altra società guidata da suo fratello denominata “Edil Aversana” e non “Edil Casertana”.
Fa una cosa del genere **ed è nullo questo contratto e si perché in questo contratto ho subappaltato e quindi ho modificato chi eseguirà l’opera.Dal punto di vista del risultato è la stessa cosa e dal punto di vista di chi eseguirà l’opera o il servizio sia nell’ipotesi A che B.**Perchè nell’ipotesi A passa tranquillamente,nell’ipotesi B diventa nulla o annullabile cioè invalida.

IL professore Grasso ritiene che ciò sia illogico,irragionevole e non può essere così.Allora una cosa che è irragionevole non mi convince.Avete capito ciò che sto dicendo?
Il problema è **se si può subappaltare senza il consenso e che senso ha il mancato consenso** perché se c’è il consenso,c’è la possibilità di farlo lo dice anche la dottrina attuale.
Il problema è **non c’è il consenso del committente,anzi lo stesso è ignaro totalmente,non si chiede il suo consenso?Che succede senza il consenso,il contratto è nullo o annullabile,è invalido come sembrerebbe dire il 1656 c.c oppure no?**Questo è il punto nell’ipotesi in cui mancasse il consenso.Poi ci sarebbe da chiedersi **questo consenso che natura giuridica ha?**E’ un consenso,nel senso di chiedere un’autorizzazione che serve a rimuovere l’ostacolo?
Allo stato attuale dobbiamo ancora vedere qual è il ruolo di questo consenso,che non sappiamo ancora o meglio lo sappiamo,ma ciò che conosciamo non ci soddisfa perché non convince ed è illogico,irragionevole.
Le ragioni che sono state fornite per spiegare l’esistenza di questo art.1656 c.c non mi sembrano ragioni convincenti.
**Non è vero che il committente ha interesse a controllare chi materialmente eseguirà l’opera o il servizio.Il committente ha interesse a verificare al momento dell’adempimento se l’adempimento è stato compiutamente e correttamente eseguito come sempre.
Interesse del committente a controllare chi personalmente eseguirà l’opera non è tutelato giuridicamente(Opinione di Grasso)=**Il professore Grasso afferma che **il legislatore non ci consente di dire che questo interesse sia tutelato giuridicamente se anche esistesse in via di fatto.**Perché se dicessimo che è l’art.1656 c.c che tutela giuridicamente questo interesse allora,ci si chiede cosa accade quando l’appaltatore anziché subappaltare raggiunge lo stesso risultato concreto attraverso altri strumenti giuridici e non un subappalto ma licenzia ed assume altri dipendenti.Insomma l’esigenza nasce anche qui.Sorge quella medesima esigenza di quell’interesse che è stato rilevato anche in questa ipotesi e però che tutela c’è?Come è possibile che un’interesse una volta viene tutelato ed altra volta non viene tutelato.Se non c’è una spiegazione a questo noi ci troviamo di fronte ad un salto logico che non funziona e non può andare avanti così.

Quando c’è una diversità a questa diversità deve corrispondere una situazione diversa.Vi ricordate quando abbiamo parlato del potere dell’espromittente di impedire la sua liberazione?Abbiamo detto che una volta che questo potere c’è l’ha,altra volta non c’è l’ha perché esiste una norma sulla remissione del debito (art.1236 c.c) e quella sull’adempimento del terzo (art.1180 c.c) che disciplinano in maniera diversa situazioni diverse.
Come è possibile che in questo caso invece noi valutiamo e discipliniamo una situazione art 1656 c.c prevedendo addirittura una sanzione grave come è l’invalidità forse la nullità,quando la medesima situazione si può verificare in tante altre occasioni e questa situazione non viene assolutamente disciplinata.L’interesse del committente in queste situazioni diverse non viene preso in considerazione.Allora significa che non è vero che l’art.1656 c.c ha quella ratio.

**Soluzione al problema=**In realtà la soluzione si può trovare soltanto **rendendosi conto che l’art.1656 c.c non prevede né una nullità né una invalidità ma prevede soltanto un’inefficacia nei confronti del committente se non c’è il consenso,se non c’è stata la sua dichiarazione,la sua adesione a questo trasferimento di debito che diventa evidentemente efficace nei suoi confronti come succede sostanzialmente con la cessione del contratto a cui il subappalto somiglia.**Non è la stessa cosa ma somiglia.
L’appaltatore,come sappiamo potrebbe cedere il contratto e cede quindi:
-il suo credito al prezzo;
-cede,trasferisce il suo obbligo di costruire.
Nel caso di cessione del contratto nella nostra prospettazione,si sarebbe **in presenza di un contratto nullo senza il consenso del ceduto?**Lo abbiamo vista prima è inefficace.
**Differenza tra cessione del contratto e subappalto=**Allora perché se noi anziché fare la cessione del contratto,facessimo una cosa minore perché il subappalto è meno della cessione del contratto nel senso che nel caso di cessione del contratto si dice che si cede tutto,qui **non si cede tutto ma si trasferisce solo il debito** **perché il credito continua ad essere in capo all’appaltatore che diventa sub committente.**Questi non cede il credito e anzi si fa il subappalto quando non si vuole cedere questo credito.Il credito resta in capo a me,ma trasferisco il debito perché sfrutto il fatto che altro si assumerà questo debito pagandolo di meno e quindi io lucro la differenza tra quello che prendo dal subappaltatore e quello che otterrò dal committente.Questa è l’operazione economica che si fà.
Per quanto riguarda il contenuto debitorio della prestazione,si trasferisce da sé a un altro.Se questo avviene in una cessione del contratto si può fare,mentre nel caso di subappalto no.Perchè?

Si fa un altro esempio lasciando stare il subappalto e la cessione del contratto.Si faccia l’ipotesi che ci si trovi di fronte ad un contratto di appalto in cui l’appaltatore è titolare di questo debito,prestazione di fare.
Può trasferire questo debito con un altro contratto in cui vende magari il suo appartamento di Mezzocannone e se lo fa pagare questo appartamento attraverso l’accollo del debito che egli ha nei confronti del committente a seguito del contratto di appalto?Si può fare un contratto di questo genere?Certamente sì.
Non bisogna pensare alla cessione del contratto e al subappalto in cui il subappaltatore cede parte della sua prestazione.Pensiamo all’ipotesi di Tizio e Caio hanno concluso un contratto di appalto e l’appaltatore diviene debitore e creditore.L’appaltatore può cedere il suo credito?Si tramite cessione del credito.L’appaltatore può trasferire il suo debito?Si lo può trasferire facendoselo accollare all’interno di una più ampia operazione economica in quell’accollo rappresenta il prezzo di un’altra cosa.Per esempio io appaltatore sono titolare di un appartamento a Napoli e voglio cedere questo appartamento e voglio liberarmi dal peso del debito che ho nei confronti del mio committente e dico ad un’altra impresa sita a Napoli di comprare questo appartamento che vale x lire,ma non mi darai la somma e mi pagherai l’appartamento tramite l’assunzione dell’obbligo che ho nei confronti del committente.A questo punto abbiamo fatto un normale contratto di compravendita in cui è inserito un accollo che non è accollo di un mutuo.Non è detto che nella compravendita ci debba essere sempre l’esempio di un accollo di mutuo e ci potrebbe essere un contratto diverso dalla compravendita o una compravendita in cui l’accollo e cioè il prezzo della compravendita non è accollo del mutuo ma accollo di altro debito per esempio un debito scaturente da contratto di appalto.
Io faccio una cosa del genere e che può fare il committente?Può aderire o non aderire e se non aderisce la cessione è inefficace nei suoi confronti.
Anche senza aderisce,il trasferimento del debito avviene comunque nei rapporti interni.

E’ una nullità,quella di cui all’art.1656 c.c che viene affermata senza fare queste riflessioni che sono banalissime.Però se si è studiati bene l’accollo,la cessione del contratto queste riflessioni si possono fare.Se si prende da solo l’art.1656 c.c senza conoscere lo scibile umano si continuano a dire banalità ossia **che il subappalto è vietato.**Ma perché se io faccio un contratto di compravendita e mi faccio pagare il castello che vendo in Normandia con l’assunzione del debito che ho verso il committente consistente in una costruzione oppure devo fare un servizio di pulizia,l’obbligo che ho è quello di fare la pulizia nella casa sua.Ci mando i pulitori 2 volte al giorno.Io questo obbligo lo trasferisco e chi compra questo castello in Normandia,poi si accollerà questo obbligo relativo alle pulizie come corrispettivo.Un contratto di questo genere è un contratto di subappalto?No,è un contratto di compravendita in cui c’è il trasferimento di un debito scaturito da un contratto di appalto.Posso impedire io come committente il trasferimento di questo debito e l’unica cosa che posso fare **è non aderirvi restando inefficace nei miei confronti.**Però l’accollo si converte in accollo interno quindi è tenuto a fare delle cose nei miei confronti venendo in luogo di altri operai senza neanche accorgersene.
**Grasso ritiene folle quello di affrontare il tema del subappalto in maniera così rigida per cui siccome nel subappalto è il subappaltatore ad eseguire l’opera piuttosto che l’appaltatore iniziale che diventa sub committente.**Siccome succede questo bisogna tutelare il committente.Ma questa cosa può succedere 1 milione di altre volte e applicando le norme generali di diritto civile in tema di trasferimento del debito non c’è mai nessuna ipotesi in cui il committente ha uno strumento per impedire questa cosa perché dovrebbe accadere solamente in caso di subappalto.Qual è la logica?Una logica non c’è e questa cosa si continuerà a dire per i prossimi 20 anni,quando questa cosa verrà cassata.Allo stato attuale è così.

**Nella prospettiva di Grasso,la situazione è diversa.Il mancato consenso del committente determina soltanto l’inefficacia verso il committente di quel trasferimento,di quel subappalto ma nulla più e non c’è la nullità o l’invalidità del subappalto.**

Lezione 18 novembre

Riprendiamo il discorso. Stiamo parlando del SUBAPPALTO:
Il nostro ragionamento prende le mosse dalla lettura dell’art 1656 che disciplina il sub appalto.
Dal testo di questa norma ci rendiamo conto che vi è una evidente diversità tra la disciplina del subappalto e la disciplina di un altre ipotesi subcontrattuali, che pure è dettata in altra parte del codice , in particolare la disciplina prevista per la sub locazione 1594.
Perché nel caso del 1594 si dice che il sub il conduttore puo' sublocare il suo immobile senza il consenso,
nel caso di subappalto si dice che il subappaltatore non puo’ subappaltare senza il consenso del committente.
In realtà secondo la visione tradizionale e la piu’ diffusa in dottrina, questa diversità di disciplina è certa, perché da una parte è posto un divieto 1656, dall'altra invece vi è una positività 1954.
E perché ci sarebbe questo divieto (1954)? Perché si dice che “il committente deve controllare le qualità personali dell’appaltatore, giacchè il contratto di appalto è un contratto che ha per ogg una obbligazione di fare, che è caratterizzato dal cd intuitu personae (cosa che non accade nel caso della sub locazione).
Al prof pare che questa soluzione sia molto discutibile, perché la tesi avversaria presuppone che ogni subappalto sia caratterizzato dall'intuitu personae , cosa che non è , perché basta leggere la norma in tema di morte dell'appaltatore (1674) se non erro, in cui si dice che la morte dell'appaltatore non scioglie il contratto dell'appalto, salvo che le qualità personali dell'appaltatore siano stati determinanti nella conclusione del contratto, salvo che l'appalto sia stato caratterizzato dall'intuitu persone ,quindi è lo stesso legislatore che si riferisce una volta ad appalti caratterizzati daintuitu personae , una volta ad appalti non caratterizzati da intuitu personae.
Allora se è cosi' , la spiegazione che viene data dal 1656 se è così non regge ;
allora l'affermazione corrente viene corretta nel modo seguente: si dice che in realtà il committente ha interesse (percio’ è previsto questo limite al potere di subappaltare) a controllare chi eseguirà la prestazione nei suoi confronti.
Questa affermazione è molto generica e detta cosi ’è anche sbagliata, perché è ovvio che il creditore ha interesse a controllare chi svolgerà l'esecuzione della prestazione nei suoi confronti ,
ma questo interesse non viene mai tutelato, in tutte le altre ipotesi in cui si possono verificare situazioni di questo genere, con la nullità o la annullabilità del contratto che determina la sostituzione dal lato passivo del rapporto giuridico;
Si dice allora che in realtà visto il divieto di cui all’art 1656, il legislatore intende tutelare gli interessi del committente a controllare chi eseguirà materialmente l’opera,ed è questa l'affermazione più diffusa , che è stata sostenuta da un autorevole autore: il prof Domenico Rubino (che ha insegnato anche in questa facoltà, negli anni 50, anni 60; uno dei più grandi giuristi del 900 che ha scritto un libro che ancora oggi è un punto di riferimento in tema di appalto. Libro che con modifiche è stato attualizzato, per quanto riguarda le note, da un altro autore piu’ recente: il professore Iudica( della Bocconi di Milano). Questo significa che è un libro ancora di riferimento nell'ambito dell'appalto (stiamo parlando dell’appalto di diritto privato ) ).
Rubino , per quanto riguarda il subappalto sostiene che il divieto di subappaltare è un divieto posto a tutela del committente, che serve a tutelare l'interesse del committente e a verificare chi eseguirà materialmente l’opera o il servizio .
Sara pure' l’autorevolezza dell’autore che ha sostenuto questa tesi, fatto sta che dagli anni 50 in poi è questo il senso che si da all'art 1656. Sembra un blocco politico che non può essere scalfito da niente e da nessuno: Il sub appalto è un contratto vietato , si discute se risulta annullabile , certamente è nullo e invalido. E’ una invalidità imposta nell’interesse del committente!
Questo interesse del committente è a controllare chi eseguirà materialmente l’opera!
Questo è quello che si dice in giurisprudenza!

Il prof con tutto il rispetto per Rubino, non condivide questa sua impostazione ;
al prof gli sembra sbagliata perché, se fosse vero che esiste un interesse tutelato dall'ordinamento a che il committente controlli l'interesse a opere e servizi , questo interesse dovrebbe essere tutelato in tante altre occasioni in cui si verifica la modificazione del sogg che materialmente esegue. Cose che si puo’ verificare con tante modalità. Ieri ne abbiamo visto un’ipotesi evidente.
Facciamo l'es : nella maggior parte delle gare d’appalto l’impresa appaltatrice si articola in maniera complessa (ci sono dipendenti), allora l’imprenditore non esegue personalmente la prestazione e anche se lavorasse avrebbe anche altri collaboratori!
Questi collaboratori possono essere sostituti dall'imprenditore? Si; l’imprenditore è il capo dell'impresa e' lui il responsabile dell’impresa, è lui che organizza i fattori della produzione e quindi i beni e le persone che esercitano nell’impresa , e di conseguenza l’imprenditore puo’ modificare totalmente la sua squadra di collaboratori, licenziando e assumendo altri.
-Se l’operazione di modificazione delle persone che eseguiranno l'opera viene fatta attraverso il licenziamento e l’assunzione si puo’ fare!
-Se invece questa sostituzione si fa conferendo magari in subappalto , magari una parte, un settore, questa cosa è talmente contraria all’interesse del committente che viene tutelato il committente da una invalidità del contratto. Non da una inefficacia del contratto nei suo confronti! Ma addirittura dalla invalidità !
Il contratto è annullabile! Secondo alcuni è addirittura nullo!
Sarebbe nullo perché sarebbe contrario al divieto posto dalla legge a tutela di un soggetto e quindi la nullità è relativa. (assoluta significa che possa essere esercitata da chiunque vi abbia interesse; nella nullità relativa in cui la nullità è posta solo nell’interesse di un sogg e solo qst sogg puo’ eccepire la nullità, perchè la nullità tutela solo un suo interesse, quindi non un interesse di ordine generale , ma un interesse singolo, la puo' far vale solo il committente , perchè la nullità relativa protegge il committente) .
La piu' grave sanzione è la nullità e non si prescrive mai la nullità;
se fosse annullabile il negozio si potrebbe prescrivere.
Non approfondiamo il tema di nullità e annullabilità.
Parliamo di invalidità (concetto di ordine generale,che contiene in se si la nullità che l'annullamento).

Ma come è possibile che si ha interesse a controllare?
E allora? Allora è chiaro che il discorso non puo’ essere questo!
Non si puo’ sostenere che il consenso del committente è un consenso che serve a eliminare un divieto, a superare un limite! Evidentemente deve avere un’altra funzione!
Se non serve a togliere questo divieto, quale funzione puo’ avere?
Qualche cenno l'ho fatto già ieri. Quando io legislatore parlo di consenso perché chiedo che il committente acconsenta ? perché deve produrre un effetto nella sua sfera giuridica.
Allora o il consenso serve a porre un divieto o a a rendere possibile un effetto che deve riguardare anche il committente.
Ora tra gli effetti del subappalto qual è l’effetto che ci puo’ interessare? Qual'è l'effetto in rilievo?
Che fa l'appaltatore quando subappalta?
Io sono l’appaltatore, ho preso questa commessa, dopo aver concluso il contratto d’appalto, mi arriva un’altra commessa; ma io ho un’impresa piccola, non posso fare tutto insieme, ma non voglio rinunciare alla prima commessa ,perché sono riuscita a imporre al committente un prezzo buono, ho fatto un affare!
Io ho la possibilità di coinvolgere in questa vicenda un altro imprenditore che non ha avuto commesse e pur di lavorare lui mi fa la stessa opera alla metà del prezzo , per me quindi è un’operazione magnifica fare il subappalto perchè concludo con l'altro il contratto di subappalto! Senza fare niente guadagno! E’ un’operazione notevole dal punto di vista economico!
Ora per ottenere questo risultato, cosa fa l’appaltatore ? Conclude un contratto di appalto che ha come oggetto la stessa opera che egli doveva concludere, sicche’ il terzo subappaltatore si trova a fare la stessa cosa che avrebbe fatto il secondo nei confronti del primo. Quindi cosa si verifica sul piano sostanziale in questo contratto? Il trasferimento del servizio economico.
Io appaltatore sub committente B (appaltatore rispetto ad A e sub committente rispetto a C),
lucro quel diverso prezzo dell’appalto che sono riuscito a sfruttare;
resta il fatto pero’ che io ho trasferito il peso economico da me ad A, perchè quando l'altro si obbliga a fare la stessa opera o servizio che devo fare io , c'è un trasferimento non in senso proprio del debito ma un trasferimento del contenuto dell'obbligo.
Quindi il fenomeno del subappalto è sicuramente caratterizzato da questo dato materiale , economico ,del trasferimento del peso economico del debito .
Il debito si trasferisce da qui a li.
RIP : Facciamo l’ipotesi che devo costruire l’intero edificio.
Il subappaltatore ha preso questo impegno nei confronti del sub committente.
Ha preso l’impegno di effettuare quella costruzione verso di lui, quindi si è obbligato verso di lui a fare la stessa cosa che lui avrebbe dovuto fare.
Nella sostanza è successo che il peso , il contenuto economico , sostanziale di questo debito, di fatto B lo ha trasferito.

Allora se rispetto a questo contratto, che produce questo effetto, il legislatore prevede che c’è bisogno del consenso del committente , a che serve questo consenso?
Quindi questo consenso non puo’ che riguardare l’ipotesi del trasferimento del debito!!!
Dunque è consenso al trasferimento del debito! Non c'è altra strada!

Rip: il consenso
-o serve a rimuovere un limite al potere contrattuale dell'appaltatore ,
-o serve a superare un divieto (e pero’ poi devo spiegare perché è previsto questo divieto e non riesco a spiegarlo)
-o se non è cosi’ (e secondo il prof non è cosi, perché non riescono a spiegare questo divieto :) )
il consenso non puo’ che riguardare un fenomeno di trasferimento del debito.
Non c’è altra strada!

Quindi già da questa notazione che faccio , risulta che il consenso è qualcosa che attiene al piano dell'efficacia.
Perché tutto cio’ che attiene al controllo del trasferimento del debito riguarda solo l’efficacia esterna verso colui che esprime il “consenso” (consenso autorizzativo, è una sorta di autorizzazione in senso ampio, per rendere possibile l'attività che produrrà nella nostra sfera giuridica) Sostanzialmente equivale a un requisito di efficacia esterna.
Insomma si è in qualche modo obbligati ad avviarsi su questa strada! Non c'è sceta!Una terza via non c’è!
O abbracciando la tesi tradizionale (ribadita anche dalla giurisprudenza piu’ recente ) riteniamo che l’art1676preveda un diritto, un limite al potere di contrattare dell' appaltatore, l'appaltatore puo’ fare tutto ! Quindi ha un limite il suo potere! Questo limite viene rimosso con il consenso , ma per dire questo dobbiamo dire che quel limite serve a tutelare il committente!
Noi dobbiamo riusciamo a dare una spiegazione ragionevole e fondata, coerente e condivisibile a quella domanda!
Il 1656 sorregge un divieto che serve a tutelare il committente!
Pero’ se qualcuno di noi chiede : qual è il benservito? Qual è l'interesse del committente? Uno risp : Il committente ha interesse a che non si faccia il sub appaltato! Ma questa non è una risposta, tu mi devi dire il perché non ha interesse a fare il subappalto. E le spiegazioni date non sono credibili!!!
E tali spiegazioni sono ancora meno credibili se ci rendiamo conto che l'appaltatore può disporre del suo debito anche senza il sub appalto, allora noi diciamo che nel 1656 vi è un principio di ordine generale per cui si puo’ desumere una regola per cui nel caso di un appalto l'appaltatore non può disporre mai del suo debito oppure comunque la tesi avversaria comunque fa acqua da tutte le parti!
Non so se è chiaro questo concetto!
 Cioè se io appaltatore in quanto titolare del debito
ne posso disporre , come qualsiasi altro contraente ne puo’ disporre del credito o del debito nato dal contratto ,
e ne posso disporre anche inserendo in un altro contratto di un altro tipo legale ( l’accollo di quel debito) (scaturito dal contratto di affitto ) e ne rispondo secondo le regole generali di cui conosciamo , se lo posso fare perchè non lo devo fare!?
 Basta questa osservazione! Lasciamo stare quello che abbiamo detto poco fa circa l’inconsistenza di una tesi che vuole riconoscere l'esistenza di un limite o di un divieto a tutela di un interesse di cui non si riesce a capire il senso, il contenuto!
Ma a parte questo ragionamento , io ve ne faccio anche un altro ancora più a monte e dico: ma dal contratto di appalto scaturisce un credito o un debito? Si. L'appaltatore in quanto titolare del credito può disporre del suo debito mediante lo strumento dell'accollo ? Inserito in un altro contratto ?si
Se io dispongo del debito mediante il sub appalto va bene! Se dispongo del debito con un contratto magari di compravendita e inserisco il trasferimento del debito come prezzo della vendita un appartamento , non si puo fare! E Perchè' ? Perchè C'è IL 1656? e' impensabile! Dal 1956 dovremmo dedurre l'esistenza di un principio di ordine generale che impedisce in tutte le ipotesi di appalto che l' appaltatore possono disporre del suo credito! Ahah. Ma c’è qualcuno che ha il coraggio di dire una cosa del genere!? Se qualcuno lo dice fa una sciocchezza!

Leggendo il 1656 ho capito che c'era qualcosa che non andava; mi sono chiesto: perchè questo divieto?
Ma una risp seria non l 'ho ancora sentita.

Allora io dico: se l'appaltatore in quanto contraente di un qualsiasi contratto (del contratto di appalto) e quindi in quanto titolare del diritto e del'obbligo a costruire , può disporre di questo diritto autonomamente e può disporre anche dell'obbligo autonomamente! Puo' cedere il contratto! Pero' qui entriamo nel discorso se la scissione del contratto richiede il consenso come elemento di validità! E io non voglio entrare sul piano della cessione del contratto!
Ma come è possibile che uno puo' fare una cessione del contratto e non posso fare un subappalto?! :)
Pero' qualcuno potrebbe dire: tu fai questa osservazione perchè sei uno dei pochissimi in Italia che pensi che la cessione del contratto non preveda il consenso del contraente ceduto come titolo di efficacia !
Allora per evitare io non voglio parlare della cessione del contratto!
Sarebbe un argomento non sicuro sul piano della discussione, perchè si potrebbe dire che l'idea chela cessione del contratto non preveda il consenso del contraente ceduto come titolo di efficacia è una idea solo tua!
Allora io dico: non parlaimo della cessione del contratto visto che non mi conviene!!! Allora parliamo delle cose certe, la cosa certa è che l'appaltatore è titolare di un credito e di un debito. Puo' cedere questo credito? Puo' fare la cessione del credito ? Si.
Io ho un debito nei confronti del committente , gli devo dare 1 milione di euro. Se trovo qualcuno disposto a comprarsi questo debito io glielo vendo! Posso fare la successione.
Posso disporre del debito da solo? Come puo' fare qualsiasi debitore? Oppure il debitore appaltatore è sfigato? Puo' disporre anche lui del suo debito! (Alcuni direbbero che non lo puo' fare perchè c'è il 1956) :)
Può disporre del debito . E ne puo' disporre attraverso l'accordo , come clausola o convenzione inserita in un contratto di tipo diverso, per cui l'appaltatore vende qualcosa di suo e si libera del peso del debito mediante l'accollo che funziona in quel contratto di compravendita come prezzo del debito! Se puo' fare questo, io mi chiedo: perchè non puo' fare il subappalto? :)
\_\_\_
Ci siamo? Abbiamo un punto che è importante , decisivo . Però C'è una difficoltà enorme, che sorge proprio a questo punto . Voi sapete che quando c'è il trasferimento del debito in senso giuridico,
si trasferisce quel rapporto di debito!
Qui invece questo trasferimento del debito cui stiamo parlando , non è necessariamente trasferimento del debito in senso giuridico! Perchè noi ci potremmo trovare, per esempio, di fronte a un sub appalto in cui il sub appaltatore non sa nemmeno di essere sub appaltatore, cioè non sa che esiste un contratto di appalto!
Non è detto che nel contratto di sub appalto si debba richiamare il contratto di appalto! Sia ben chiaro: la maggior parte delle volte c'è , ma potrebbe non esserci!
Insomma, tutte le volte in cui nel contratto di appalto non viene in evidenza il committente iniziale 8che magari è il proprietario della casa su cui stiamo facendo opere di abbellimento), chi ci dice che il committente è un sub committente e non è il committente, chi ci dice che il committente sia un appaltatore subcommittente? Nessuno
Ci troviamo di fronte a ipotesi in cui la natura sub contrattuale rileva successivamente , non nel momento in cui si è costituito il contratto!
Allora come facciamo noi a dire che con il sub appalto siamo in presenza di un fenomeno di trasferimento?
Il trasferimento del debito comporta che le parti volontariamente , e quindi riferendosi ad un esistente rapporto, abbia voluto trasferire!
Qui non è detto che sia così (il piu' delle volte è cosi') , ci potrebbe essere il committente o meno!
E tuttavia quel fenomeno sostanziale si verifica sempre! Perchè è un dato giuridico, che deriva dal fatto che il subappaltatore porrà in essere l'attività e coincide perfettamente con l'attività che avrebbe posto in essere
quindi sul piano del contenuto economico certamente c'è questo trasferimento del credito,ma non è detto che questo trasferimento del credito corrisponda anche il trasferimento del debito in quanto tale , perchè si potrebbe non citare il preesistente rapporto obbligatorio nel contratto di subappalto , almeno inizialmente! E questo è un problema, perchè allora anche se il fenomeno del subappalto , cioè il fenomeno sub contrattuale che riguarda l'appalto, è un fenomeno che fa venire in rilievo un trasferimento del peso economico del debito, non è detto che a questo trasferimento del peso economico coincida anche necessariamente la volontà di trasferire l'obbligo in quanto tale, perchè si potrebbe non citare il preesiste rapporto obbligatorio!
Es: il contratto di appalto riguarda la costruzione di sedie;
io sono proprietario di un teatro e concludo un contratto con un impresa che costruisce sedie;
l'appaltatore a sua volta va da un altro e cede questo contratto di costruire.
Non deve necessariamente dire : guarda siccome io ho avuto un contratto di appalto con tizio e quindi sono tenuto a costruire nei suoi confronti, trasferisco a te l'onere di costruire con un altro contratto di appalto! , Non deve dire questo !

Fa un altro contatto di appalto in cui conviene con questa altra impresa che costruisce le sedie la medesima commessa che ha lo stesso contenuto ; qui c'è una coincidenza oggettiva, materiale , ma non giuridica!
Si può fare un contratto di questo genere perchè io non devono necessariamente dire : siccome io devo consegnare 1000 poltroncine e non ce la faccio , ti do l'incarico per me di farne 500.
E' è chiaro che tutte le volte il contratto sarà così ,allora se è così non c'è alcun dubbio, c'è anche la volontà dell'accollo volontario!
L'accollo comporta la volontà di far proprio il peso economico e giuridico e affinchè si ha la volontà di far proprio il peso bisogna conoscere quel debito con chi lo si ha, bisogna sapere che la parte che si assume corrisponde al contenuto di un obbligo preesistente. Se non si sanno queste informazioni non c'è l'accollo!
Questo è il problema di difficile risolauzione.
Vi ripeto sono casi che non esauriscono la subcontrattazione , sono casi marginali , che però devono essere esaminati!
Il più delle volte l'appaltatore sub committente dichiarerà di essere appaltatore e dice: rispetto a quel contratto vi passo lo stesso appalto e vi obbligo a fare nei miei confronti la stessa cosa che io mi ero impegnato a fare nei confronti dell'altro; allora qui c'è la volontarietà di questa vicenda traslativa !
ma nelle altre ipotesi, che sono pure ipotizzabili, noi ci possiamo trovare di fronte a un dato di fatto che non corrisponde a una volontà traslativa del debito originario!
Io ho voluto soltanto costruire 1000 sedie con quelle caratteristiche, questo è quello che ho voluto! Non è che ho voluto assumermi i debiti!
Dal punto di vista della volontà c'è l'assunzione del debito. Allora in che senso noi parliamo di trasferimento? Possiamo ancora parlare di trasferimento?
Di fronte a questa ipotesi, non dobbiamo parlare di accollo volontario, perchè ci sia l'accollo volontario c'è bisogno della volontà di assumersi l'obbligo originario ! Può anche individuarsi un accollo volontario implicito , riferendoti a un preesistente rapporto di valuta che scaturisce da un preesistente contratto di appalto! Possiamo immaginare che la volontà ci sia e che sia implicita !
Ma se la volontà non c'è proprio, il discorso è diverso!
Tuttavia , anche in questi casi in cui non c'è la volontà, noi un risultato economico tra sub appaltatore e sub committente lo individuiamo sempre, perchè tra queste parti, l'adempimento dell'obbligo da parte del subappaltatore equivale a fornirgli i mezzi per eseguire la obbligazione preesistente .
Quindi nei rapporti interni il contenuto di questo contratto comunque è assimilabile al contenuto di un accollo interno.
Io di fatto mi obbligo a darti le poltroncine con quelle caratteristiche e di fatto, anche se non lo so, è come se mi fossi obbligato a costruire le 100 poltroncine che tu a tua volta devi! Io non lo so tutto questo, ma di fatto , sul piano materiale c'è coincidenza , il contenuto dell'accollo interno c'è (sul piano materiale!)
Ma a noi non interessa il piano materiale, dobbiamo andare al mondo del diritto! Dobbiamo fare un'osservazione che ricaviamo dall'art. 1656 dichiara: qualsiasi sia il tipo di subappalto , il committente può consentire o non consentire , quindi ci può essere il consenso del committente (anche in questa ipotesi di subappalto), una volta che il committente sia venuto a conoscenza!
Allora che cosa fa transitare questo contenuto materiale sul piano del diritto? La possibilità in ogni caso è riconosciuta al committente di appropriarsi di quel risultato.
Che significa questo ? Significa che il committente, può consentire ; cioè si appropria di quel risultato .
In che senso? Nel senso che quel risultato rilevante giuridicamente ed efficace nei suoi confronti .
Come avviene questa modifica? Il far transitare un dato materiale da qui a lì ?
È il legislatore che lo consente , è il legislatore che vuole che in ogni caso , se una certa operazione è stata fatta e questa operazione consiste nel subappaltare e quindi nel costituire in capo al subappaltatore il debito il cui contenuto equivale a 1000 sedie,

di fronte a questo il committente ha il potere di appropriarsi di questo risultato e cioè di renderlo rilevante ;
è il legislatore che ha fatto questo prescindendo dalla volontà !
Per cui in questo caso noi possiamo individuare un accollo che pero' non è un accollo volontario, ma è un accollo legale. Questa è l'ipotesi che viene individuata in tanti altri casi nell'ambito del diritto civile.
Noi fino ad oggi abbiamo sempre parlato dell'accollo volontario, che è quello accollo in cui l'accollante e l'accollato convengono tra di loro il peso economico e giuridico del debito che l'accollato ha nei confronti dell'imprenditore accollato.
Ma insieme a questa ipotesi ci sono altre ipotesi che vengono chiamate di accollo ex lege o accollo legale in cui si prescinde dalla volontà delle parti , in cui si produce l'effetto dell'accollo per il solo fatto che si determinano certe circostanze; una di queste ipotesi potrebbe essere questa , in cui il legislatore consente al committente attraverso quella dichiarazione di volontà di appropriarsi degli effetti.
E perchè può essere consentivo l'accollo? Perchè l'efficacia giuridica ed esterna di questo accollo di fatto, non è contraria alla volontà delle parti che hanno voluto il sub appalto , anzi asseconda la loro intenzione , perchè noi non potremo immaginare che la legge coarta la volontà , la legge la asseconda ! Perchè non contrasta con le intenzioni delle parti del subappalto , il fatto che quel contenuto del loro accorto rende efficace e giuridicamente rilevante verso il committente, perchè il fatto che sia efficace verso il committente rende ancora più facile l'attuazione del contenuto dell'operazione, che nella sostanza è quello di fornire all'appaltatore sub committente i mezzi per eseguire la prestazione del committente iniziale!
Quindi non è uno scandalo , non è una cosa impossibile individuare una cosa del genere!
Quindi quando il subappalto non contiene un accollo magari implicito, tacito, ma volontario , comunque si applicano le stesse regole per cui il committente potrà sempre acconsentire o non consentire; ma se acconsente , evidentemente il legislatore gli ha dato il potere di appropriarsi di questo risultato indipendentemente dal fatto che le parti lo abbiano voluto con rilevanza giuridica esterna! perchè quello che conta è che di fatto le parti hanno voluto rendere quel risultato efficace e giuridicamente rilevante presso il committente iniziale, è un modo per renderlo più attuabile , per assecondarne le intenzioni.
Sicchè il fenomeno del sub appalto è un fenomeno che si spiega all'interno di questa logica del trasferimento della posizione dell'immobile , anche quando il trasferimento della posizione dell'immobile non sarebbe da parlare in senso proprio! perchè ci troviamo di fronte a un' ipotesi contrattuale, in cui le parti del subappalto non hanno fatto esplicito riferimento all'appalto in se.
Anche qui infatti c'è il trasferimento ma del contenuto materiale dell'obbligo; e questo trasferimento del contenuto materiale dell'obbligo può dar luogo a un risultato rilevante ed efficace all'esterno, anche prescindendo dalla volontà delle parti, perchè il consenso che in linea astratta e generale è consentito al committente iniziale di esprimere , in questi casi non puo' che servire ad appropriarsi del risultato!
Ci dobbiamo chiedere: perchè gli è dato questo potere al committente iniziale? Vedete che il subappalto è un operazione in cui la parte del contratto di appalto, cioè l'appaltatore, utilizza il contratto di appalto servendosi della commessa ricevuta originariamente; ha così nel possibile utilizzazione plurima di questa commessa ( appunto perchè è stata conveniente per lui) ;
Questo potere è anche del committente ? No solo dell'appaltatore , perchè è l'appaltatore che ha ricevuto la commessa di poter utilizzare le potenzialità , e allora al committente il legislatore gli dà un contentino , qual è? Qualsiasi cosa accada tu comunque ti puoi appropriare di quel risultato , perchè potrai agire nei confronti del sub appaltatore , che sarà tenuto nei tuoi confronti anche all'azione di responsabilità.
Questo è un rafforzamento della posizione del committente!
Come si giustifica? E' una cosa che si giustifica sul piano dell'equilibrio degli interessi ,perchè se è vero che l'appaltatore può ,utilizzando le potenzialità della commessa , sfruttare la posizione contrattuale
il committente (che questo potere non ce l'ha perchè non è lui il titolare della commessa )

 che però ha partecipato alla operazione che ha conferito quella commessa, che tu appaltatore adesso stai utilizzando, per lo meno riceverai un vantaggio, rappresentato dal fatto che potrà comunque appropriarsi dell'operazione fatta dall'appaltatore sub committente quando subappalta e quindi trasferisce ad altri il peso del debito.

L'ultima parte del mio ragionamento è piu' il risultato di una fantasia , pero' è stato necessario per risolvere la questione! Non c'è altra soluzione ! La strada studiata mi sembra incoerente, infondata e debole, quindi una volta che abbiamo escluso che il consenso del committente serva a determinare tutto quanto detto, la strada è quella che vi ho detto! Rilevante sul piano dell'efficacia.
Allora se io posso utilizzare sempre questo consenso , anche per quanto riguarda quei subappalti in cui non c'è stato un accollo volontario, perchè non è stato comunicato a me committente l'esistenza di questo accordo e tuttavia io una volta che constato l'esistenza di un subappalto io acconsento , cosa succede?
Se non a rendere legittima una cosa che è legittima già di per se!
Serve a rendere efficace nei confronti del consensiente un'operazione giuridica!

2.Ricapitolazione.Opinione dominante della dottrina e della giurisprudenza
Il ragionamento sul subappalto prende le mosse dalla lettura dell’art.1656 c.c,che disciplina **il subappalto.**Leggendo il testo di questa norma,ci si rende conto che c’è un’evidente diversità dalla disciplina del subappalto e la disciplina di altre ipotesi sub contrattuali che pure è dettata in altra parte del codice civile.
In particolare il codice civile prevede l’ipotesi della sublocazione nell’art.1594 c.c.
**Nel caso della sublocazione ex art.1594 si dice che il sub conduttore ha sempre la facoltà di sublocare,salvo patto contrario il suo immobile,nel caso di subappalto si dice che il subappaltatore non può subappaltare senza il consenso del committente.**Sostanzialmente è questa la disciplina molto scarna e sintetica contenuta nel 1656 c.c.

**Opinione tradizionale della dottrina e della giurisprudenza=**In realtà secondo la visione tradizionale più diffusa in dottrina e giurisprudenza questa **diversità di disciplina è sicura** perché da una parte è posto un divieto di cui all’art.1656 c.c mentre dall’altra vi è una facoltà di cui all’art.1594 c.c.
C’è il divieto di cui all’art.1656 c.c perché si dice **che il committente deve controllare le qualità personali dell’appaltatore perché il contratto di appalto ha ad oggetto un’obbligazione di fare e come tutte le obbligazioni di fare è caratterizzata dall’intuitus personae** cosa che invece non accade con la sublocazione.
**Opinione di Grasso=**Per il professore Grasso questa tesi è molto discutibile **perché questa tesi avversaria presuppone che ogni subappalto sia caratterizzato dall’intuitus personae cosa che invece non è,leggendo la norma dettata in tema di morte dell’appaltatore di cui all’art.1674 c.c in cui il legislatore stabilisce che la morte dell’appaltatore non scioglie il contratto di appalto salvo che qualità personali dell’appaltatore siano state determinanti ai fini della conclusione del contratto.**Appunto si dice “salvo che” questo appalto sia caratterizzato dall’intuitus personae.E’ lo stesso legislatore che si riferisce:
-una volta ad appalti caratterizzati dall’intuitus personae;
-altre volte ad appalti non caratterizzati dall’intuitus personae.Allora se è così la spiegazione data all’art.1656 c.c non regge.
Allora l’affermazione corrente viene corretta nel modo corrente e **si dice che il committente ha interesse,cioè è previsto questo limite al potere di subappaltare,chi eseguirà materialmente prestazione nei suoi confronti.**Questa è un’affermazione generica che formulata così è certamente sbagliata.E’ ovvio che il creditore ha interesse a controllare chi eseguirà l’esecuzione della prestazione nei suoi confronti,**ma questo interesse non viene mai tutelato in tutte le altre ipotesi in cui si possono verificare situazioni di questo genere con la nullità o l’invalidità,annullabilità del contratto che determina la sostituzione dell’appaltatore.**

3.Opinione del Rubino

Si dice che con il divieto di cui all’art.1656 c.c **il legislatore intende tutelare** **l’interesse del committente a verificare,controllare chi eseguirà materialmente l’opera.**Questa è l’affermazione più diffusa **sostenuta dal Professore Domenico Rubino,**che ha anche insegnato presso la nostra facoltà tra il 1950-1960 che ha scritto un libro sul tema dell’appalto ancora oggi punto di riferimento molto importante.
Il suo libro è stato edito ed attualizzato da un altro **autore,professore della Bocconi di Milano Iudica.**
Questa opera “Rubino-Iudica” ancora oggi è un punto di riferimento ineludibile per tutti gli studiosi dell’appalto di diritto privato.
Per **quanto concerne il subappalto,Domenico Rubino sostiene che il divieto di subappaltare che è posto a tutela del committente,serve a tutelare l’interesse del committente di verificare chi personalmente eseguirà l’opera o il servizio corrispettivo che rappresenta l’oggetto del contratto.**Sarà pure l’autorevolezza dell’autore che ha sostenuto questa tesi,ma il fatto sta che questo è il senso che si dà all’art.1656 c.c e sembra oramai un blocco monolitico.
**Si sostiene che il subappalto è vietato e si discute se il relativo contratto è nullo o annullabile,certamente invalido e si discute se sia affetto da nullità posta a tutela del committente a controllare chi eseguirà materialmente l’opera.**Questa è l’opinione comune sostenuta in giurisprudenza.

Il professore Grasso pur nutrendo rispetto verso il Professor Rubino che è uno dei maestri del diritto civile non condivide **la sua impostazione ritenendola sbagliata perché se fosse vero che esiste un interesse tutelato dall’ordinamento a che il committente provi chi esegue materialmente l’opera o servizio,**questo interesse dovrebbe essere tutelato in tante altre occasioni in cui si verifica **una modificazione del soggetto che materialmente fornisce il servizio.**
Questa modificazione si può verificare in tante modalità.
Una delle più macroscopiche è l’ipotesi in cui l’appaltatore modifichi tutta la sua compagine di collaboratori fermo restando che l’impresa appaltatrice è caratterizzata da collaboratori subordinati,dipendenti.L’imprenditore non esegue personalmente la prestazione e difficilmente immaginare ciò anche in una piccola impresa infatti se ciò avvenisse egli comunque sarebbe coadiuvato dai suoi collaboratori subordinati.
**Ci si chiede se questi collaboratori possono essere sostituiti dall’imprenditore oppure perché** **l’imprenditore possa sostituirli ha bisogno del consenso dell’imprenditore.**E’ evidente **che l’imprenditore-appaltatore è il responsabile dell’impresa ed è lui che organizza i fattori della produzione per cui i beni aziendali,le persone e può senza alcun consenso modificare la sua squadra di collaboratori modificandola anche licenziandoli e assumendoli.**Se l’operazione di modificazione delle persone componenti la compagine aziendali avviene tramite il meccanismo del licenziamento e della conseguente assunzione si può fare mentre se invece **la sostituzione si fa conferendo in subappalto una parte o l’intero settore iniziale è così contraria all’interesse del committente da determinare l’invalidità e non l’inefficacia del contratto nei suoi confronti.**

4.Regime di invalidità del contratto di subappalto in caso di mancato consenso del committente sulla base della ricostruzione della giurisprudenza e dottrina dominante.

Secondo alcuni,il contratto di subappalto concluso dall’appaltatore sub committente concluso senza il consenso del committente **in quanto viola l’interesse del committente a verificare chi eseguirà materialmente l’opera è nullo,per altri annullabile.
Nullità relativa=**Per alcuni il contratto **sarebbe affetto da nullità relativa,patologia che può essere fatta valere solo dal committente perché sarebbe contrario ad un divieto posto dalla legge a tutela di un soggetto e quindi la nullità è relativa.
La nullità può essere:
-assoluta cioè esercitata da chiunque vi abbia interesse a far accertare tale patologia invalidante;
-relativa in alcune ipotesi in cui il negozio è nullo ma la nullità è posta a tutela solo di alcuni soggetti legittimati a far valere che la possono eccepire perché la nullità tutela soltanto il suo interesse e non un interesse generale,ma singolo e specifico.**Se non è nullità relativa come qualcuno disconosce questa categoria generale ritenendo che non esiste la nullità relativa.
**La nullità è imprescrittibile a differenza dell’annullabilità,che può anche essere eseguita dalla convalida.**E’ rilevante la differenza di qualificazione **del contratto di subappalto concluso senza consenso del committente in termini di nullità o annullabilità in quanto da ciò derivano conseguenze diverse.**
Quindi per alcuni si sarebbe in un caso di nullità relativa,posta a protezione del committente che la può far valere nel momento in cui ha interesse perché quella nullità relativa **è la nullità di protezione cioè protegge il committente.**
Tralasciando questi argomenti seppur molto interessi,si **preferisce parlare di invalidità,concetto di ordine generale che contiene in sé sia l’annullabilità che la nullità.**

5.Natura dell’autorizzazione alla luce del dato empirico appena individuato.Si precisa che con questa dichiarazione il committente iniziale si appropria di un effetto del contratto autorizzato;effetto che coincide con quello diretto all’assunzione,da parte del subappaltatore,del peso economico del debito.

**Ruolo del consenso del committente nel contratto di subappalto=**Il professore Grasso ritiene che non si può ritenere **che il consenso del committente è un consenso che serve ad eliminare un divieto,a superare un limite e quindi deve avere altra funzione.**Se **il consenso del committente non serve a superare tale divieto,quale altra funzione può avere?**In maniera più analitica quando il legislatore parla di consenso,**stabilisce che il committente acconsenta al contratto di subappalto** in modo **che si produca un effetto nella sua sfera giuridica** perché se fosse “**res inter alios acta neque nocet neque prodest” non ci sarebbe la necessità di alcun consenso.**Allora la questione è questa:
-o il consenso serve a rimuovere un divieto;
-o a rendere possibile un effetto che deve riguardare anche il committente.
Tra gli effetti del subappalto ciò che può interessare e **viene il rilievo è il fatto che l’appaltatore,dopo aver concluso un primo contratto d’appalto può dar luogo ad un subappalto.**Verifichiamo empiricamente il dato materiale dell’operazione.
**Effetto prodotto nella sfera giuridica del committente derivante dal subappalto=L’appaltatore,sub committente conclude un contratto d’appalto che ha lo stesso oggetto,la stesa opera o servizio che egli doveva realizzare nei confronti dell’appaltante,committente** sicchè il terzo,subappaltatore si trova a realizzare la stessa cosa che avrebbe fatto il secondo nei confronti del primo.
**Sul piano sostanziale con questo contratto di subappalto si è avuto il trasferimento del peso economico del debito dall’appaltatore,sub committente al subappaltatore.**
Il termine medio di questa operazione è il sub committente,che è appaltatore nei confronti dell’appaltante e sub committente nei confronti del subappaltatore.
Il sub committente,così ad esempio può lucrare sul prezzo dell’appalto che è riuscito a sfruttare ma resta il fatto **che sostanzialmente ha trasferito il peso economico del debito all’subappaltatore,che quando si obbliga a fare la stessa opera o servizio che doveva realizzare il primo si dà luogo ad un trasferimento del contenuto dell’obbligo e non del debito in senso proprio.**Il fenomeno di cui si sta parlando subappalto è certamente caratterizzato da questo dato materiale ed economico che è indefettibile in ogni subappalto **del trasferimento del peso economico del debito nei rapporti interni.Il debito si trasferisce dall’appaltatore al subappaltatore in tutto o in parte,perché il subappalto può essere totale o parziale.IL subappaltatore si obbliga nei confronti del sub committente ad eseguire la medesima prestazione che questi avrebbe dovuto realizzare verso l’appaltante.**In questo caso il contenuto materiale ed economico del debito si è trasferito tra questi 2 soggetti.

Se rispetto a questo contratto che produce questo effetto,il legislatore **prevede che ci sia il consenso del committente,ci si chiede a che cosa serve questo consenso.**Evidentemente il consenso si deve riferire a questa vicenda che si è individuata sul piano sostanziale ossia riguarda **questo risultato essenziale del subappalto cioè il fatto che il peso economico del debito si è trasferito dall’appaltatore al subappaltatore.**Questo consenso **non può non riguardare il trasferimento del debito.E’ consenso al trasferimento del debito e non può essere altro.**Teoricamente il consenso potrebbe servire:
a)**a rimuovere un limite al potere contrattuale dell’appaltatore o serve a superare un divieto come dice la totale dottrina senza spiegare il perché;**b)il professore Grasso sostiene che se non risponde all’ipotesi a) **il consenso non può che servire al fenomeno del trasferimento economico del debito.**
**Consenso del committente relativo all’efficacia e non alla validità del contratto=**Da tale notazione si ricava che il consenso **attiene al piano dell’efficacia e non alla validità del contratto perché tutto ciò che attiene al controllo del trasferimento del debito riguarda soltanto l’efficacia esterna verso colui che esprime il consenso** come compreso il tema di accollo.**E’ una sorta di consenso autorizzativo in senso ampio a rendere possibile la produzione di effetti giuridici nella sfera giuridica altrui.**

Si è in qualche modo obbligati ad avviarsi su questa strada perché non c’è altra soluzione.Infatti:
-o si ritiene **abbracciando la tesi tradizionale ribadita anche dalla giurisprudenza più recente che l’art.1656 c.c preveda un divieto,un limite al potere di contrattare dell’appaltatore che non può effettuare il subappalto.**Questo limite viene rimosso con il consenso del committente e ciò significa **che esso serve a tutelare il committente senza definirne l’oggetto della tutela** e questo è il problema data la possibilità di rinvenire una soluzione logica.
Dire tautologicamente che il limite dell’art.1656 c.c è posto a tutela del committente,**che ha interesse a non fare il subappalto perché ad esempio ha interesse a controllare personalmente chi materialmente eseguirà l’opera o il servizio è una soluzione non credibile.**
A questa soluzione si perviene anche pensando al fatto **che l’appaltatore può disporre del debito a prescindere dall’appalto.**Si può **disporre del debito d’appalto anche stipulando un altro contratto tipico in cui si inserisce come clausola l’accollo di quel debito.**

6.Risultato raggiunto:Il subappalto come trasferimento del peso economico del debito dal sub committente al subappaltatore

Il contratto di appalto pone un diritto e l’obbligo per l’appaltatore.Questi,in quanto titolare del debito **può disporre del suo debito anche tramite lo strumento dell’accollo inserito come prezzo di una compravendita.**Grasso ritiene che secondo l’impostazione della dottrina e giurisprudenza dominante **se si dispone del debito d’appalto tramite subappalto è vietato perché c’è l’art.1656 c.c,mentre se si dispone del debito inserendolo sottoforma di accollo come prezzo di un compravendita ciò è possibile.**Dall’art.1656 c.c dovremmo dedurre **l’essenza di un principio di ordine generale che impedisce in tutte le ipotesi di appalto che l’appaltatore possa disporre del suo debito** secondo la ricostruzione della dottrina dominante ma ciò sembra francamente estremamente banale.

L’appaltatore in quanto contraente del contratto d’appalto e quindi titolare del diritto e dell’obbligo corrispettivo “a costruire” può disporre sia del diritto che dell’obbligo autonomamente perché può anche cedere il contratto anziché operare il subappalto **considerando la cessione del contratto,a differenza della dottrina e giurisprudenza maggioritaria come un negozio in cui il consenso del contraente ceduto è elemento non costitutivo della fattispecie.**L’elemento di certezza è rappresentato dal fatto che l’appaltatore è titolare di un diritto di credito e di un obbligo e può cedere **il proprio credito nei confronti del committente tramite cessione del credito qualora rinvenga un cessionario disponibile ad effettuare tale operazione,così come può cedere il proprio debito a realizzare l’opera o il servizio come fa qualsiasi debitore tramite un congegno negoziale quale l’accollo inserito in un contratto più ampio.**Sulla base di ciò l’appaltatore cede il suo debito liberandose tramite accollo che in quel contratto funziona ad esempio in un contratto di compravendita come prezzo di un’utilità che ha ceduto all’accollante in corrispettivo.
Il problema che il Professore Grasso pone sta nel fatto che **se l’appaltatore può effettuare tale operazione perché non si può avvalere del subappalto?**

Il diritto civile non si occupa dell’equilibrio del mercato ma del fatto che i soggetti siano consapevoli e libera quando dispongono dei loro diritti.
Per il professore **il carattere fiduciario emerge in ogni contratto che 2 soggetti specifici stipulano fra loro** però ci sono contratti in cui **questo elemento è decisivo e altri in cui non lo è anche se appartiene a tutti i contratti.
Egli ritiene che non tutti i contratti di appalto sono caratterizzati dall’intuitus personae perché altrimenti l’art.1656 c.c non si spiegherebbe.**Siccome tali articolo si applica a tutti i contratti e non solo a quelli intuitus personae,non può servire a quello.
Il professore ritiene che l’**errore della dottrina e giurisprudenza dominante sta nel ritenere il carattere fiduciario un elemento essenziale,ma non è così perché se l’intuitus personae caratterizzerebbe ogni contratto d’appalto l’art.1674 c.c non esisterebbe.**C’è un dato legislativo per cui questo elemento fiduciario non caratterizza sempre il contratto d’appalto in maniera così pregnante,del resto siccome il committente pagherà a stati di avanzamento nella misura in cui accetta i lavori eseguiti e se non accetta la qualità del servizio reso può anche ridurre il prezzo.
La garanzia del committente è quella di pagare in funzione di un’attività eseguita.
**L’interesse del committente non è quello di chi eseguirà l’opera,ma come sarà realmente eseguita,compiuta nei termini indicati dal contratto.**

L’interesse del committente a controllare chi personalmente eseguirà l’opera si configura **quando l’obbligazione di fare ha un contenuto infungibile.**L’intuitus personae per il professore Grasso assume rilevanza in ipotesi marginali e ciò giustifica l’interesse del committente nel fatto che l’opera sia realmente eseguita,fatto dell’adempimento dell’appaltatore.
**Solo quando la qualità del fatto dipende dalla qualità della persona si parla di intuitus personae.**

7.Punto decisivo per la risoluzione del problema:in alcune ipotesi di subappalto al trasferimento del peso economico del debito non c’è la volontà di assumere il rapporto di valuta originario

Siamo arrivati ad un punto decisivo per la soluzione anche se c’è una problematica da constatare e analizzare.
**Quando c’è il trasferimento del debito originario c’è il richiamo del rapporto di valuta** infatti si trasferisce quel rapporto di valuta. **Nel caso di subappalto non è necessariamente un trasferimento del debito in senso giuridico perché ci potremmo trovare di fronte ad un subappalto in cui il subappaltatore non è consapevole di essere tale ossia non sa che esiste un preesistente contratto d’appalto.**Per certi tipi di subappalto potrebbe accadere una cosa del genere infatti **non è detto che nel contratto di subappalto si debba richiamare il contratto d’appalto.**Il più delle volte c’è tale richiamo ma non è detto che debba esserci.Nei contratti di subappalto in cui non viene in evidenza il committente iniziale,proprietario del terreno su cui si sta costruendo la casa **chi ci dice che il committente sia in realtà un appaltatore-subcommittente.**In alcuni subappalti **la natura sub contrattuale potrebbe anche emergere successivamente e non alla conclusione del contratto.**Come si fa a dire in questi casi che nel subappalto si è presenza di un fenomeno di trasferimento del debito?

**Il trasferimento del debito comporta che le parti volontariamente e quindi riferendosi al preesistente rapporto di valuta abbiano voluto trasferire.**Qui non è detto che sia così,ma il più delle volte è così.
Tuttavia quel fenomeno sostanziale si verifica sempre perché è un dato oggettivo ossia il fatto **che il subappaltatore pone in essere un’attività che coincide perfettamente con l’attività che avrebbe posto in essere l’appaltatore iniziale-committente.**Sul piano del contenuto economico **certamente vi è questo trasferimento del peso ma non è detto che a questo corrisponde il trasferimento del debito in quanto tale perché si potrebbe non citare il preesistente rapporto obbligatorio nel contratto di subappalto** **almeno inizialmente quando il contratto viene concluso.**Questo è un problema perché allora non possiamo affermare anche se il fenomeno sub contrattuale concernente l’appalto è un fenomeno che fa venire il rilievo **il trasferimento del peso economico del debito,dato certo coincide necessariamente con la volontà di trasferire l’obbligo in quanto tale.**Potrebbe non esserci questa volontà perché molte volte non viene proprio indicata dal subappaltatore.
Esempio il contratto di appalto ha ad oggetto la costruzione di poltrone.Io sono proprietario di un teatro e concludo con un’impresa un contratto di appalto per la costruzione di poltrone che abbiano certe caratteristiche.L’appaltatore,a sua volta va da qualcun altro e cede questo contratto a costruire poltrone.Egli non deve far presente al terzo di avere un contratto di appalto preesistente e può convenire un altro contratto di appalto con quest’altra impresa costruttrice avente ad oggetto la medesima commessa.Qui c’è una coincidenza oggettiva,materiale ma **non giuridica perché non c’è la volontà di trasferire un obbligo originario gravante sull’appaltatore che non viene neanche richiamato.**E’ possibile stipulare un secondo contratto di tal genere senza che l’appaltatore,sub committente renda edotto il subappaltatore dell’esistenza di un preesistente contratto d’appalto,già concluso fermo restando che il sub committente può comunque fare richiamo al rapporto di valuta originario,evidenziando la sua qualità di appaltatore originario configurando un accollo volontario.

**L’accollo comporta il trasferimento del peso economico-giuridico del debito infatti perché ci sia la volontà di assumere un debito altrui è necessario conoscere chi sia titolare di tale prestazione.**Se ciò non avviene,non si può definire che assunzione è,**che tipo di accollo è**.Questo è il problemaSono casi marginali che non esauriscono la sub contrattazione ma che comunque devo essere esaminati.
Il più delle volte l’appaltatore-subcommittente dichiarerà di essere tale rispetto ad un precedente contratto d’appalto già stipulato ma in altre ipotesi pure immaginabili ci si può trovare di fronte ad un dato fatto che non corrisponde **ad una volontà traslativa del debito originario.**
In questi **casi non c’è stata la volontà di trasferimento del debito altrui,l’assunzione del debito altrui in maniera consapevole da parte del sub committente e ci si chiede in che senso si parla di trasferimento del debito e se è ancora possibile parlare di questo.**

**Accollo non volontario=**In riferimento ad ipotesi marginali di sub contrattazione ove al trasferimento del peso economico del debito,non c’è la volontà di assumere il rapporto di valuta originario **qui non è dato parlare di accollo volontario perché per configurare questo c’è bisogno della volontà di assumere un obbligo originario.**
**Accollo volontario implicito=**Può anche individuarsi **un accollo volontario implicito,quando si è fatto un contratto di subappalto richiamando un preesistente rapporto** (esempio si subappalta la costruzione di poltrone rendendo edotto il subappaltatore che la sua opera serviranno per il Teatro SanCarlo con cui si è stipulato un precedente contratto d’appalto) **di valuta che** **scaturisce da un precedente contratto d’appalto.
Si può immaginare che ci sia una volontà implicita ma se manca tale riferimento non si può neanche parlare di volontà implicita.**Tuttavia anche in questi casi un risultato economico tra subappaltatore e sub committente lo si individua sempre perché tra queste parti **l’adempimento dell’obbligo da parte del subappaltatore nei confronti del sub committente equivale a fornirgli i mezzi per eseguire l’obbligazione preesistente.Quindi nei rapporti interni il contenuto di questo contratto comunque è assimilabile al contenuto di un accollo interno.**Nell’esempio fatto mi obbligo a darti 1000 poltroncine con quelle caratteristiche e di fatto,anche se non lo so è come se mi fossi obbligato a fornirti le poltroncine che tu a tua volta devi fornire al committente.
**Sul piano materiale il contenuto dell’accollo** **interno c’è.**

**Quindi quando in ipotesi marginali di subappalto,al trasferimento economico del debito non corrisponde la volontà di assumere il rapporto di valuta originario perché non richiamato nel contratto di subappalto e quindi il subappaltatore non è consapevole dell’esistenza di un precedente contratto di appalto avente ad oggetto lo stesso obbligo del contratto da lui stipulato tra il subappaltatore e sub committente comunque *SI REALIZZA UN ACCOLLO INTERNO SUL PIANO MATERIALE.***

8.Natura legale di tale accollo con rilevanza esterna

Il piano materiale interessa fino ad un certo punto però ai fini del discorso,perché interessa sempre il piano del diritto.
**Si può fare un’osservazione sulla base dell’art.1656 c.c cioè qualsiasi sia il tipo di subappalto,il committente può consentire o non consentire quindi ci può essere il consenso del committente anche in questa ipotesi di subappalto quando lo stesso originariamente sia ignaro dell’operazione realizzata dall’appaltatore-subcommittente.**Cosa fa transitare questo contenuto materiale sul piano del diritto?**La possibilità che in ogni caso è riconosciuta al committente di appropriarsi di quel risultato.
Questo significa che il committente una volta che sia reso edotto dell’esistenza di questa operazione,può consentire appropriandosi di quel risultato che diviene rilevante giuridicamente ed efficace nei suoi confronti.**

Come avviene questa modifica che fa transitare il dato materiale al piano del diritto?
**Accollo legale=**E’ **la volontà del legislatore,che lo consente e vuole che se sia stata fatta un’operazione di subappalto,nel costituire in capo al subappaltatore un debito di contenuto uguale a quello precedente** di fronte **a questo il committente ha il potere di appropriarsi di questo risultato rendendolo efficace e rilevante nei suoi confronti.**Questo è previsto dal legislatore prescindendo dalla volontà delle parti per cui **in questo caso si può individuare un accollo che però non è volontario ma legale.
E’ uno dei casi di accollo legale che il diritto civile prevede anche in altre ipotesi.**Ci sono altre ipotesi di **accollo ex lege** in cui si prescinde dalla volontà delle parti in cui si produce **l’effetto dell’accollo per il solo fatto che si determinano certe circostanze fattuali.
Questa ipotesi si differenzia dall’accollo volontario in cui accollato ed accollante convengono che questi assume il peso economico e giuridico del debito che l’accollato ha nei confronti di un creditore accollatario.
Una delle ipotesi di accollo ex lege potrebbe essere questa in cui il legislatore consente al committente tramite quella dichiarazione di volontà di appropriarsi degli effetti.**Ci si chiede perché si può consentire una cosa del genere **perché l’ efficacia giuridica ed esterna di questo accollo di fatto non è contraria alla volontà delle parti che hanno voluto il subappalto anzi asseconda la loro intenzione.**Infatti non contrasta con l’intenzione delle parti il fatto che quel contenuto del loro rapporto diviene efficace giuridicamente verso il committente.
**Il fatto che sia efficace giuridicamente verso il committente rende ancora più facile l’attuazione del contenuto dell’operazione e la sostanza è quella di fornire all’appaltatore-subcommittente i mezzi per fornire la prestazione nei confronti del committente iniziale.**

Non è una cosa impossibile individuare tale funzione per cui **quando un subappalto non contiene un accollo volontario magari tacito,implicito** comunque si applicheranno le stesse regole per cui il committente può acconsentire o non acconsentire e se acconsente evidentemente il legislatore gli ha dato il potere di appropriarsi di questo risultato **indipendentemente dal fatto che le parti lo abbiano voluto con risultanza giuridica esterna perché ciò che conta è che di fatto le parti hanno voluto quel risultato e renderlo rilevante giuridicamente verso il committente iniziale è un modo per renderlo più attuabile assecondando le loro intenzioni.**Sicchè il fenomeno del subappalto è un fenomeno che si spiega all’interno della logica di questo trasferimento della posizione debitoria anche quando non si potrebbe parlare di trasferimento della posizione debitoria in senso proprio perché ci troviamo di fronte ad ipotesi contrattuali in cui **le parti del subappalto non hanno fatto alcun esplicito riferimento all’appalto iniziale.**Anche qui infatti c’è uno trasferimento del contenuto materiale dell’obbligo  **che può dar luogo ad un risultato rilevante ed efficace all’esterno anche prescindendo dalla volontà delle parti perché il consenso che in linea astratta e generale è consentito al committente iniziale di esprimere in questi casi non può che servire ad appropriarsi del risultato.

Fondamento del potere del committente iniziale=**Questo potere del committente iniziale di appropriarsi degli effetti dell’operazione avvenuta tra subcommittente e subappaltatore ha fondamento nel fatto **che il subappalto è un’operazione in cui una parte del contratto di appalto,l’appaltatore utilizza il contratto servendosi della commessa ricevuta originaria** approfittando dell’utilizzazione plurima di tale commessa perché ad esempio molto conveniente per lui e la utilizza per ricavarci qualcosa.
Questo potere non è proprio del committente però perché è l’appaltatore che ha ricevuto la commessa sfruttandone le potenzialità economiche ed allora il legislatore stabilisce **che il committente qualsiasi cosa accada si può appropriare di quel risultato perché potrà agire nei confronti del subappaltatore che sarà tenuto nei tuoi confronti anche all’azione di responsabilità nel caso di inadempimento.**Si tratta di un rafforzamento della posizione del committente iniziale e si giustifica sul piano dell’equilibrio degli interessi perché se è vero che l’appaltatore,utilizzando le potenzialità della commessa sfrutta la posizione contrattuale,il committente che non ha questo potere e non può subappaltare giacchè non titolare della commessa da utilizzare in maniera plurima,se non originariamente nel momento del conferimento,**per lo meno riceverà un vantaggio rappresentato dal fatto che si potrà appropriare dell’operazione fatta dall’appaltatore-subcommittente quando subappalta e trasferisce il peso economico del debito.**Il committente così disporrà anche di un nuovo debitore ricorrendo ad un meccanismo previsto dalla legge quale l’accollo legale.

8.Si precisa il risultato ricostruttivo testè conseguito

Il professore Grasso ritiene che la soluzione da lui proposta è quasi obbligata dopo che si è configurato il consenso del committente come requisito di efficacia del subappalto scardinando il principio per cui tutti gli appalti siano caratterizzati in maniera pregnante dall’intuitus personae.
**Se si può utilizzare sempre il consenso del committente anche quando ci troviamo di fronte ad appalti in cui non si può individuare un accollo volontario interno perché non è stato comunicato al committente l’esistenza di questo accollo e tuttavia una volta che si è constatato l’esistenza del subappalto interviene acconsentendo** si avrà il fatto che un’operazione giuridica a cui lo stesso estraneo produrrà effetti nei suoi confronti.
Qualora non si è in presenza **di un accollo volontario interno,il professore sostiene l’idea del cosiddetto accollo legale.**

Lezione 24 novembre

Dalla lettura dell’art.**1656 c.c** sembrerebbe che il legislatore abbia voluto **vietare il contratto di subappalto cioè quel contratto di appalto che ha lo stesso contenuto al contratto di appalto precedente nel quale il sub committente è rispetto al primo contratto appaltatore.**Quindi il soggetto appaltatore del primo contratto d’appalto subappalta il convenuto nella sua commessa con un contratto che è un altro contratto d’appalto **autonomo** rispetto al primo ma in qualche **modo collegato,dipendente.**
**Esiste una disciplina del subcontratto che prevede per altre ipotesi contrattuali quale la sublocazione per cui il codice civile stabilisce che il conduttore ha la facoltà di sublocare.
Mentre il conduttore può sempre sublocare,l’appaltatore non potrebbe mai subappaltare.**Il problema è quello di vedere di cogliere la ragione di questo preteso divieto ossia perché ci dovrebbe essere questo preteso divieto in tema di subappalto?
Abbiamo già visto le varie ragioni che vengono individuate dalla dottrina e dalla giurisprudenza dominanti e si è come visto come queste argomentazioni non sembrano convincenti.
In realtà il **subappalto dispone sostanzialmente della commessa e quindi riguarda sostanzialmente il trasferimento del peso economico del debito dal secondo contraente,appaltatore al terzo contraente subappaltatore e questo trasferimento del peso economico del debito** può aversi anche con altre strutture negoziali per esempio **mediante accollo contenuto in altro contratto.**Nessuno ritiene che un trasferimento di tal genere debba essere vietato e quindi non si capisce per quale ragione questo divieto si dovrebbe avere nel caso in cui il trasferimento del peso economico del debito avvenga attraverso lo strumento del subappalto,uguale al precedente.

Grasso ritiene che proprio partendo dalla constatazione fatta poc’anzi **in base a cui il trasferimento del peso economico del debito è un qualcosa che prescinde dal controllo del creditore,perché può avvenire anche senza il consenso del creditore e naturalmente qualora questo non ci sia l’effetto di questo trasferimento sarà interno e varrà solo tra disponente e terzo.**Tuttavia si può parlare **di inefficacia di questo trasferimento nei confronti del creditore e non certo di invalidità o nullità del contratto che determina questo trasferimento.**Sulla base di questa constatazione Grasso ritiene che anche in questo caso **il** **consenso del committente iniziale voluto dall’art.1656 c.c. non ha la funzione di rimuovere un limite alla possibilità di sub contrattare,non serve a impedire l’invalidità,a legittimare il subappalto ma serve a rendere efficace il subappalto nei confronti del consenziente,cioè del primo contraente che ha consentito.**Evidentemente quando il subappalto è rilevante nei confronti del primo contraente,questi deve se vuole far proprio le conseguenze a lui riferibili determinate dalla sub contrattazione acconsentire a quest’operazione economica per renderla efficacia nei suoi confronti,nella misura in cui quest’operazione economica può essere efficace nei suoi confronti.Quale è questa misura?
Poiché il subappalto comporta necessariamente il trasferimento del peso economico del debito significa che questo trasferimento diventa rilevante ed efficace nei suoi confronti **indipendentemente dal fatto che le parti abbiano voluto o meno un accollo volontario dentro il subappalto.**

1.Conseguenza dell’affermazione derivante dal fatto che **il subappalto comporta necessariamente il trasferimento del peso economico del debito a prescindere che le parti abbiano voluto o meno un accollo volontario**:il primo contraente committente ha azione diretta verso il subappaltatoreQual è la conseguenza di questa affermazione?La conseguenza è **che quando vi è il consenso del primo contraente,dichiarazione autorizzativa del committente iniziale il subappaltatore diventa suo debitore** sicchè è possibile immaginare **un’azione diretta del committente,dal primo contraente nei confronti del terzo.Il primo contraente sarebbe il creditore accollatario(committente) mentre il terzo contraente sarebbe l’assuntore,accollante subappaltatore.**Questo risultato è molto interessante e consente di individuare una sorta di sistema della contrattazione che riguarda tutti questi fenomeni sub contrattuali tutti caratterizzati da questo fenomeno **per cui il primo contraente diventa creditore del terzo e tale risultato è previsto esplicitamente dal legislatore nel caso della sub contrattazione.**
**Art.1595 c.c=**Abbiamo già parlato dell’art.1594 c.c in tema di sublocazione e vediamo che c’è un’altra norma molto importante quale l’art.**1595 c.c rubricato “rapporti tra il locatore e il subconduttore”.**Tale articolo dispone che **“Il locatore,senza pregiudizio dei suoi diritti verso il conduttore,ha azione diretta contro il sub conduttore per esigere il prezzo della sublocazione”.**Nel caso della sublocazione,unica ipotesi disciplinata in modo più ampia perché le altre sono disciplinate in maniera meno intensa.Invece la sublocazione fosse perché è il fenomeno più diffuso dal punto di vista pratico e riguarda tanti cittadini italiani è stata disciplinata in modo più ampio infatti vi è l’art.1594 c.c e l’art.1595 c.c.
**Mentre a norma dell’art.1594 c.c il conduttore ha sempre facoltà di sublocare,a norma del 1595 c.c il locatore iniziale,primo concedente ha azione diretta verso il sub conduttore per il canone di locazione.**Vi è un momento successivo alla sublocazione in cui il locatore iniziale diventa creditore del sub conduttore e può agire in maniera diretta nei suoi confronti.

**Dubbia configurabilità dell’azione diretta=**Si potrebbe dibattere tanto **sull’azione diretta** perché c’è qualcuno che sostiene che l’azione diretta è un’anomalia del sistema e colui che agisce in maniera diretta non è creditore del destinatario di questa azione ma ha ricevuto dall’ordinamento questa azione pur senza essere creditore.
E’ una condizione molto “strana” perché il fatto stesso che Tizio può agire nei confronti di Caio significa pure che Caio è tenuto nei suoi confronti.E’ la stessa **presenza di un’azione diretta che dimostra una situazione di diritto sostanziale che lega il destinatario a questa azione a chi quella azione l’ha voluta esercitare.**E’ un discorso questo che comporterebbe anche un approfondimento non solo sul subappalto ma anche sulla sub contrattazione perciò conviene non estenderlo oltre.
Resta il fatto però **e questa è la constatazione ovvia che in sede di sublocazione si ha:
-sia il principio della facoltà del locatore di sublocare a norma dell’art.1594 c.c;
-sia un principio per cui vi è un rapporto diretto** tralasciando che sia di diritto sostanziale o processuale **fra primo e terzo contraente.**Ora questa soluzione riguarda **soltanto la sublocazione oppure e’ espressione di un principio generale che può riguardare ogni ipotesi di subcontratto?**

Naturalmente se questa azione diretta è **un’azione straordinaria,eccezionale che viene riconosciuta dall’ordinamento ad un soggetto non creditore per rivalersi nei confronti di un terzo che non è suo debitore,a lui estraneo** e se dobbiamo accettare la correttezza di una tale affermazione è chiaro che l**’art.1595 c.c vale solo per la sublocazione.**Ma noi abbiamo adesso visto che anche nel subappalto succede una cosa simile seppur l’art.1656 c.c non dice nulla.Se è vera la nostra ricostruzione del subappalto il consenso del committente**,avendo la funzione di requisito di efficacia esterna di quel accollo contenuto in ogni subappalto serve a determinare una relazione tra creditore iniziale,committente e subappaltatore,suo debitore che è analoga a quella relazione di cui all’art.1595 c.c.**Ciò significa che anche per questa via si può individuare una sorta di sistema logico nella sub contrattazione caratterizzato dal fatto che il subcontratto proprio perché è un fenomeno di trasferimento del debito consente sempre al primo contraente di appropriarsi di quella porzione degli effetti di cui egli può appropriarsi e che riguardano appunto la rilevanza dell’efficacia esterna del trasferimento del debito dal secondo al terzo contraente.**Vi è una somiglianza,vicinanza** del **subappalto alla sublocazione che invece la maggior parte della dottrina non è propensa a riconoscere proprio perché:
-disciplina il subappalto come invalido ed il consenso del committente serve a rimuovere l’invalidità;
-la sublocazione è invece disciplinata dagli artt.1594 e 1595 c.c anche se** i **fenomeni sono simili sono disciplinati in maniera diversa.**

**Aspetto comune del subappalto e della sublocazione e della sub contrattazione in generale trasferimento del peso del debito dal secondo al terzo contraente=**Nel momento in cui abbiamo esaminato l’intero sistema e ci siamo fermati sul subappalto ci siamo resi conto che i 2 fenomeni della subappalto e della sublocazione sono molto simili perché **sia nell’uno che nell’altra ipotesi ciò che si trasferisce *è il peso del debito dal secondo al terzo contraente e questo avviene sia nella sublocazione che nel subappalto.***Esempio:se io inquilino di un appartamento pago 1000 euro al mese di affitto e lo subloco perché devo andare fuori e non lo voglio vedere sfitto e riesco a sublocarlo per 1500 euro.Per quanto riguarda quella parte che coincide,la parte di fitto che coincide.Facciamo l’ipotesi più semplice io locatario,subloco per 1000 euro per la stessa somma del canone di locazione e sostanzialmente ho trasferito il peso del mio debito su un altro che mi darà i 1000 euro che dovrò dare al locatore.
Questo succede in tutti i subcontratti perché è la logica stessa di questo meccanismo negoziale che ci indica questo risultato.Le parti vogliono il subcontratto proprio per questo.Questa è la novità della riflessione del Professore Grasso che è sfuggita alla dottrina dominante.
**Si tratta dell’essenza economica che non può non riversarsi,condizionare i profili giuridici dell’operazione che sono in funzione della realizzazione dello scopo economico che le parti vogliono realizzare.E’ lo strumento giuridico con il quale si realizza un risultato economico.**Se noi partiamo dal risultato economico per arrivare al fenomeno giuridico ci rendiamo conto che il fenomeno giuridico è quello descritto dal professore Grasso perché l’unico in grado di descrivere un risultato giuridico che coincide con quello economico dell’operazione.
**Il secondo contraente sia che si tratti di sublocatore o di sub conduttore utilizza la sua prestazione per trasferire in tutto o in parte il suo debito sul terzo** e magari farci una cresta sopra(vantaggio) se ci riesce.Ciò che conta è che egli intende trasferire questo peso magari per sfruttare un prezzo più alto e farci una cresta sopra ma l’intento resta quello intendendo per intento non l’intenzione volitiva ma il risultato economico che si vuole conseguire.
Se il risultato economico è quello quale la forma giuridica che assicura la realizzazione di questo risultato economico?**E’ il trasferimento del debito ma allora se c’è un trasferimento del debito tra secondo e terzo contraente,tra conduttore e sub conduttore,tra appaltatore sub committente e subappaltatore ci si chiede come si rende esterno?**Si deve individuare quel momento rappresentato dalla dichiarazione del primo contraente **che si appropria per modo di dire dei risultati di quell’operazione economico-giuridica di cui si può appropriare.**Il primo contraente **si può solo appropriare dell’effetto esterno di questo trasferimento mediante una dichiarazione.**Nell’art.1656 c.c questa dichiarazione è il consenso.Il legislatore parla di consenso allo stesso modo di quando parla di consenso nella cessione del contratto ex art.1406 c.c “Ciascuna parte può sostituire a sé un terzo nei rapporti derivanti da un contratto con prestazioni corrispettive,se queste non sono state ancora eseguite,purchè l’altra parte vi consenta”.
**L’espressione “consenso” non è elemento perfezionativo del contratto ed anche in questo articolo è un’espressione che va al di là della realtà giuridica perché è in realtà è una dichiarazione volitiva che serve a rendere efficace nei suoi confronti il trasferimento.**Lo stesso significato ha il consenso nell’art.1656 c.c.In questa prospettiva unitaria il subappalto somiglia molto di più alla sublocazione molto di più di quanto non voglia la dottrina dominante che parla di subcontratto **come contratto derivato,contratto collegato** espressioni del tutto generiche che danno la sensazione di un qualcosa che deve essere collegato ma senza fornire in che modo e da che cosa deve essere collegato.

2.Sul contratto derivato

Se si legge la locuzione “subcontratto” nell’enciclopedia del diritto,opera molto importante che raccoglie tutto lo scibile giuridico non solo quello civilistico della casa editrice “Giuffrè” in cui tutti i concetti giuridici sono raccolti per indice alfabetico.
Se si ricerca la nozione di subcontratto,**tale enciclopedia rimanda al concetto di contratto derivato.
Nozione di contratto derivato=**Che significa **contratto derivato?**In che senso il secondo contratto è derivato dal primo?E’ una descrizione meramente fattuale,certo il secondo contraente appaltatore-subcommittente **non può subappaltare se non è a sua volta appaltatore** quindi è ovvio che ci deve essere un primo contratto e poi il secondo.
Ma questa derivazione è di carattere materiale,economica,non giuridica **perché non è che il sub committente ha bisogno di un potere che gli deriva dal primo contratto per poter subappaltare infatti non ne ha bisogno perché il contratto di subappalto è un contratto meramente obbligatorio.
Contratto derivato di sublocazione,gemmazione del primo di locazione=**Invece nel caso di sublocazione l’idea che si tratti di un contratto derivato ha più senso **perché in tal caso il conduttore utilizza per poter sublocare il proprio diritto personale di godimento,diritto che nasce dal primo contratto di locazione e sulla base di questo diritto personale di godimento il conduttore costruisce un altro diritto personale di godimento che concede al sub conduttore**.
Allora la derivazione in senso giuridico qui si può vedere in qualche modo infatti **si dice che il secondo contratto è una gemmazione del primo,termine metaforico.** (gemma che necessita di un ramo,da cui deriva e senza il secondo non può nascere e crescere)Con riferimento alla sublocazione questa derivazione è visibile e concreta ed infatti si **può dire che il contratto di sublocazione è un contratto derivato da una precedente locazione perché il conduttore che subloca,è legittimato a farlo in quanto titolare di un diritto personale di godimento sulla base del quale costruisce un altro diritto personale di godimento che trasferisce ad un altro.**Con la sublocazione vi è sia il trasferimento del peso economico del debito sia la costituzione di un diritto personale di godimento che sulla base del proprio il sub conduttore crea in capo al terzo contraente,sub conduttore.

Con riferimento alla sublocazione,**l’idea della derivazione in senso giuridico non è sbagliata ma nel caso di subappalto non si può dire che si dispone di un proprio diritto di cui si è titolare sulla base del contratto di appalto originario.**Il subappalto trova la propria occasione economica,materiale in un precedente appalto ma non deriva da questo un diritto che si sostituisce in capo al subappaltatore.**Non vi è una derivazione in senso proprio,in senso giuridico.**Grasso ritiene che qualificare tutto il fenomeno subcontrattuale alla luce di questa affermazione è pletorico e fa notare addirittura che l’espressione **subcontratto viene corretta con l’altra “**contratto derivato” è una cosa troppo forte perché può andare bene per la sublocazione ma non per le altre cose sub contrattuali.
Perché questa costruzione è insufficiente?Si sta parlando di cose che non si possono verificare in maniera oggettiva se sono vere o non vere.Qual è l’insufficienza di questo orientamento?Perchè non si è compreso questo fenomeno?Perchè lo si è visto proprio mettendosi sul piano della sublocazione soltanto dal punto di vista del trasferimento del diritto di godimento e non si è capito che il fenomeno subcontrattuale si comprende solo se ci si pone dal lato del trasferimento dell’obbligo ad eseguire la commessa,dell’obbligo di pagare il canone di locazione.
Allora il subcontratto non è il contratto per cui sulla base del proprio diritto si costituisce un altro diritto in capo al terzoperché se la mettiamo così non ci troviamo.Il subcontratto invece è quel contratto in cui **attraverso un secondo contratto uguale al primo e che ha lo stesso contenuto,il secondo contraente trasferisce il peso economico del debito che ha in capo a lui in testa ad un terzo.**Se il discorso lo mettiamo su questo binario,il risultato non può essere quello che Grasso a suo tempo ha indicato e ripetuto più volte.

3.I divieti di subappaltare e di sublocare nella legislazione speciale

C’è bisogno di una precisazione finale.**L’art.1594 c.c dice che la sublocazione è sempre possibile,mentre almeno secondo quanto dice la dottrina dominante il subappalto sarebbe vietato.
Quindi la sublocazione è sempre possibile,mentre il subappalto è sempre vietato.**Abbiamo visto che non è così.
Grasso precisa che oggi **l’idea che la sublocazione sia sempre possibile non è vera perché l’art.1594 c.c è stato superato per quanto concerne gli immobili urbani adibiti ad uso** di abitazione da quella legislazione successiva concernente l’equo canone a sua volta modificato(art.2 l. 392/78’ modificata dalla l.431/ 98’)**in cui è contenuto un divieto di sublocare tanto è vero che qualcuno ha detto che a seguito di questa normativa speciale si è creata una equiparazione tra subappalto e sublocazione**.Come è vietato il subappalto ad oggi è vietata pure la sublocazione.Senonchè questa equiparazione che tra l’altro non è vera in relazione al subappalto per le ragioni sostenute infatti il subappalto non contiene divieto e comunque questa equiparazione non sarebbe possibile per **la diversa ratio dell’art.1594 c.c rispetto a quella dell’equo canone che è molto specifica,attinente alla natura vincolistica dei contratti di locazione.**

**Diversa ratio tra l’art.1594 c.c e quella della legislazione successiva dell’equo canone=**La logica del sistema del codice che traspare dall’art.1594 c.c è quella **della libertà** e tutto il codice civile è in questo senso infatti le parti sono libere di fare ciò che vogliono.Io sono proprietario di un appartamento e sono libero di locarlo al prezzo che voglio.Non proprio il prezzo che voglio,ma quel prezzo che io voglio e che in qualche modo ha una corrispondenza nel mercato.Il contratto si chiude sulla base della logica di una trattativa tra pari,logica del codice e quindi se si arriva ad un certo risultato,questo risultato economico contenuto nel contratto è evidentemente un risultato che piace sia al locatore che conduttore,che si devono trovare d’accordo.I 1000 euro vanno bene a me che sono il proprietario e vanno bene a te che sei inquilino ed hai bisogno di procurarti in questo modo l’abitazione.
Allora nell’ambito di questo principio di libertà il fatto che il mio inquilino possa a sua volta fittare e magari farlo per 1500 euro è una cosa che non mi riguarda seppure potrebbe arrecarmi fastidio.Quando scadrà il contratto di locazione si potrà comunque adeguarlo.Questa è la logica.

Qual è la logica invece dell’equo canone,logica per così dire vincolistica,che è stata introdotta dal legislatore nel nostro ordinamento dalla guerra in poi?Qui il legislatore ha detto che stiamo parlando di abitazione,**abitare è un diritto della personalità** e l’essere umano ha diritto ad abitare da qualche parte e quindi va aiutato perché non si trova in condizione di parità rispetto a chi offre l’appartamento.Questo perché chi offre l’appartamento sta facendo un’operazione di tipo speculativo-finanziario mentre chi invece deve abitare,sta cercando di soddisfare una sua esigenza personale e quindi merita una tutela superiore.
E allora in considerazione del fatto che la guerra aveva determinato una distruzione di larga parte del patrimonio abitativo,anche una penuria di case e ciò ne alzava il prezzo nella logica della domanda e dell’offerta che era meno della domanda.Infatti c’era più domanda dell’offerta e questo determinava un aumento del prezzo.
A questo punto il legislatore è intervenuto più volte dal 1945 in poi fino ad arrivare ad una legge,quella sull’equo canone **l.392/1978 in cui si stabilisce che il canone deve essere determinato sulla base di alcuni parametri che il legislatore considera preventivamente come parametri equi.**

Allora il canone di locazione,che è prezzo della locazione,del godimento diretto del bene è un prezzo che non viene lasciato alla libera determinazione delle parti ma viene stabilito in maniera **cogente dal legislatore sulla base di alcuni parametri.**Qual è la logica di tutto questo?Lo abbiamo già detto e lo si ripete,la logica è quella **di proteggere chi ha diritto ad abitare.**Esempio:io che sono privo di casa,cerco di comprarmi un’abitazione e la trovo pagando un equo canone.E’ un sacrificio per il proprietario perché magari questi sulla base della logica di mercato avrebbe potuto avere 1000 invece di 1500 perché il legislatore gli impone questa limitazione di carattere sociale del suo diritto di proprietà **cioè la cosiddetta funzione sociale della proprietà ex art.42 Cost. che si esprime anche in questo modo.**
E’ un sacrificio che si giustifica sulla base del fatto che l’altro ha un’esigenza abitativa e invece l’altro anziché abitare lo subloca e acquisendo guadagni anche a nero.Una cosa del genere non è mai possibile.
Questo spiega perché il legislatore ha stabilito un divieto che prima non c’era nell’art.1594 c.c perché nell’ambito di **una logica liberistica in cui il prezzo** **lo fa il mercato** e s’incontrano liberamente la domanda e l’offerta,va benissimo la possibilità per il conduttore di sfruttare questa condizione allo stesso modo in cui va benissimo sfruttare una commessa per l’appaltatore.Se l’appaltatore ha fatto un certo affare,utilizza questa cosa per fare un subappalto.
Ma se la logica di mercato viene superata da una logica superiore che è quella **del perseguimento della funzione sociale** sicchè s’impone ad una delle parti un sacrificio,poi non è consentito che l’altra parte continui bellamente ad utilizzare il possibile sfruttamento plurimo di questo diritto di godimento.

Allora il legislatore ha detto **che è vietata la sublocazione** e questa volta si che è un divieto contenuto dalla legge sull’equo canone non come l’art.1656 c.c di cui non si capisce la ratio.Qui la ratio c’è e il legislatore ha modificato la prospettiva del 1594 c.c creando un divieto perché si ha un regime vincolistico e non c’è più la logica del sistema liberistico proprio del diritto civile.Allora divieto,ma lì dove invece trionfa la logica del mercato,la logica liberistica dello scambio tra persone formalmente uguali(è questa la logica del diritto civile che può piacere o meno) il divieto non ha alcun senso.
Se invece la logica non è più quella del libero scambio tra uguali ma è quella dello scambio che viene fissato dal legislatore sulla base di parametri dettati per privilegiare una parte rispetto ad un’altra e il fatto che questa parte abbia una tutela maggiore,si giustifica sulla base di principi di carattere costituzionale,carattere sovraordinato rispetto al codice civile.Se tutto ciò succede,è evidente che però che questo soggetto che già si giova di una disciplina,non può poi giovarsi della disciplina liberistica che invece il legislatore ha voluto non…(41:00)
Se si è in regime vincolistico,allora tutti siamo vincolati e non solo il proprietario per cui non è consentita la sublocazione.Se io accetto il regime vincolistico e siamo in un regime appunto di libera contrattazione tra persone formalmente uguali,regime proprio del codice civile fermo restando che in alcune ipotesi all’eguaglianza formale non corrisponde all’eguaglianza sostanziale,laddove il legislatore ritiene che l’uguaglianza sostanziale debba essere perseguita anche tramite strumenti giuridici allora il legislatore interviene anche nel campo civilistico lì dove le esigenze si determinano**.Il luogo in cui le esigenze si determinano è quello dello scambio** che consente **l’utilizzazione di un immobile urbano ad uso abitativo perché l’abitazione è un diritto.**Se non si hanno soldi per comprare una cosa in un libero mercato e se il libero mercato è tale da respingerci perché non si hanno i soldi sufficienti,naturalmente ci sarebbe la soluzione quale quelle delle case popolari che sono nate per questo,ma naturalmente in Italia è mal funzionante e quindi si è imposta una certa socialità attraverso questi vincoli che vanno a gravare su questi contratti di diritto privato di cui noi prendiamo atto e però una volta che si ha tale consapevolezza si comprende perché oggi la situazione non è più quella disciplinata dal 1594 c.c dove c’è **la facoltà di sublocare ma c’è il divieto.**

Non si può dire che non si può sublocare perché c’è il subappalto.Per quanto riguarda il subappalto si è nel campo del diritto civile e l’appaltatore non è tutelato da alcuno.Per la verità **anche per il subappalto un vero divieto è stato stabilito dalle leggi speciali ma quello riguarda l’ipotesi che non riguarda il nostro campo dell’appalto privato.**Nel caso di appalti pubblici esiste **un divieto di subappaltare che non è lo stesso dell’art.1656 c.c anche perché altrimenti non ci sarebbe bisogno (44:04).**C’era bisogno di un divieto esplicito altrimenti l’applicazione dell’art.1656 c.c a tale ipotesi avrebbe creato problemi quali quello delle infiltrazioni mafiose.
Nell’ambito degli appalti pubblici **è vietato il subappalto perché attraverso dei subappalti s’inserivano nei lavori pubblici ottenendo denaro dallo Stato le imprese colluse con la mafia e quindi c’è tutta una normativa per impedire questo risultato e tra queste norme una delle più importanti è il divieto di subappaltare nel caso di contratto di opere pubbliche.**L’appalto pubblico poi richiama naturalmente la disciplina del codice civile infatti l’appalto pubblico si fa sottoscrivendo un contratto tra ente appaltante e appaltatore che sostanzialmente riproduce e ripropone le norme del codice civile in tema di appalti.Però gli appalti pubblici hanno una loro disciplina speciale infatti c’è il codice degli appalti pubblici(D.lgs 163/06’ e succ.modificazioni) che risale addirittura alla fine dell’800 e poi è stato rimodernato e modificato più volte prevedendo appunto questi vincoli che dipendono dalla natura pubblica dell’appalto e dalla necessità di impedire le infiltrazioni mafiose e il contratto tra l’impresa mafiosa e l’ente pubblico che poi deve pagare il corrispettivo del lavoro eseguito.

Il discorso si è svolto sul subappalto e sulla sublocazione, e si è cercato di cogliere nell’una e nell’altra ipotesi seppur rapidamente le similitudini e somiglianze.Questo ragionamento viene svolto nell’ambito del sistema del codice civile (1656,1594 c.c)e ragionando su queste norme del codice che si può immaginare un sistema perché il c.c è un sistema che si tiene con una logica unitaria:infatti le norme del c.c non sono corpi sparsi di qua e di là ma sono dentro un sistema definito “sistema del c.c” che è stato rotto successivamente da tanti altri microsistemi o da leggi speciali.Il problema è quello di ricondurre queste leggi speciali e i principi che sono contenuti nelle leggi speciali al sistema e non sempre questo è possibile in quanto tali leggi speciali rompono il sistema introducendo principi nuovi.Si è voluto vedere come il sistema del codice,che è quello rispetto a cui si è svolto il ragionamento ricostruttivo anche con riferimento alla sublocazione e al subappalto presenta delle novità successive introdotte dalle leggi speciali successive al codice civile che non consentono di ricondurle dentro il codice perché rispondono ad una logica diversa.
Allora non ci dobbiamo meravigliare del fatto che oggi ci sono delle ipotesi di subappalto veramente vietate e ipotesi di sublocazione realmente vietate.
Questo non ci deve meravigliare in quanto questi risultati sono risultati che il legislatore ha voluto per perseguire scopi e soddisfare esigenze che si sono prospettate successivamente.Questi scopi e queste esigenze sono state realizzate con norme speciali che ovviamente rompono il sistema del codice non rispettandolo.
Da questa osservazione non si può tornare indietro e dire che il sistema non è quello che abbiamo descritto noi.
Poi ci sono delle ipotesi rispetto alla sublocazione e subappalto nel codice,che vanno fuori.Per quanto riguarda:
-l’appalto sono gli appalti pubblici in cui il codice civile rileva marginalmente;
-la locazione le locazioni sottoposte al regime vincolistico per cui l’art.1594 c.c non si applica più.Quindi il fatto però **che il 1594 c.c non si applica più non può servire a dire che ciò che il professore ha asserito in tema di sublocazione non ha logica in quanto questa è quella unitaria del codice civile.**

La risoluzione per inadempimento

1.Il problema della natura dell’obbligo di restituzione del prezzo nel caso di risoluzione del contratto di compravendita per inadempimento del venditore

Il Professore Grasso affronta in maniera innovativa il tema della risoluzione del contratto per inadempimento.
**Art.1543 c.c=L’art.1453 c.c disciplina l’ipotesi del rimedio sinallagmatico che è la risoluzione del contratto.**Tale articolo stabilisce che “**Nei contratti a prestazioni corrispettive,quando uno dei contraenti non adempie le sue obbligazioni,l’altro può a sua scelta chiedere l’adempimento o la risoluzione del contratto,,salvo,in ogni caso il risarcimento del danno”.**La risoluzione può essere domandata anche quando il giudizio è stato promosso per ottenere l’adempimento;ma non può più chiedersi l’adempimento quando è stata domandata la risoluzione.
Dalla data di domanda di risoluzione l’inadempiente non può più chiedere la propria obbligazione.

La risoluzione è una disciplina nuovissima però è molto discusso quasi tutto sull’intero tema **in particolare sulla funzione e sull’effetto della risoluzione,**che non è meramente teorico ma ha anche una forte ricaduta pratica.
Il primo saggio,dedicato al tema pone il seguente problema:Immaginate un contratto di compravendita obbligatoria non ancora eseguito,in cui il compratore abbia già pagato il prezzo.Di fronte all’inadempimento del venditore,il compratore che ha pagato il prezzo,parte non inadempiente di fronte all’altrui adempimento,che cosa può fare?**Il compratore può chiedere la risoluzione del contratto.
La risoluzione del contratto vuol dire “risolvere il contratto” cioè sciogliere il contratto.**Sciolto il contratto ovviamente,viene meno la ragione per cui il compratore ha pagato **per cui il pagamento diviene senza causa.**Si cancella il contratto che ha rappresentato la giustificazione causale del pagamento e quindi **il pagamento effettuato dal compratore adempiente gli deve essere restituito senza alcun dubbio.**
**Obbligazione pecuniaria e distinzione tra obbligazione di valuta e di valore=**Si è presenza di un’obbligazione pecuniaria che deve essere restituita.
Questo obbligo di restituzione di questa somma di denaro è **un’obbligazione di valuta o di valore?
Nelle obbligazioni pecuniarie vige il principio nominalistico per cui si deve restituire la valuta,cioè quella parte che sta scritta nell’obbligazione ossia quel numero che è scritto ad esempio debito di 100 mila euro,si deve restituire 100 mila eura euro.**Quando invece **l’obbligazione è di valore non si deve restituire un numero,ma un valore.Anche un’obbligazione pecuniaria può essere di valore,**ma se è di valore però non si deve restituire 100 mila euro ma restituire oggi il valore di 100 mila euro.Se si doveva restituire nel 1990 100 mila euro,se te li restituisco oggi non ti devo restituire sempre 100 mila euro in quanto se obbligazione di valore devo restituire il valore di 100 mila,cioè quanto vale oggi 100 mila facendo il calcolo.
Da una parte obbligazione di valuta,dall’altra obbligazione di valore
Nell’esempio fatto,il compratore ha pagato 100 mila euro ed il venditore non adempie per cui il compratore chiede la risoluzione del contratto in via giudiziaria.Quindi **la risoluzione per inadempimento deve essere poi dichiarata dal giudice con sentenza,che deve passare in cosa giudicata** e magari trascorrono molti anni.
Il venditore deve sempre restituire 100 mila euro oppure deve restituire il valore di 100 effettuando un calcolo per vedere a quanto ammonta e magari oggi corrispondono a 125 mila?

A questa domanda si risponde affermando **normalmente partendo dall’idea che la risoluzione per inadempimento sia una sanzione per l’inadempimento e quindi essendo una sanzione la restituzione della somma ha natura risarcitoria,riparatoria** e siccome tutte le obbligazioni riparatorie **sono di valore e non di valuta,**la restituzione della somma dovrà avvenire sulla base dei criteri predeterminati per le obbligazioni di valore.
Anche per risolvere questo problema,dobbiamo affrontare una valutazione che sta “a monte” e cioè **qualificare la natura della risoluzione per inadempimento se è una sanzione per l’inadempimento attribuendo una pena a colui che è stato inadempiente.**Ciò significa che per avere una risoluzione è necessario **che l’inadempimento sia colpevole perché si sanziona un comportamento quando è almeno qualificato dall’elemento psicologico della colpa.**La dottrina dominante (Auletta) ritiene **che la risoluzione è una sanzione per l’inadempimento che deve essere colpevole ed il solvente quando risolve,impartisce una punizione all’inadempiente** che deve essere punito per il suo inadempimento e punito in vario modo tramite diverse sanzioni tra cui anche la risoluzione per inadempimento.
Per la dottrina dominante la risoluzione del contratto per inadempimento è **un rimedio sanzionatorio,afflittivo per il debitore al pari dell’obbligo risarcitorio con cui si cumula.**Si anticipa che Grasso contesta l’opinione della dottrina dominante,che assimilando la risoluzione alla **natura sanzionatoria del risarcimento presuppone un’equiparazione dei 2 strumenti che è ingiustificata in seguito al fatto che il risarcimento del danno,costituente la tipica sanzione dell’illecito civile si pone come un’ulteriore e ben distinta conseguenza dell’inadempimento**  che può accompagnare anche l’esecuzione forzata del contratto e quindi si ha anche quando la parte non inadempiente ha escluso di agire in via giudiziaria per la risoluzione.

2.Verifica dell’affermazione della dottrina dominante per cui la risoluzione è una sanzione per l’inadempimento

Si vuole verificare se la risoluzione è davvero una sanzione per l’inadempimento.Grasso ritiene che per rispondere alla domanda bisogna analizzare più da vicino questo meccanismo e cercare di comprendere in cosa consiste la risoluzione per cui quando si risolve il contratto,cosa accade?
**Quando si chiede la risoluzione del contratto,lo si scioglie.Sciogliere il contratto è un termine un’po generico,restrittivo e significa “cancellare dal mondo giuridico i rapporti obbligatori sinallagmatici” che sono effetto del contratto a prestazioni corrispettive che viene sciolto.**Sciolgo il contratto cioè non si scioglie il contratto come fatto,ma si sciolgono **i diritti e gli obblighi corrispettivi che vivono nel mondo del diritto.**Allora l’inadempiente una volta che il risolvente ha risolto il contratto **subisce come conseguenze nel proprio patrimonio giuridico la perdita del credito e del debito.**Se perde il credito e il debito dove sta la pena,qual è la parte afflittiva di questa conseguenza della perdita del diritto e dell’obbligo corrispettivo?
L’inadempiente perde il credito ma si libera anche dell’obbligo corrispettivo.Qui a seguito della risoluzione l’inadempiente ha perso il diritto ma ha anche acquistato l’obbligo corrispettivo.
**Questo effetto,perdita del diritto e acquisto dell’obbligo corrispettivo è lo stesso effetto che si determina anche nel patrimonio del risolvente.**Se fosse afflittiva la perdita dell’diritto e l’acquisto dell’obbligo corrispettivo allora anche il risolvente si autoinfligge in maniera masochista una punizione pure lui.
**La punizione non può stare nella perdita dell’acquisto,cioè l’effetto risolutorio non è di per sé punitivo,in se e per se l’effetto risolutorio non è punitivo** allora non si può dire che la funzione della risoluzione è quella **di sanzionare,cioè infliggere una pena.**Se l’effetto della risoluzione è di estinguere l’obbligo e il diritto corrispettivo,la sua funzione non può essere quella sanzionatoria perché dentro questo scambio non si vuole la sanzione.
Però non si può mettere sullo stesso piano l’effetto risolutorio che subisce il risolvente dall’effetto risolutorio che subisce l’inadempiente perché **il risolvente sceglie di risolvere,mentre la parte inadempiente subisce la risoluzione.**Si potrebbe **immaginare che la funzione sanzionatoria,la parte afflittiva sarebbe nel fatto che l’inadempiente subisce una conseguenza che in quel momento potrebbe non gradire:perde il diritto e viene liberato dall’obbligo,ma questo scambio in quel momento non lo gradisce perché non è frutto di una libera scelta ma lo subisce.**E’ il risolvente che sceglie liberamente lo scambio tra credito e debito corrispettivo,ma l’altro lo subisce.
Questo è vero,ma non si può sostenere che sia sempre sgradito per la parte inadempiente lo scambio del diritto e dell’obbligo corrispettivo.
**Per dire che la risoluzione del contratto ha sempre natura afflittiva per l’inadempiente,**dovremmo presupporre che l’inadempiente è sempre disinteressato ma ciò non si può affermarlo in via preventiva ed astratta.Si potrebbe supporre il fatto che proprio perché non ha adempiuto il suo interesse è al contrario.

Siccome la **funzione di un istituto,è la funzione che esso realizza tramite la produzione di effetti,**qual è la funzione della risoluzione?**La funzione della risoluzione consistente nell’estinzione del diritto e dell’obbligo corrispettivo,effetti che non sono sanzionatori.**

2.Considerazioni sulla natura “non sanzionatoria” della risoluzione del contratto
Siccome non è una sanzione,**la risoluzione è un potere che si attiva con l’altrui inadempimento ed è un potere di disporre novativamente del proprio credito scambiandolo con la perdita dell’obbligo corrispettivo.**Si parla **di carattere elettivo della** **risoluzione,potere frutto di una libera scelta del risolvente che potrebbe chiedere anche l’adempimento coattivo del contratto alla parte inadempiente.**Il contraente risolvente,quando risolve ovviamente effettua una valutazione di convenienza.Egli effettua una valutazione di questo tipo: “Devo avere il cavallo da corsa e lo devo pagare 1000 euro”. “Io rinunzio al cavallo da corsa e mi ritrovo 1000 euro in tasca”.Quindi in questo caso il contraente risolvente valuta per sé la maggiore convenienza **di scambiare il mio credito con la liberazione dell’obbligo corrispettivo.**Il risolvente utilizza un **potere dispositivo-novativo**,proprio di un creditore in un contratto a prestazioni corrispettive e consente di scegliere **di non realizzare il credito ma di scambiarlo con la liberazione dell’obbligo corrispettivo.
Carattere elettivo della risoluzione si basa sul dato normativo dell’art.1453 c.c=**Del resto la risoluzione è conseguenza certamente di una scelta libera del risolvente e questo lo dice il codice,all’art.1453 c.c “Nei contratti con prestazioni corrispettive,quando uno dei contraenti non adempie le sue obbligazioni,l’altro può **a sua scelta** chiedere l’adempimento o la risoluzione del contratto,salvo,in ogni caso,il risarcimento del danno”.
Si sottolinea nella disposizione la locuzione **“a sua scelta”** e quanto letto significa che quando l’altra parte non adempie,l’altro contraente può scegliere:
-**o la manutenzione del contratto,
-o la risoluzione**Con la manutenzione,si chiede che il contratto venga eseguito e nell’esempio di specie di avere il cavallo perché ho interesse a riceverlo.Il contraente non inadempiente è disposto a fare l’azione esecutiva per avere quel cavallo da corsa e pagare 1000 euro.
Se invece il contraente non ha interesse **a chiedere l’esecuzione,attua un potere dispositivo-novativo rinunziando al credito ma scambiandolo con la liberazione dell’obbligo corrispettivo e nel caso di specie** il contraente non inadempiente rinuncia al cavallo,liberandomi dell’obbligo cioè di pagare i 1000 euro.

**Il potere risolutivo non è un potere sanzionatorio che viene riconosciuto al risolvente di fronte all’inadempiente ma è un potere che consiste nella possibilità di ricostituire l’equilibrio precedente al contratto,di ripristinare sciogliendo il contratto l’equilibrio preesistente e questo ripristino avviene attraverso lo scambio tra la rinunzia al proprio credito e l’acquisto consistente nella liberazione dall’obbligo corrispettivo.**Quindi il contraente non inadempiente ripristina la situazione preesistente scambiando il credito con il debito.**C’è una perdita ma anche un acquisto e questa è l’essenza della risoluzione.**Questa scelta è liberamente effettuata dal solvens e non è obbligata,condizionata dall’inadempimento altrui infatti il solvens potrebbe preferire l’esecuzione coattiva del contratto anche se è certo che a seguito dell’esecuzione del contratto non riuscirà mai ad avere la prestazione oggetto dell’obbligo della controparte che magari è divenuta impossibile per causa imputabile al debitore.
Esempio:Il contraente non inadempiente non può ricevere il cavallo perché sparato in fronte dal debitore.La prestazione in questo caso è divenuta impossibile per causa a lui imputabile,ma il debitore non si libera dall’obbligazione e però sarà tenuto a dare all’altro contraente una somma di denaro per equivalente e il contraente non inadempiente potrebbe avere questo interesse perché magari ha interesse ad eseguire la sua controprestazione.Se la controprestazione si tratta del pagamento della somma di danaro forse non è concepibile una cosa del genere ma se la controprestazione fosse una controprestazione a cui si può avere interesse per ragioni d’immagine(esempio sono Vasco Rossi e la mia controprestazione consiste nel concerto di musica a Reggio Emilia.Io potrei avere interesse ad eseguire il contratto,perché avrei interesse ad eseguire la mia prestazione perché ciò mi consente di avere una visibilità,un ritorno d’immagine vendendo più copie del nuovo album e avendo anche una diretta televisiva).
Diverse volte si può determinare una situazione del genere in cui il debitore ha interesse ad eseguire la prestazione.

Si può fare l’esempio in cui il debitore è un professionista,un architetto che deve fare un progetto ed ha interesse a farlo anche se contenuto di un obbligo perché gli consente di avere visibilità.Anche se in questi casi la controprestazione a cui si avrebbe diritto è divenuta impossibile per causa imputabile al debitore,con conseguente obbligo di risarcimento a suo carico(art.1218 c.c),non si chiede la risoluzione ma l’adempimento coattivo del contratto.Questi esempi testimoniano il fatto che la risoluzione è sempre **il frutto di un’opzione libera del risolvente e non c’è mai un’ipotesi in cui è necessitata,è obbligatoria** ma semmai in alcuni casi è opportuna per ragioni di carattere materiale **ma non è mai giuridicamente necessaria.**E’ il risolvente,il non inadempiente che a sua scelta,secondo quanto stabilito dal legislatore può scegliere “**a sua scelta”**  se risolvere o eseguire il contratto e questa scelta compete esclusivamente al risolvente che la effettua sulla base di varie motivazioni e i motivi che lo spingono a fare questa scelta sono irrilevanti.Tuttavia è una scelta libera non condizionata dall’inadempimento ma frutto di esigenze economiche,relazionagli con altri.
Esistono motivi della scelta,ma la scelta è sempre libera in quanto si basa sulla valutazione di questi motivi fatta dal soggetto che sceglie.
E’ il risolvente che sceglie,e sceglie perché in quel momento ritiene preferibile **piuttosto che chiedere l’adempimento coattivo del contratto e fare tutto ciò che deve fare per ottenere l’esecuzione,liberarsi dall’obbligo e perdere il credito.
La liberazione dell’obbligo e la perdita del diritto sono in corrispettivo perché concernono un rapporto sinallagmatico in cui il credito e il debito sono tenuti insieme.**Nel momento in la parte adempiente valuta,deve valutare sia il fatto che si perde il credito che si perde il debito e quindi si fa una valutazione evidentemente se si preferisce la risoluzione,si preferisce liberarsi dal peso dell’obbligo piuttosto che perseguire il credito.
Quindi **si è scambiato il credito liberandosi dall’obbligo corrispettivo,disponendo novativamente del credito.**La risoluzione del contratto è questo,quindi la sanzione non ha nulla a che fare con essa.
Nel momento della libera scelta,la parte adempiente sceglie di scambiare il credito con il debito corrispettivo perché evidentemente preferisce liberarsi del debito piuttosto che conseguire il contenuto del credito e quindi ciò significa che si è voluto scambiare il credito con la liberazione dell’obbligo corrispettivo e non c’è altro.Questo è il risultato,sia dal punto di vista dell’adempiente che del non inadempiente e allora non ha senso parlare di sanzione.

3.Conseguenze derivanti dal carattere elettivo della risoluzione

Quest’ affermazione per cui la **risoluzione è la conseguenza di un’opzione libera del risolvente è ovvissima perché sta scritto nel codice**,ma nessuno l’ha mai sostenuta.Si potrebbe dire che essendo estremamente ovvia,non è mai stata detta comunque è importante per le conseguenze che ne derivano:
1)**se è un’obbligazione di valore o di valuta già esaminata;**2)è estranea alla risoluzione **qualsiasi conseguenza sanzionatoria perché chi esercita il potere non intende irrogare la sanzione infatti la risoluzione non è una pena privata da assimilare alla clausola penale o alla caparra penitenziale che sono pene private(Esempio se tu non farai una certa cosa mi darai dei soldi,questa è una pena che si può chiedere per il diritto).**Una volta che si è risolto il contratto qual è la pena che si avrà a carico dell’inadempiente?Non c’è nessuna pena perché anche qui avrai la liberazione dall’obbligo perdendo il credito.Certo la pena sta nel fatto **che l’inadempiente subisce una scelta che non ha voluto liberamente e ma non si sa se lo stesso adempierà potendo gradire tale soluzione**.**L’inadempiente potrebbe non aver adempiuto per sollecitare l’adempiente ad esercitare tale potere in quanto non ha interesse al contratto.**

Per Grasso l’idea della funzione sanzionatoria della risoluzione del contratto per inadempimento è inconsistente perché la funzione della risoluzione non ha nulla a che fare con l’irrogazione di pene.
Il risolvente vuole semplicemente operare la scelta di scambiare il suo credito con la liberazione dell’obbligo corrispettivo e se fa ciò vuol dire che considera più conveniente per lui riacquistare la disponibilità della somma di danaro che dovrebbe dare piuttosto che per perseguire il credito.
Quindi **il risolvente ha scambiato il credito con la liberazione dall’obbligo corrispettivo,esercitando un potere dispositivo del credito che sta dentro il credito e che consente di fare operazioni di questo genere.**La parte adempiente può fare questa operazione in via unilaterale perché è autorizzato dal legislatore constatando l’inadempimento della controparte.
Potrebbe darsi che non si è in grado di realizzare il contratto e allora la parte adempiente sulla base di proprie valutazioni sceglie se perseguire a tutti gli effetti l’adempimento coattivo oppure risolvere il contratto.

4.Risoluzione e risarcimento del danno.Danno positivo e danno negativo

Grasso fa notare che il fatto che la **risoluzione è un’opzione libera e mai resa necessaria da qualcosa,ha un’importanza fondamentale per un altro problema pratico che è quello del risarcimento del danno.**Si sa che la risoluzione consente **“in ogni caso”** dice il codice sia che si abbia l’adempimento coattivo che la risoluzione il risolvente può chiedere il risarcimento del danno ex art.1453,I comma.
Qual è danno può essere liquidato?**La risposta unanime è che il danno risarcibile è il cosiddetto danno positivo che è il danno commisurato al valore dell’oggetto che si doveva ricevere dalla controparte.**Quindi nell’esempio fatto prima il danno positivo è dato dal valore del cavallo.
Si risolve il contratto e poi si chiede il risarcimento del danno perchè sulla base dell’esempio fatto non si è ricevuto il cavallo e quindi si chiede il valore dello stesso.
Si deve **risarcire il cosiddetto interesse positivo perché si è in presenza di un’inadempimento di un’obbligazione e quindi l’inadempimento contrattuale che ha dato luogo alla risoluzione del contratto determina la necessità del risarcimento del danno da inadempimento che è sempre risarcimento del danno positivo.**

5.Danno da inadempimento o da risoluzione?Idoneità della risoluzione ad interrompere il nesso causale tra fatto inadempimento ed evento danno

Ma il danno qui è un danno da inadempimento o un danno da risoluzione?
Si risponde che siccome è ovvio che la risoluzione è di inadempimento è la stessa cosa.**Il danno da risarcire è il danno da inadempimento che coincide con il danno da risoluzione perché la risoluzione è d’inadempimento.**Si è risolto il contratto perché l’altro è stato inadempiente.
Non è così però e sarebbe così se sulla base dell’inadempimento si fosse “costretti” alla risoluzione ma siccome non si risolve sulla base di un obbligo,di una necessità che deriva dall’altrui inadempimento ma sulla base di una libera scelta **il danno da risoluzione non coincide con il danno da inadempimento.
Una cosa è il danno da inadempimento e una cosa è il danno da risoluzione perché la risoluzione *non è causata dall’inadempimento ma è occasionata dall’inadempimento*** perché causata da una libera scelta del risolvente.

Allora l’inadempimento è il presupposto ma non è la causa tanto è vero che sulla base dello stesso inadempimento anziché risolvere si sarebbe potuto eseguire il contratto.
Allora non c’è **una causalità che lega l’inadempimento al danno**.Se il danno consiste sulla base dell’esempio nel fatto che la parte adempiente non riceve il cavallo da corsa,non è stato determinato dall’inadempimento bensì dalla risoluzione perché a sua volta la risoluzione non è causata dall’inadempimento **non c’è il nesso tra l’inadempimento e il fatto che non si riceve il cavallo,il bene oggetto della controprestazione.**Non c’è questo nesso perché il legame tra fatto inadempimento ed evento danno è spezzato da libero arbitrio della parte adempiente di risolvere o eseguire il contratto.
Il fatto di non ricevere il bene oggetto della controprestazione,il cavallo non è colpa dell’inadempimento ma della “colpa” della parte adempiente che ha scelto di risolvere liberamente il contratto.
Si sta parlando di una posizione molto singolare sostenuta solo dal Professore Grasso che non deve essere necessariamente condivisa ed apprezzata tanto è vero che la maggior parte della dottrina effettua il ragionamento opposto ritenendo **che l’inadempimento determina la risoluzione e ciò che deriva dalla risoluzione va imputato a chi avendo inadempiuto ha dato causa alla risoluzione.**Però si tratta di una ragionamento che prescinde totalmente dal fatto che come dice il legislatore all’art.1453 c.c la risoluzione è fatta a scelta del risolvente,”a sua scelta” quindi non è causata dall’inadempimento perché se fosse causata dall’inadempimento,**dovrebbe essere una conseguenza ineluttabile dell’inadempimento** e invece non lo è perché il contraente adempiente potrebbe non risolvere.

Allora il danno da risoluzione **non può essere conseguenza dell’inadempimento se l’inadempimento** non è stato nemmeno causa della risoluzione.Nell’esempio fatto più volte,il contraente inadempiente non ha adempiuto,non ha fornito il cavallo e quindi la parte adempiente non ha ricevuto il cavallo,e se risolve può chiedere il valore del cavallo?
Per la dottrina maggioritaria ciò è possibile perché la parte inadempiente ha causato la risoluzione.
(1:31:03)Grasso ritiene che se l’inadempimento non è causa della risoluzione,perché la causa della risoluzione è la scelta libera del soggetto che ha adempiuto,**allora tra l’inadempimento e la perdita del cavallo da corsa c’è in mezzo una scelta libera che è quella di risolvere e già questo è sufficiente ad interrompere il nesso di causalità che c’è tra l’inadempimento e l’evento perdita del cavallo.**Del resto se la parte adempiente avrebbe voluto il valore del cavallo,non avrebbe scelto la risoluzione del contratto anche se il cavallo fosse morto e quindi la controprestazione fosse divenuta impossibile per causa imputabile al debitore avrebbe ottenuto il controvalore perché l’inadempiente non è liberato dalla prestazione.
Se l’impossibilità non dipendesse da causa imputabile al debitore,il contratto sarebbe sciolto per impossibilità sopravvenuta ex art.1256 c.c.

Grasso ritiene che il ragionamento fatto per cui il risarcimento del danno previsto dall’art.**1453 c.c dovrebbe essere il risarcimento del danno positivo** e questo lo dice chiunque tanto è vero che non vi è alcuna discussione per ogni giorno ci sono migliaia di cause giudiziarie aventi tale “thema decidendum” risolte in questo modo dalla giurisprudenza perché si fa il ragionamento che sembra ovvio,quasi pacifico:la controparte è inadempiente e tale inadempimento ha giustificato la risoluzione dell’altra parte quindi è stato causa della risoluzione,quindi sulla base dell’esempio la parte che ha adempiuto ha perso il cavallo per colpa dell’altra inadempiente.Questo è il ragionamento che si fa.
Grasso dubita che tale ragionamento sia corretto anche se non pretende di aver ragione.
Egli sostiene che non essendo l’inadempimento causa della risoluzione,ma questa è causata da una libera scelta del contraente risolvente che se ha risolto significache preferisce liberarsi dall’obbligo corrispettivo piuttosto che avere il credito.Quindi dopo aver fatto questo scambio,questo acquisto tra perdita del credito e perdita del debito perché nella sua prospettazione ciò è un acquisto,chiede il risarcimento del danno positivo perché sempre secondo l’esempio fatto voleva avere il cavallo e non lo ha ricevuto?
Se la risoluzione è **satisfattoria in sé perché la parte che sceglie di risolvere preferisce fare così,liberandosi dall’obbligo e non avere l’attuazione del credito,la realizzazione del contratto preferendo scambiare il credito con la liberazione dall’obbligo perché più conveniente** ha realizzato così un’operazione più satisfattoria dell’altra in quanto pur di liberarsi dall’obbligo,rinuncia al credito(al cavallo).
Dopo aver fatto questa operazione sulla base di valutazioni libere condizionate da altre circostanze di fatto quali l’altrui inadempimento allora poi dopo il risolvente imputa alla controparte di non aver ricevuto il cavallo?
Se ha scambiato il proprio credito con la liberazione dall’obbligo corrispettivo non ha senso fare tale richiesta,in quanto la parte adempiente avrebbe dovuto chiedere l’esecuzione coattiva del contratto.

Grasso ritiene contraddittorio quanto detto una volta individuata la reale funzione della risoluzione.
Se non si conosce la reale funzione della stessa e si ritiene che la sua funzione sia quella **sanzionatoria e non quella satisfattoria che** il professore sostiene,allora si effettua un’affermazione contraria a ciò che dice il 1453 c.c perché tale articolo **sostiene che il risolvente a sua scelta risolve.**Allora questa natura della risoluzione come esercizio di un potere di opzione libero e insindacabile in capo al risolvente è scritto nel codice e non può non avere delle conseguenze.
Se si opta per la risoluzione del contratto,non si può chiedere alla controparte la realizzazione del contratto **per equivalente** qualora la sua prestazione sia divenuta impossibile per causa a lui imputabile.
Dal punto di vista tecnico:
-o si dice che la risoluzione è conseguenza necessaria dell’inadempimento e ciò non si può dire perché c’è il 1453 c.c.
-oppure si dice altra cosa.
Se dicessimo la prima cosa,si potrebbe dire che c’è un nesso di causalità tra inadempimento e danno(perdita del cavallo) ma se non è così il nesso di causalità è interrotto anche in tema di principi generali del risarcimento del danno che richiede il nesso di causalità tra danno inteso come evento e danno inteso come fatto costitutivo dell’evento danno.

Per Grasso se ci si mette su questo giusto binario la risoluzione del contratto,ci si rende che alcune verità che sembrano immutabili,normali non sono così.
L’aver riconosciuto che la risoluzione **non ‘è una sanzione per l’inadempimento ma è un rimedio satisfattorio concesso dall’ordinamento al risolvente** è un affermazione importante perché sul piano delle conseguenze pratiche si possono trarre degli esiti,dei risultati che sono molto diversi d quelli offerti dalla dottrina dominante.
Grasso sostiene la sua teoria non per indottrinare ma per far comprendere che intorno a tali temi è necessario ragionare poi l’esito del ragionamento può essere non convincente o convincente al punto da non essere condiviso,cioè convincente o non condiviso.
Nel diritto civile tedesco,BGB chi risolve non può chiedere il risarcimento del danno **perché lo stesso risolvente ha scelto di scambiare ciò a cui aveva diritto,nell’esempio fatto il cavallo da corsa o figlio di Varenne,liberandosi dall’obbligo corrispettivo e ad esempio puntando ad acquistare un cavallo da un altro scuderia per un costo minore e ricevendo un vantaggio in termini patrimoniali.**Questa è la risoluzione che è un potere riconosciuto ad una delle 2 parti,quella che non è inadempiente per cui di fronte all’inadempiemento altrui si può mettere in discussione tutto e quando ciò avviene:
-o si decide di eseguire il contratto perché conviene “si vuole il figlio di Varenne proprio”;
-oppure perché non si vuole ciò si richiede il risarcimento del danno positivo perché si sono ad esempio versati 1000 euro e poi ci sarà la compensazione dopo aver eseguito il contratto;
-si rinunzia non avendo più nell’esempio di specie il cavallo ma liberandosi dall’obbligo corrispettivo riacquistando quei soldi che nel bilancio già si erano inscritti in uscita e che invece rientrano entrando a far parte del mio patrimonio dopo aver rinunciato al credito spettante sulla base di una scelta più conveniente consentendo al risolvente di ritornare sul mercato comprando una cosa analoga ad un prezzo più basso.
E quindi dopo la risoluzione si dovrebbe chiedere il risarcimento del danno positivo?Ma se è stata una scelta libera del soggetto ciò non appare ammissibile che avrebbero potuto chiedere l’adempimento coattivo del contratto nonostante l’inadempimento altrui e invece ha scelto di soddisfarsi in maniera diversa.
Se la risoluzione è satisfattoria e lo è il risolvente compie il ragionamento per comprendere se lo soddisfa di più riprendere i 1000 e non avere il cavallo,valutazione di uno scambio satisfattorio e se il soddisfacimento lo ha ottenuto attraverso la risoluzione del contratto non dovrebbe chiedere alcunché.
Questo è il punto.Se sono queste affermazioni e alcune sono indiscutibili e se è vero che il codice dice “a sua scelta” mettendo nelle mani del risolvente questo rimedio che evidentemente è privatistico,non per tutelare interessi generali e serve a tutelare l’interesse di una parte non inadempiente che di fronte ad un inadempimento altrui sceglie cosa sia più vantaggioso per lui tra cui se conviene soddisfarsi in maniera alternativa rispetto a quella rappresentata dall’esecuzione del contratto.
Allora non c’è più il nesso di causalità tra il danno della mancata ricezione del cavallo e l’inadempimento,perché tra questo fatto dell’inadempimento altrui e la mancata consegna del cavallo c’è un fatto autonomo e indipendente della parte adempiente cioè **l’idea,voglia,scelta di risolvere il contratto soddisfando l’interesse in questo modo specifico.**Quindi il risarcimento del danno non può essere quello positivo come lo considerano gli altri ma altra cosa.
Questo ragionamento testimonia come nel settore civile non ci sono risposte esatte.

Il risolvente può chiedere il risarcimento del danno positivo?La risposta esatte qual è?Si può chiedere il risarcimento del danno ma sulla base di che cosa?Non sta scritto da nessuna parte e ciò è sostenuto da migliaia di persone,in centinaia.Grasso ha qualche dubbio e in quanto studenti di diritto civile bisogna coltivare questo dubbio,vedere in che consiste e vedere quali sono gli elementi che giustificano questo dubbio perché l’aver capito,ci consente di muovere in una prospettiva per cui ogni volta che si trova di fronte ad una norma da interpretare dobbiamo fare questo percorso e non accontentarci.E’ ovvio che la maggior parte delle volte,quando faremo gli avvocati sarà sufficiente seguire quello che dice la dottrina dominante però tantissime altre volte ci troveremmo di fronte a norme di nuova interpretazione,di difficile interpretazione o a situazioni in cui si può mettere in gioco una nuova interpretazione perché non tentare?Per fare questo lavoro non si può ripetere pedissequamente ciò che si è sempre affermato.Siccome la risoluzione del contratto che accompagna il risarcimento del danno positivo come dicono tutti(1:46:31)…Però devo sapere che qualcuno ne potrebbe dubitare.Non è detto che sia così e non è detto che in un certo corso della via giudiziaria la verità di Grasso possa diventare più consistente,più vera perché più condivisa.
Bisogna fare dei ragionamenti sulla base di un percorso logico e razionale fermo restando che i ragionamenti possono essere veri o non condivisibili.

LEZIONE DEL 25 NOVEMBRE.

Allora riprendiamo il nostro percorso. Ci stiamo occupando della risoluzione del contratto per inadempimento e abbiamo visto che probabilmente, diversamente da quanto ritiene la dottrina dominante, si può considerare la risoluzione come una modalità di soddisfacimento dell’interesse creditorio che viene infatti soddisfatto in maniera indiretta attraverso lo scambio del credito con la liberazione dal debito costitutivo.

Il risolvente, che ha il potere di scelta, come abbiamo visto già dall’art 1453, sceglie appunto di risolvere ,evidentemente, quando pensa che gli convenga riacquistare la disponibilità della propria prestazione, quindi quando gli convenga perdere il debito, e per liberarsi dal debito è disposto a rinunciare al credito. La ragione che lo induce a scegliere la **risoluzione** piuttosto che l’esecuzione coattiva del contratto è da individuare in questa valutazione di opportunità. Quindi fa una valutazione di questo scambio, se lo ritiene conveniente per sé risolverà il contratto , altrimenti lo eseguirà e pretenderà l’esecuzione coattiva da parte del contraente inadempiente.

Ora, il fatto che la risoluzione sia il risultato di una valutazione libera del risolvente (sia dunque un’opzione rimessa alla sua discrezionalità) è una notazione che appare come ovvia, sta scritto nel codice, ma che poi non è così ovvia perché le conseguenze che derivano da questa constatazione sono conseguenze molto importanti che in genere la dottrina dominante non ha riconosciuto; se la risoluzione dipende da una libera scelta del risolvente , il quale si farà guidare da motivazioni che sono le più varie, il che però non esclude che la scelta sempre libera è.

 Se la risoluzione dunque è il risultato della sua libera scelta allora non possiamo dire che è l’**inadempimento** che costringe o induce il non inadempiente a non risolvere il contratto. Quindi la risoluzione del contratto non dipende dall’altrui inadempimento ,ma dipende dalla scelta libera del risolvente.

Certo l’inadempimento è un presupposto per poter esercitare liberamente questo potere, ma non è la causa della risoluzione, è semmai l’occasione dell’eventuale risoluzione la quale la deve scegliere il risolvente. Questo è un passaggio decisivo nel discorso che stiamo facendo , perché mette su tutt’altro piano, rispetto a quello corrente, la risoluzione di un problema importantissimo che è quella della natura della restituzione della somma data nell’ipotesi per esempio nel contratto di compravendita che viene risolto per inadempimento del venditore e ancor più significativamente serve a risolvere un altro problema molto grosso che è quello del *tipo di danno risarcibile a seguito della risoluzione*. Quali sono i danni risarcibili a seguito della risoluzione?

Si dice il ***danno positivo****,* cioè il danno che risarcisce la lesione del cosiddetto interesse positivo e quindi l’inadempiente deve risarcire il *valore della prestazione alla quale rinuncia,* quindi ci sarebbe una sorta di danno residuale nel caso della risoluzione che deve essere addossato all’inadempiente.

Certo tutti riconoscono che anche da questo danno bisogna poi detrarre il valore della prestazione di cui il risolvente si libera, si dice una sorta di compensazione interna, però comunque è necessario valutare il valore della prestazione perduta e se il valore della prestazione perduta supera il valore della prestazione recuperata questo surplus deve essere risarcito perché è appunto un danno da risoluzione che è ascrivibile all’inadempiente, giacché la risoluzione è causata dall’altrui inadempimento.

Vi ho detto ieri, e lo ripeto anche oggi ,che se la risoluzione viene riconosciuta dal legislatore come esercizio opzionale di un potere che si origina dall’altrui inadempimento, che è quindi un presupposto, che rappresenta l’humus, l’occasione, che consente il sorgere di questo potere ***ma l’esercizio di questo potere non è conseguenza dell’inadempimento ma è conseguenza di una scelta libera del risolvente***, il quale ha ritenuto di soddisfarsi attraverso questa scelta. Ma allora la risoluzione ha una funzione satisfattoria non sanzionatoria dell’altra parte? È una modalità di soddisfacimento della parte non inadempiente. La parte di un contratto a prestazioni corrispettive che non sia inadempiente può soddisfarsi attraverso questo strumento della risoluzione,attraverso quella valutazione di convenienza di cui abbiamo detto sopra.

Allora se il risolvente ha ritenuto questa opzione come soddisfacente anzi come più soddisfacente dell’altra possibile opzione, cioè di quella di esecuzione coattiva del contratto, non si vede quale altro danno risarcibile possa individuarsi. Certo però l’art 1453 dice:**“*in ogni caso***il risolvente può chiedere il risarcimento del danno”, quindi sia nell’ipotesi in cui scegliesse l’esecuzione in forma specifica sia nell’ipotesi in cui scegliesse la risoluzione. Quindi è evidente che un qualche risarcimento del danno al soggetto risolvente deve essere riconosciuto, ma questo danno è un danno positivo? Non necessariamente deve essere un danno positivo. Del resto, nell’ipotesi in cui si chiedesse la esecuzione in forma specifica del contratto, il danno risarcibile in cosa consisterebbe? Magari nel ritardo con il quale l’ esecuzione è stata ottenuta, è stata effettuata. Bisogna in concreto vedere quale può essere il danno che è risarcibile quando il soggetto preferisce risolvere piuttosto che eseguire il contratto.

E quali sono questi danni?

Certamente i cosiddetti **danni negativi**, le spese che si sono dovute affrontare per concludere questo contratto che poi non ha avuto esecuzione, le spese che si sono dovute affrontare per ottenere lo scioglimento del contratto, tutto ciò che riguarda l’interesse negativo a non essere coinvolto in una obbligazione negoziale che non va a buon fine che è cosa diversa **dall’interesse positivo** che viene invece commisurato al valore della controprestazione da ricevere.

Questa costruzione ,che vi ripeto è in linea con una scelta che è fatta dal codice tedesco , BGB, (Beghebé), che è molto simile al nostro per certi aspetti e per altri molto diverso, la parte o può chiedere l’esecuzione del contratto di risarcimento o fa la risoluzione del contratto, perché ,evidentemente, in quella cultura giuridica già si sono digerite queste affermazioni che io vado facendo da qualche anno con scarso successo in Italia, in verità sono state apprezzate e mi hanno fatto vincere un concorso a cattedra però comunque sono ancora carenti. Il problema che si pone, rispetto a questa mia soluzione , è da individuarsi in una norma che è **l’art 1518 c.c.,** dettata in tema di vendita di cose mobili, e dice “*se la vendita ha per oggetto una cosa che ha un prezzo corrente a norma del 3°comma dell’art 1515 e il contratto si risolve per l’inadempimento di una delle parti, il risarcimento è costituito dalla differenza tra il prezzo convenuto e quello corrente nel luogo e nel giorno in cui si doveva fare la consegna salva la prova del maggior danno”*. Qui il legislatore si riferisce certamente a un **danno positivo**. Nel caso dell’art 1518 vi è una determinazione del risarcimento, il legislatore entra nella valutazione di questo possibile risarcimento in caso di risoluzione per inadempimento di un contratto di compravendita di cose mobili. (ripete l’articolo). È un interesse positivo, perché il risarcimento è commisurato al valore della prestazione. Allora si potrebbe dire che tutte le considerazioni ascoltate sin ora hanno una loro ragionevolezza, sono coerenti, tuttavia il dato legislativo contrasta con questa ricostruzione che fa il professore Grasso perché c’è un dato legislativo che è quello contenuto nell’art 1518 che ci dimostra che il legislatore in caso di risoluzione ha previsto il risarcimento del danno e questa norma la quale è stata dettata per le cose mobili si riferisce ad una modalità di valutazione dell’ammontare del risarcimento che rappresenta un principio di ordine generale che va adattato al caso concreto, ma è un principio di ordine generale.

Allora che cosa possiamo dire di fronte a questa replica mossa dal prof Grasso? Innanzitutto non bisogna mai negare la realtà,altrimenti non si è più credibili (un ragionamento è credibile se si dà per scontato che le cose vere sono vere)e qua la cosa vera è che l’art 1518 prevede il risarcimento del danno positivo e che risulta esplicitamente dalla lettura dell’art.1518.

Su cosa possiamo incidere per mettere in crisi questa replica fatta dalla dottrina? Possiamo incidere sull’affermazione del valore generale di questa norma (il prof esplicita quella che è la metodologia del ragionamento):

-l’art 1518 riguarda un **risarcimento positivo**. Ma dove sta scritto che è un principio di ordine generale? Da che cosa lo si evince? Da niente anzi al prof pare che questa norma sia di carattere speciale e la specialità di questa norma è evidente già dal fatto che il legislatore la circoscrive alle vendite non di tutte le cose mobili,ma**solo di quelle cose mobili che hanno per oggetto un prezzo corrente** a norma dell’art 1515,3. Quali sono queste cose? Le cose che hanno un prezzo di listino determinato da una borsa, borsa merci o borsa valori.

-Borsa valori: è la borsa che giorno per giorno ci da il valore delle azioni di borsa.

-La borsa merci è una borsa in cui giorno per giorno si stabilisce il prezzo delle merci che vengono vendute nel mercato (oro, argento mais, grano ecc) .Questa è una borsa importante:giorno per giorno ci dice quanto vale il grano ad esempio (es. oggi il grano sta a 10€ al quintale-prezzo medio del mercato internazionale,domani cambierà sarà 10,4 euro,oscilla sempre magari perché crolla la produzione in America o altri paesi che sono grandi produttori di questo grano e il prezzo aumenta perché diventa un bene prezioso).

Questo tipo di valutazione di questo tipo di merce(quintale di riso,valore del riso), il grande produttore come la fa?a quanto lo compra il riso? Guarda la borsa merci perché deve comprare una quantità molto grande e non una quantità personale. Quindi questa norma si rivolge a noi che compriamo un kg di riso oppure all’imprenditore che ne deve comprare una grande quantità? Evidentemente all’imprenditore, perché queste cose servono per la propria attività imprenditoriale (cita alcuni pastifici –divella,barilla-che si procurano cose mobili attraverso un contratto di compravendita di cose mobili,che però non sono cose mobili normali,ma hanno la particolarità di cui al 1518,3 sono cose mobili che hanno un prezzo corrente,ci sono dei listini.

Vanno sul mercato comprano la merce es. farina per fare la pasta mese per mese, il produttore della merce(abbiamo il mulino e il pastificio) non me la consegna,si rende inadempiente. Io allora posso chiedere l’esecuzione o la risoluzione. In questo caso probabilmente chiederò sempre la risoluzione perché a me non interessa ottenere questo quintale di grano per l’esecuzione in forma specifica, ma conviene risolvere il contratto perché recupero la mia prestazione ma questa volta non perché ho valutato conveniente scambiare con la rinunzia al credito, ma perché voglio recuperare questa prestazione per ritornare il giorno dopo sul mercato e comprare la medesima merce da un altro produttore . Qui siamo in presenza di una situazione in cui il risolvente è sempre libero però forse è un po’ meno libero, è più condizionato perché ha la necessità di recuperare quella somma di denaro che avrebbe versato al produttore inadempiente per poter acquistare quella stessa quantità di merce da un altro produttore e lo fa nel giro di un giorno altrimenti dovrebbe fermare il mulino. Posso tenere la merce nei magazzini di stoccaggio però comunque ho bisogno che l’attività venga alimentata a monte, se non arriva la materia prima devo licenziare, posso anche resistere un mese ma poi finirà.

Quindi invece di fare esecuzione che sarebbe più lungo come tempo rispetto a quelle che sono le esigenze,in questo caso sono indotto più facilmente a risolvere,ma questa volta la risoluzione non è animata da una scelta che è la conseguenza di una valutazione di convenienza tra continuare ad essere obbligato ed eseguire il credito oppure rinunciare al credito e liberarsi dall’obbligazione , ma non in questi casi.In questo caso il risolvente non risolve in maniera satisfattoria ma sulla base di altre ragioni, perché vuole procurarsi la disponibilità della propria prestazione per ripresentarsi sul mercato e rifornirsi di quella merce.

Quindi la disciplina dell’art 1518 tiene conto della situazione in cui questa norma si applica, la situazione sostanziale a cui questa norma si riferisce. Sarebbe ingiusto non consentire questa risoluzione,io qui ho voluto la risoluzione non per soddisfarmi,ma per un’altra ragione:non perché voglio chiudere l’operazione,rinunciare e chiedere i miei soldi,ma perché voglio richiedere i miei soldi per riproporre l’operazione il giorno successivo con un altro contraente,perché ne ho bisogno.

Quindi l’art 1518 è una norma che non può esserci rinfacciata in maniera pacifica perché è circoscritta a una situazione particolare, anzitutto vendita di cose mobili,ma solo quelle che hanno un prezzo corrente sulla base di un listino:è una sottocategoria dei contratti a prestazioni corrispettive molto particolare,animata da altre esigente concrete. Quindi questa disciplina non ha valore generale,non ci può convincere del contrario rispetto a quello che abbiamo detto,una volta riconosciuto,partendo dalla individuazione della risoluzione come potere che viene esercitato sulla base di una libera scelta,la natura satisfattoria della risoluzione. Mentre noi possiamo dire che in via generale la risoluzione ha natura satisfattoria, in questo caso non è così,ma è una disciplina speciale che non può avere valore di carattere generale. Chiaro il ragionamento? Non dovete adottare per forza questa soluzione, l’importante è che avete capito.

Vediamo adesso un altro profilo, chiediamoci ma la **risoluzione per inadempimento come funziona**?

Nell’ipotesi in cui una parte è non inadempiente e un’altra deve essere inadempiente, quindi si applica nei contratti a prestazioni corrispettive in cui una parte è inadempiente e l’altra è non inadempiente o perché ha adempiuto o perché ha un termine per adempiere e non ha ancora adempiuto.

Ma quando ci sono due inadempienti reciproci funziona la risoluzione? Il prof è d’accordo con la dottrina dominante e cioè ritiene che non sia così perché è lo stesso legislatore che ci dice che quando una parte non adempie **l’altra** adempie (art 1453). Il dato letterale è indicativo e non decisivo. Per avere risoluzione del contratto non si può invocare il proprio inadempimento ma la risoluzione del contratto è un potere che si esercita sì liberamente, ma difronte all’altrui inadempimento. Quindi il fatto che si dica “*quando uno dei contraenti non adempie*”(1453)non è detto che non possa essere anche altro inadempiente; l’importante è che chi invoca questo potere risolutivo lo faccia allegando come presupposto l’altrui inadempimento,non il proprio.

Il prof crede che quando ci sono due inadempimenti reciproci la risoluzione non possa essere invocata,anche qui con posizione che non è in linea con la dottrina dominante e della giurisprudenza. Quando ci sono due domande di risoluzione per due inadempimenti reciproci,ognuno invoca l’inadempimento dell’altro, ciascuno può chiedere la risoluzione a carico dell’altra, la giurisprudenza ritiene che si debba fare una valutazione comparativa della gravità dell’inadempimento, quale è stata causa dell’altro inadempimento, bisogna individuare l’inadempimento più grave.

Se esiste un inadempimento più grave rispetto all’altro,allora si può risolvere il contratto a danno dell’inadempiente che ha posto in essere l’inadempimento più grave.

Quindi,allora,quando c’è reciprocità di inadempimenti,tutti e due sono inadempienti, e a fronte di questa reciprocità di inadempimenti c’è anche una reciprocità di richieste di risoluzione per inadempimento(io chiedo la risoluzione del contratto per tuo inadempimento, l’altro si costituisce e dice che la controparte invece è inadempiente)il giudice valuta quale dei 2 è stato causa dell’altro per cui accoglie la domanda dell’inadempiente il cui inadempimento è stato meno grave,in quanto determinato dall’altrui inadempimento.

 Si dice che l’art 1453 va utilizzato anche in ipotesi di inadempimenti reciproci. Quindi l’inadempiente può ottenere la risoluzione purché l’altro sia stato inadempiente,ma in maniera più grave. C’è una valutazione comparativa che il giudice è chiamato a fare:a fronte di due inadempimenti reciproci, il giudice è tenuto a valutare la gravità dell’inadempimento e dichiarare la risoluzione. Questo significa dire che il soggetto inadempiente può ottenere la risoluzione del contratto.

Quindi non è vero quanto ha detto prima? E cioè di fronte alla richiesta di un inadempiente l’altro non inadempiente o magari non adempiente(perché non è ancora scaduto il termine)può richiedere la risoluzione.

Alla luce di quanto detto dalla giurisprudenza ci potremmo trovare di fronte all’ipotesi in cuiun inadempiente ottiene la risoluzione perché invoca la invoca,allegando come causa di questa risoluzione l’altrui inadempimento che è più grave del suo.

 Il prof ha qualche dubbio però ad ammettere che ciò sia possibile perché se in linea di massima la risoluzione è una modalità di soddisfacimento della parte di fronte all’ altrui inadempimento(come ha detto prima c’è un contratto a prestazioni corrispettive,uno non adempie,l’altro di fronte a questo altrui inadempimento ha la possibilità di scegliere di soddisfarsi o eseguendo il contratto in forma specifica o risolvendo).

Come è possibile che il soggetto che è inadempiente, pur essendo inadempiente può soddisfarsi ottenendo la risoluzione? È un po’ incoerente come cosa, è consentito al non inadempiente di ottenere il soddisfacimento della propria prestazione,ma chi è inadempiente insieme ad un altro,secondo il prof,non può usare questo rimedio della risoluzione,perchè otterrebbe attraverso la risoluzione un soddisfacimento che non potrebbe ottenere con l’esecuzione in forma specifica, perché se chiedesse l’adempimento l’altro potrebbe opporre l’altrui inadempimento. Secondo il prof quindi,la posizione sostenuta dalla dottrina dominante e dalla giurisprudenza non tiene conto del fatto che l’art 1453 va coordinata con l’art **1460 l’eccezione di inadempimento**. “*Nei contratti con prestazioni corrispettive ciascuno dei contraenti può rifiutarsi di adempiere la propria obbligazione se l’altro non adempie o non offre di adempiere contemporaneamente la propria salvo che termini diversi per l’adempimento siano stati stabiliti dalle parti ecc*.”

**L’eccezione di inadempimento che cos’è?** È un rimedio che può essere utilizzato da ciascuna parte di un contratto a prestazioni corrispettive quando la controparte richiede coattivamente l’adempimento senza aver eseguito contemporaneamente la sua prestazione, sempre che le prestazioni debbano essere contemporanee. Allora quando siamo in presenza di contratti con prestazioni che devono essere eseguite contemporaneamente, la parte alla quale viene chiesto l’adempimento coattivamente può rifiutarsi di adempiere se l’altra parte non offre contemporaneamente la propria. Qual è il risultato dell’eccezione di inadempimento? Si scioglie il contratto? No si congela il rapporto contrattuale.

Ora la dottrina dominante interpreta questo art 1460 come se l’eccezione di inadempimento fosse propedeutica alla risoluzione. Una parte chiede all’altra l’adempimento. La parte a cui viene chiesto l’adempimento eccepisce l’altrui inadempimento, se l’eccezione viene accolta allora colui che ha eccepito l’altrui inadempimento è giustificato nel suo inadempimento quindi non è più inadempiente e può successivamente chiedere la risoluzione del contratto per inadempimento (funziona così secondo la dottrina dominante) e si sostiene che l’eccezione di inadempimento può essere utilizzata soprattutto quando un soggetto è chiamato ad adempiere e non è tenuto ad eseguire per primo; quindi anche quando vi siano termini diversi per l’inadempimento. Il professore non condivide questa posizione perché contraria alla lettera dell’art 1460 (“*Nei contratti con prestazioni corrispettive ciascuno dei contraenti può rifiutarsi di adempiere la propria obbligazione se l’altro non adempie o non offre di adempiere contemporaneamente la propria salvo che termini diversi per l’adempimento siano stati stabiliti dalle parti ecc*.”)

È evidente che il presupposto per l’eccezione è che siano previsti adempimenti contemporanei (mano contro mano) ,se una parte deve adempiere dopo e chi doveva adempiere prima non l’ha fatto e non avendo adempiuto gli chiede l’adempimento, c’è bisogno dell’art 1460 per difendersi?altrimenti non vi sarebbe difesa(se non ci fosse il 1460?)

ESEMPIO: C’è un contratto a prestazioni corrispettive in cui Tizio deve eseguire prima e Caio deve eseguire dopo, Tizio che non ha ancora eseguito, chiede l’adempimento a Caio, Caio vi eccepisce l’inadempimento e giustifica il suo inadempimento. Ma c’è bisogno dell’art 1460 per ottenere questo risultato? No perché c’è una tutela molto più forte che prescinde dall’art 1460. Se io devo adempiere dopo di te la mia prestazione non è esigibile se tu prima non hai adempiuto la tua. **Quindi posso difendermi eccependo l’inesigibilità della mia prestazione**.Non c’è bisogno dell’art 1460, la logica dell’art 1460 è proprio quella della contemporaneità ,quindi la disciplina dell’art 1460 non riguarda tutti i contratti a prestazioni corrispettive ma quei **contratti a prestazioni corrispettive in cui le prestazioni devono essere eseguite contemporaneamente**. Sono quei contratti in cui le parti hanno un interesse particolare a scambiare la propria prestazione con un’altra,tanto particolare che è contemporanea,quindi c’è un rafforzamento dell’interesse ad ottenere quella prestazione perché cosi sono sicuro che non affronterò alcun sacrificio senza aver ottenuto contemporaneamente quello per cui sono disposto a sacrificarmi per sopportare questa prestazione.

Ripete,questa ragione di scambio è caratteristica di tutte le prestazioni corrispettive,ma se le parti hanno previsto l’adempimento contemporaneo significa che hanno rafforzato questo interesse;quando gli adempimenti non sono contemporanei può pure succedere che uno tardi e l’altro non paga più,quindi a fronte di un sacrificio fatto non ho avuto ancora la controprestazione e magari non l’avrò mai perché faccio l’esecuzione in forza specifica ma non otterrò che un risarcimento;se voglio invece tutelare questo mio interesse a perdere ciò che sono disposto a perdere,l’unico modo per poter raggiungere questo risultato è quello di prevedere adempimenti contemporanei.

Allora l’eccezione di inadempimento non è una norma di carattere generale propedeutica alla risoluzione del contratto,ma è una disciplina specifica dei contratti a prestazioni corrispettive ad esecuzione istantanea e contemporanea reciproca,in cui le parti tutelano questo loro interesse attraverso la previsione di uno scambio contemporaneo e quando non si attua nessuno può costringere l’altro all’adempimento perché salterebbe questa previsione della contemporaneità degli adempimenti che è essenziale alla tutela dell’interesse.

Se le parti vogliono che quel cavallo sia dato dietro corrispettivo di quella motocicletta, io ti do quel cavallo se tu mi dai quella motocicletta e voglio privarmi del cavallo solo se tu mi dai quella motocicletta. Non voglio il risarcimento. Se ci fossero termini diversi per l’adempimento, io potrei darti quel cavallo e tu dopo sei mesi non mi dai la motocicletta, può essere che nel frattempo si distrugge e tu mi dai il risarcimento del danno. Ma io non lo voglio perché ti ho dato il cavallo solo perché volevo quella motocicletta. Quindi la consegna deve avvenire lo stesso giorno. Questa modalità è l’unica che tutela il mio interesse ad uno scambio contemporaneo. In ogni contratto a prestazioni corrispettive mi libero dalla causa perché voglio un milione di euro e quindi c’è uno scambio di due utilità,ma in questo caso c’è uno specifico desiderio di ottenere quell’oggetto e io sono disposto al sacrificio proprio per quell’oggetto.

Quindi per tutelare questo mio interesse prevedocome modalità di adempimento la consegna contemporanea (adempimenti contemporanei). È a questa ipotesi che si riferisce il 1460,ipotesi di adempimenti contemporanei.

Se vieni a prenderti il cavallo ma non porti la moto io non ti do il cavallo (ti eccepisco l’inadempimento) mi rifiuto di adempiere per l’art 1460.L’eccezione di inadempimento giustifica il mio rifiuto di adempiere.

Ma questo significa che essendomi rifiutato di adempiere,sulla base di questa eccezione, il mio inadempimento diventa lecito? Smetto di essere inadempiente? Se fosse così,potrei quindi utilizzare la risoluzione del contratto e sciogliere il contratto. Il prof non è d’accordo perché una cosa è il rifiuto di adempiere con cui paralizzo l’altrui richiesta, altra cosa è la qualificazione del mio comportamento che resta comunque un comportamento inadempiente. Tanto è vero questo che tale mio comportamento potrebbe essere utilizzato per giustificare l’eventuale eccezione di inadempimento dell’altra parte. Facciamo l’ipotesi che chi doveva consegnare la motocicletta e non l’ha fatto qualche giorno dopo si reca alla stalla e dice che si è andato a prendere il cavallo, l’altro deve eccepire l’inadempimento. Allora l’eccezione di inadempimento funziona paralizzando l’altrui pretesa,tu mi chiedi di adempiere e io paralizzo l’altrui pretesa non puoi iniziare l’azione esecutiva nei miei confronti, perché se potessi fare l’attività esecutiva nei miei confronti attraverso di essa otterresti ciò che abbiamo voluto non accada, cioè iniziare l’esecuzione senza il tuo adempimento.

 Cos’è che non abbiamo voluto che si ottenesse? Che si ottenesse una prestazione senza una pretesa forte.

Allora l’eccezione di adempimento funziona su questo livello, non su quello della qualificazione del comportamento, ma su quello dei poteri che a seguito dell’inadempimento altrui consentono alla parte che ha interesse ad eseguire il contratto di avviare le azioni esecutive. Quindi paralizza l’azione esecutiva, giustifica il rifiuto di adempiere e quindi l’attività esecutiva non può essere eseguita ma non perché l’altra parte non è più inadempiente, ma perché questo potere non lo ho più perché mi è stato eccepito in via di inadempimento. Allora l’art 1460 si dimostra essere un rimedio specifico,non di carattere generale che rappresenta una sorta di momento propedeutico alla risoluzione del contratto; ci sono degli inadempimenti reciproci: io eccepisco l’altrui inadempimento, il giudice stabilisce che l’altrui inadempimento è più grave del mio e quindi giustifica il mio inadempimento, quindi io divento non inadempiente e faccio quella risoluzione. Non è cosi.

L’art 1460 non funziona per questi tipi, funziona solo per alcuni tipi di contratti a prestazioni corrispettive: per quelli che prevedono l’esecuzione contemporanea, contestuale . Ed è un rimedio che impedisce di modificare questo equilibrio caratterizzato dalla contemporaneità. Nessuna delle due parti fino a quando non vi è un reciproco adempimento può modificare questa tempistica che è stata posta in maniera cosi cogente a tutela di quell’interesse di cui prima vi ho parlato. Questi contratti vogliono non solo uno scambio che è tipico di tutti i contratti a prestazioni corrispettive, e dentro lo scambio è sempre presente la logica del sacrificio per avere in cambio una controprestazione. Ma ci sono dei contratti a prestazioni corrispettive in cui le parti intervengono in maniera più cogente stabilendo una tempistica dell’esecuzione delle prestazioni che è volta a garantire il più possibile che il loro sacrificio, quindi il sacrificio che ognuno di loro farà, sarà ripagato proprio dall’ottenimento di quell’oggetto che rappresenta l’unica ragione di quel sacrificio. Io sono disposto a sacrificare questo oggetto che è importante per me, ma sono disposto a farlo solo se in cambio otterrò una cosa che io ritengo equivalente ad esso, però me ne privo se e in quanto ricevo quella determinata cosa, non voglio correre alcun rischio di dover chiedere il risarcimento del danno, perché eseguo coattivamente e non riesco a fare l’esecuzione coattiva, non riesco ad apprendere più quell’oggetto, ma io non voglio una somma equivalente, voglio solo quell’oggetto. Allora il contratto a prestazioni corrispettive si atteggia in maniera alquanto diversa perché vengono previste delle prestazioni che sono contemporanee, si prevedono prestazioni che sono dette “mano contro mano”.

Vedete anche metaforicamente si vede questo scambio , io con la mia mano ti do la cosa, tu con l’altra cosa dai la cosa a me contemporaneamente, ed è il modo migliore per assicurarci il soddisfacimento del nostro interesse contrattuale. Quindi siamo in presenza di un tipo di contratto a prestazioni corrispettive che ha delle sue specificità e queste vengono garantite dalla disciplina dell’art 1460. Fino a quando questo scambio non è mano contro mano si congela tutto, è impedito a una delle parti di avviare un’azione esecutiva nei confronti dell’altra parte, perché altrimenti in via esecutiva potrebbe ottenere qualcosa senza offrire all’altra il corrispettivo, e qui ha un valore particolare perché l’altro ha concluso il contratto ed ha deciso di privarsi della cosa proprio per ottenere quel corrispettivo.

Allora se noi consentissimo l’utilizzazione del 1460 come si vuole comunemente l’interesse non lo tuteleremmo più. Una parte eccepisce l’inadempimento, il giudice accetta l’eccezione di inadempimento, quindi il tuo inadempimento è giustificato dall’inadempimento dell’altra parte, la colpa è dell’altro che ha messo a rischio l’equilibrio sinallagmatico , perché il suo inadempimento è stato causativo del disastro , quindi tu non sei più inadempiente, quindi puoi eseguire e magari anche con quella maniera indiretta e satisfattoria che è la risoluzione del contratto per inadempimento . Ma così facendo non si va contro la logica di questo tipo di contratto? Cioè quella logica tutelata dalla contemporaneità delle prestazioni reciproche, che tramite questa via, cioè l’art 1460, diventerebbe il cavallo di troia per ottenere un risultato che invece le parti non potrebbero ottenere perché hanno previsto di adempiere contemporaneamente . Allora l’unico modo per salvare la situazione,sempre secondo il prof, è quella di valutare questa particolare situazione della contemporaneità degli adempimenti che caratterizza questa sottocategoria dei contratti a prestazioni corrispettive,l’unico modo per salvare questa disciplina è quella di riferirla soltanto a questo tipo di contratti a prestazioni corrispettive e non immaginarla come propedeutica alla risoluzione per inadmepimentoe considerarla limitata a questo effetto paralizzante dell’altrui pretesa. L’effetto dell’eccezione di inadempimento è solo questo:paralizzare l’altrui inadempimento, rifiutare l’adempimento, in tutte le sue articolazioni, anche l’esecuzione coattiva dell’adempimento, quindi impedire, inibire un’attività esecutiva, che se invece fosse consentita successivamente all’accoglimento dell’eccezione di inadempimento potrebbe determinare quelle conseguenze che sono contrarie alla logica del 1460 .

La dottrina dominante pensa cose diverse, ma l’orientamento consolidato è quello che vi ho detto prima: l’art 1460 è un rimedio sinallagmatico propedeutico alla risoluzione , dopo l’eccezione può esercitarsi la risoluzione perché l’eccezione riguarda qualsiasi ipotesi di contratto a prestazioni corrispettive anzi può essere utilizzato anche da chi deve adempiere dopo senza giustificare il proprio rifiuto di adempiere ,quindi il proprio inadempimento e quindi per collocarsi nel ruolo di non inadempiente che giustifica l’utilizzazione dell’art 1460. Questa è la posizione corretta che leggete sia nei manuali sia nelle sentenze della giurisprudenza. Ci possono essere anche soluzioni diverse, ma deve essere accolta dalla giurisprudenza altrimenti resta solo una proposta, ma ci sono proposte ben serie e non inconsistenti perché basate su proprie solidità argomentative e razionali.

Continuiamo domani con un altro saggio.

**Lezione 26 Novembre 2014**

**Pagamento con surrogazione.**

Articoli 1201 e seguenti del Codice civile: *“Il creditore, ricevendo il pagamento da un terzo, può surrogarlo nei propri diritti. La surrogazione deve esseere fatta in modo espresso e contemporaneamente al pagamento”* [art. 1201 C.C.]. Questa è la surrogazione per volontà del creditore. Poi c’è la surrogazione per voolontà del debitore [art.1202 C.C.] e la surrogazione legale [art. 1203 C.C].

Ci occupiamo della surrogazione legale, articolo 1203, e in particolare del numero 3 dell’articolo 1203: “*la surrogazione ha luogo di diritto nei seguenti casi: [3]a vantaggio di colui che, essendo tenuto con altri o per altri al pagamento del debito, aveva interesse a soddisfarlo”.* Cercheremo di interpretare questo articolo 1203 numero 3, per capire a quali fattispecie si riferisca. Prima, però, di arrivare a questo, bisogna chiarire che cosa si intenda per surrogazione del pagamento. La prima ipotesi, che deriva dal contenuto dell’articolo 1201, cioè la surrogazione per volontà del creditore, riguarda il caso del terzo di adempiere. Il terzo adempie il debito altrui [articolo 1180] e può essere surrogato dal creditore nei suoi diritti. Che cosa vuol dire essere surrogato dal creditore nei suoi diritti? Che il creditore, nel momento in cui riceve il pagamento, lo sostituisce a se nella titolarità del credito. Perché questo? Per consentire evidentemente al terzo che ha pagato, articolo 1180, e che ha il diritto ad ottenere dal debitore l’esclusione di quanto ha pagato al creditore al fine di estinguere il rapporto di valuta, al fine di consentire al solvens di utilizzare lo strumento del credito, per riottenere ciò che ha pagato al posto del debitore. Quindi, il terzo va dal creditore, paga come terzo; se ha diritto al rimborso, perché non lo fa con un animus donandi, ma lo fa perché magari vuole fare credito al terzo, potrebbe avere interesse a farsi surrogare nel diritto di credito in modo da utilizzare quel diritto di credito per conseguire l’adempimento dal debitore e, quindi, riottenere in questo modo ciò che ha pagato al creditore accipiente. Perché potrebbe avere questo interesse? Perché magari il credito in cui si surroga è un credito garantito da pegno o da ipoteca. Quindi, gli conviene, anziché agire in via di regresso nei rapporti interni utilizzando magari l’actio natati contrari oppure l’azione che deriva dal contratto che lo lega al debitore originario di cui ha pagato il debito di valuta, surrogarsi (a farsi quindi sostituire il creditore accipiente) per poter utilizzare quello strumento originario che per ipotesi è uno strumento più efficace, perché è uno strumento retto da pegno. Dunque, come avviene la surrogazione? Avviene con delle modalità che sono previste dall’articolo 1201 e questo è molto importante perché da queste modalità si evince anche il carattere della surrogazione per pagamento, alcune caratteristiche di questo istituto che servono anche per chiarire alcuni problemi in riferimento all’articolo 1202. In che modo avviene? Lo dice l’articolo 1201: “*La surrogazione deve essere fatta in modo espresso e contemporaneamente al pagamento”.* Quindi non può essere fatta il giorno dopo. Nel momento in cui il terzo va da creditore e lo paga, insieme al pagamento dice al creditore di essere surrogato e il creditore lo deve surrogare nei suoi diritti nel rilasciare la quietanza liberatoria. Ci vuole una volontà dal creditore, il quale però è sollecitato dal solvens perché altrimenti il solvens non avrebbe interesse. Si appresta una quietanza liberatoria che contenga la indicazione della volontà del creditore di ricevere il pagamento ma contemporaneamente di sostituire il solvens nella sua posizione originaria. Questo deve avvenire al momento del pagamento; non può avvenire dopo; l’avverbio è usato dal legislatore, quindi il legislatore vuole che contemporaneamente al pagamento avvenga la surrogazione. Perché deve avvenire contemporaneamente? Bisongna farlo contemporaneamente perché attraverso la surrogazione si impedisce l’estinzione del rapporto obbligatorio. Se non ci fosse la surrogazione il pagamento del terzo estinguerebbe il rapporto obbligatorio. Dunque il giorno dopo non ci sarebbe più nulla in cui surrogarsi. Nel caso della surrogazione per pagamento di cui all’articolo 1201 è necessario che nel momento in cui si riceve il pagamento si effettui la surrogazione perché è proprio questa surrogazione che impedisce l’estinzione del rapporto obbligatorio. Perché la impedisce? Come avviene l’estinzione del rapporto obbligatorio quando il pagamento non proviene dal debitore? E’ la stessa cosa l’estinzione del rapporto obbligatorio quando il pagamento proviene dal debitore o quando proviene dal terzo? Non è la stessa cosa…Perché? Perché quando il pagamento proviene dal debitore il pagamento del debitore estingue in maniera diretta ed immediata l’intero rapporto obbligatorio. Perché? Perché coincide il pagamento con l’attuazione; quindi, l’attuazione del contenuto dell’obbligo, in cui consiste l’adempimento, coincide con la realizzazione dell’interesse del creditore. Quindi noi abbiamo, nel momento in cui il pagamento viene fatto dal debitore, che allo stesso tempo si ha sia la consumazione del debito sia la consumazione del credito. Perché l’adempimento del debitore è attuazione del contenuto dell’obbligo e realizzazione dell’interesse del creditore, allo stesso tempo. Quando inveve il pagamento non proviene dal debitore ma proviene da un terzo, noi abbiamo l’attuazione del contenuto dell’obbligo? No, perché il pagamento proviene dal terzo, non ha pagato il debitore. Allora come avviene l’estinzione dell’obbligazione? Dal punto di vista logico prima si estingue il credito, perché c’è stata la realizzazione dell’interesse del creditore, poi, estingue anche il debito, perché non esiste che sopravviva un debito quando non c’è più un interesse del creditore a realizzarlo. Nel caso di estinzione dell’obbligazione che consenta l’adempimento da parte di un terzo, questa estinzione è un po’ diversa dall’altra, perché nell’altra contemporaneamente si consumano sia il credito che il debito; in questa, invece, prima si consuma il credito, e poi si consuma il debito che non può certo sopravvivere senza un credito. Allora, quando siamo in presenza di questo tipo di estinzione, un’estinzione dell’obbligazione che consegue all’adempimento di un terzo, il pagamento estingue il credito e poi il debito deperisce. Se il credito non lo estingue, perché nel momento in cui io realizzo l’interesse del creditore e il creditore mi sostituisce al posto suo, allora l’estinzione non c’è più. Allora la ragione della contemporaneità della surrogazione rispetto alla ricezione del pagamento è una questione che si risolve comprendendo questo meccanismo. Nel caso dunque di surrogazione per volontà del creditore, poiché il presupposto perché si applichi l’istituto è che vi sia l’adempimento di un terzo, quindi l’adempimento che non è adempimento idoneo ad estinguere direttamente ed immediatamente le due posizioni in cui si articola il rapporto obbligatorio, allora possiamo trovarci di fronte ad una situazione in cui questo pagamento realizza il credito ma non attua il contenuto dell’obbligo e quindi il rapporto è claudicante, ma prima che muia il creditore inserisce il solvens al suo posto, lo surroga nei suoi diritti. Il fenomeno della surrogazione per pagamento è un fenomeno sostitutivo, successorio, perché attraverso la surrogazione per pagamento colui che ha pagato, il solvens, si sostituisce al creditore, quindi è un’ipotesi di successione. Si discute se è la stessa successione che si ha con la cessione del credito, per cui il cessionario succede al cedente nella titolarità del credito oppure non è proprio cosi perché si estingue il credito però nasce un nuovo credito che si prende il posto del credito precedente per cui non è proprio un fenomeno successorio in senso proprio. Ciò però non appare rilevante. Quello che conta constatare è che la surrogazione è certamente un fenomeno di sostituzione: magari non parliamo di successione perché potrebbe anche non essere un fenomeno di successione in senso proprio, ma è comunque un’ipotesi di sostituzione nel lato attivo del rapporto obbligatorio che si ha a seguito di un fatto estintivo dell’obbligazione, cioè l’adempimento, che però poiché proviene da un soggetto diverso dal debitore è un pagamento che ha un impatto estintivo diverso dall’adempimento del debitore. Quindi è compatibile con questo fenomeno che però deve essere eseguito in un certo modo, deve essere fatto nel momento stesso in cui si riceve il pagamento perché dopo non c’è più niente da fare: il debito sopravvive qualche istante alla morte del credito ma non può sopravvivere a lungo. Quindi il giorno dopo non c’è più e non ci si surroga più in niente. Si dovrebbe resuscitare il rapporto obbligatorio e questo non è possibile nemmeno giuridicamente. Quindi deve essere un pagamento che abbia queste caratteristiche. Quindi un pagamente la cui efficacia estintiva non sia la stessa efficacia estintiva del pagamento che proviene dal debitore.

C’è un problema apparente: se noi leggiamo l’articolo successivo, ossia l’articolo 1202 C.C., ci troviamo di fronte ad un’ipotesi che si chiama di surrogazione per volontà del debitore. E’ una surrogazione un po’ particolare in cui effettivamente il pagamento viene fatto dal debitore però è un pagamento che, ancorchè provenga dal debitore, deve avere delle caratteristiche. Leggiamo l’articolo 1202: “*Il debitore, che prende a mutuo una somma di denaro o altra cosa fungibile al fine di pagare il debito, può surrogare il mutuante nei diritti del creditore, anche senza il consenso di questo. La surrogazione ha effetto quando concorrono le seguenti condizioni: 1)che il mutuo e la quietanza risultino da atto avente data certa;2) che nell’atto di mutuo sia indicata espressamente la destinazione della somma; 3)che nella quietanza si menzioni la dichiarazione del debitore circa la provenienza della somma impiegata nel pagamento”.* Surroga per volontà del debitore: qui nel momento in cui paga surroga il mutuante, però è un pagamento particolare, perché per potersi avere surrogazione per volontà del debitore ci vogliono determinate condizioni. Primo deve risultare da atto avente data certa e il mutuo deve essere finalizzato al pagamento. Poi il debitore nel momento in cui sta effettuando il pagamento deve dichiarare che sta effettuando il pagamento con i soldi presi a mutuo e pertanto, nel momento in cui effettua il pagamento, nella stessa quietanza, lo surroga nel diritto del creditore soddisfatto. Quindi, è vero che il pagamento viene fatto dal debitore ma è un pagamento in cui il debitore specifica che non sta effettuando quel pagamento con i soldi suoi, a con soldi di un altro, prestati dal mutuante, il quale mutuante ha prestato questi soldi proprio in funzione di pagare il debito e purchè il debitore lo faccia surrogare. Leggendo l’articolo 1202 viene confermato quanto detto prima. Perché si abbia la surrogazione è necessario che il pagamento sia un pagamento inidoneo ad estinguere il rapporto obbligatorio e perciò deve essere un pagamento che certamente non proviene dal debitore e se proviene dal debitore deve avere queste caratteristiche in cui è il debitore stesso che dichiara, nel momento in cui effettua il pagamento, che sta pagando con il danaro altrui preso a prestito proprio al fine di estinguere il rapporto obbligatorio. E questo deve risultare da atto avente data certa. Quindi, c’è tutto una serie di formalità. Non è un’ipotesi normale in cui il debitore paga e poi dice che il denaro è di altro. C’è bisogno di una serie di formalismi perché deve essere chiaro ed evidente ed accertato anche documentalmente che i soldi che vengono utilizzati per la solutio, per il pagamento, sono soldi di provenienza altrui e sono stati presi a mutuo proprio al fine di pagare il debito. Quindi, nel contratto di mutuo ci deve essere proprio l’indicazione di questa causa: si prende a mutuo quella somma, perché avendo quel debito e dovendo pagare, si ha bisogno del mutuo. Quindi è un mutuo destinato, vincolato da una destinazione, da uno scopo che è quello di pagare il debito preesistente del debitore. E in effetti quando poi il pagamento viene fatto il debitore deve dichiarare tutto questo. La surrogazione per pagamento, dunque, è un effetto sostitutivo, è un’ipotesi di sostituzione nella posizione del creditore da parte di un soggetto che paga e realizza l’interesse del creditore, ma questa realizzazione dell’interesse del creditore deve essere fatta in modo tale da non coinvolgere l’attuazione del contenuto dell’obbligo. Perché se vi è coincidenza tra realizzazione del credito e attuazione del contenuto dell’obbligo, in altri termini se il credito viene realizzato attraverso l’attuazione del contenuto del debito, non c’è bisogno della surrogazione. E ci sono altri rimedi per recuperare la somma: magari si utilizza l’azione che il mutuatante può fare nei confronti del mutuatario per il recupero della somma, ma non ci si può surrogare nel credito che magari aveva una garanzia importantissima di tipo ipotecario su un immobile capiente, che non c’è più perché si è estinto e si è estinta pure la garanzia. Queste cose sono cose condivise.

Il nostro tema è l’articolo 1203, numero 3. Qui entra in gioco il contributo del professore Grasso. Leggiamo l’articolo: “*La surrogazione ha luogo di diritto nei seguenti casi: 3)a vantaggio di colui che, essendo tenuto con altri o per altri al pagamento del debito, aveva interesse a soddisfarlo”.* Come si interpreta? Chi è colui che essendo tenuto con altri o per altri aveva interesse e quindi si può surrogare? Chi è, secondo la dottrina dominante? La dottrina dominante (divenuta un po’ meno dominante dopo il contributo del professore Grasso) dice questa norma riguarda il debitore solidale e il fideiussore. Chi è colui che è tenuto con altri? Il debitore. Chi è colui che è tenuto per altri? Il garante, il fideiussore. Dunque, il debitore solidale che ha pagato l’intero può surrogarsi. Perché il legislatore parla di: aveva interesse di soddisfarlo, perché richiama l’interesse? Che interesse aveva a soddisfarlo? E in cosa consiste? Si potrebbe dire: il legislatore ha sbagliato, aveva detto una cosa in più. Perché l’interesse è l’interesse che aveva ogni debitore a liberarsi dell’obbligazione e quindi ad estinguere il suo debito adempiendolo. Quindi, è un interesse che hanno tutti i debitori. Non ha un valore ricostruttivo quest’ultima parte dell’articolo; è pleonastico, un di più che poteva anche non essere scritto e sarebbe stata interpretata allo stesso modo e infatti la norma è stata interpretata come se non fosse stata scritta questa parte. E lo leggiamo in modo diverso: “La surrogazione ha luogo di diritto a vantaggio i colui che, essendo tenuto con altri o per altri al pagamento del debito”…a questo punto non si potrebbe utilizzare questa formula, ma lo leggeremo cosi: “la surrogazione ha luogo di diritto a vantaggio di colui che è tenuto con altri o per altri al pagamento del debito”…E’ la stessa cosa! Cioè il legislatore ha usato questa formula espressiva ma avrebbe dovuto usare un’altra formula espressiva, senza usare il gerundio. Allora il Professore Grasso quando ha iniziato ad occuparsi di questa norma si è detto: è un po’ curioso ritenere pleonastica quest’ultima parte della norma che, invece, è proprio la parte della espressione sulla quale il legislatore richiama la nostra attenzione. La surrogazione ha luogo di diritto a vantaggio di colui che, ***essendo tenuto con altri o per altri al pagamento del debito, aveva interesse a soddisfarlo.*** La costruzione della frase dal punto di vista dell’analisi logica del periodo ci dimostra che il legislatore vuole richiamare la nostra attenzione proprio su quella parte che guarda caso la dottrina dominante considera pleonastica. E’ una cosa che non quadra. Esce fuori una stranezza: il legislatore che è sempre stato cosi attento non diviene all’improvviso sciatto. Allora non è una parte pleonastica ma è una parte che dovrebbe avere peso ricostruttivo. A questo punto il Professore è andato a vedere la norma dettata in tema di obbligazione solidale, articolo 1299 c.c.: *“Il debitore in solido che ha pagato l’intero debito può ripetere dai condebitori soltanto la parte di ciascuno di essi”.* Soltanto la parte…Con la surrogazione, invece, si richiede soltanto la parte? Si richiede l’intero, detratta la quota che incombe sul condebitore solidale solvente. Obbligazione solidale: Tizio, Caio e Sempronio sono tenuti da un vincolo solidale a dare 1000. Sempronio a cui viene chiesto l’adempimento dell’intero non si può sottrarre; poi agisce in via di regresso se, all’interno del gruppo dei condebitori, il peso del debito si distribuisce in maniera uguale come normalmente è. Quando è diseguale il discorso è diverso. Quando è uguale, invece, il solvens che ha pagato l’intero può agire in via di regresso nei confronti degli altri. Che significa che può agire in via di regresso e come si interpreta il regresso una volta che noi abbiamo letto il 1299? Sempronio che ha pagato 1000 può chiedere 666, che sarebbe l’intero residuo, detratto 333 rispetto a lui, a uno qualsiasi degli altri due? No. Deve chiedere 333 e 333; cioè deve fare due azioni. E se invece si surroga? Se si surroga è ovvio che può chiedere l’intero, perché ci si surroga proprio per questo. Io entro nella posizione del creditore e come utilizzo le garanzie di cui fosse per ipotesi fornito il credito (garanzie ipotecarie o pignoratizie), cosi posso utilizzare il residuo vincolo di solidarietà che tutela il credito originario. Perché io entro nel credito originario e quindi posso fare tutto quello che avrebbe potuto fare il creditore originario. Allora se agisco in via di regresso devo fare due azioni (se fossimo 10, dovremmo fare 9 azioni); se invece agisco in surrogazione, agisco dopo aver utilizzato la surrogazione di cui all’articolo 1203, io entro nel credito e chiedo l’intero a un altro dei 9. Noi eravamo 10, io ho pagato l’intero, gli altri 9 continuano ad essere tenuti dal vincolo di solidarietà nei miei confronti, quindi io posso chiedere l’intero ad uno qualsiasi degli altri 9 (quindi è un bel vantaggio). C’è diversità. Come si vede questa diversità? La dottrina dominante non si è accorta di questa diversità? Certo che se ne è accorta (anche questi sono ragionamenti condivisi dalla dottrina). La dotrrina dominante dice: che problema c’è? Il debitore solidale che ha pagato ha due rimedi alternativi: o agisce in via di regresso o si surroga. E questo è un modo per risolvere il problema? Semma lo aggrava, perché il professore Grasso dice: può mai essere possibile che, da una parte, c’è il regresso, dall’altra la surrogazione, e il debitore solvente sceglie la surrogazione invece delò regresso che, però, è proprio il rimedio previsto specificamente in sedes materiae. Cioè nella parte del codice civile dove si disciplinano le obbligazioni solidali è previsto il regresso. Poi in un’altra parte del codice è prevista un’altra cosa che però praticamente annulla il regresso perché chi lo sceglie più il regresso? Nessuno. E questa è una cosa ragionevole? Secondo il professore Grasso no. Siamo in presenza di campanelli di allarme. E’ questo fatto che per il debitore solidale è prevista un’altra azione, il regresso, che è un’azione più debole rispetto a questa della surrogazione. E’ previsto un sistema in cui il debitore solidale sarebbe indotto a non scegliere mai il rimedio specifico previsto specificamente nella sede propria dell’obbligazione solidale.Cominciano a non quadrare troppe cose.

Allora, il professore Grasso solleva una questione importante (la prova della infondatezza dell’interpretazione corrente dell’articolo 1201: il debitore solidale è un debitore? Si. Allora, non abbiamo detto prima che il pagamento che proviene dal debitore non è compatibile con la surrogazione? E come è che invece il pagamento del debitore solidale che è pur sempre un debitore è compatibile con la surrogazione? Se è vero quello che abbiamo detto prima, e sul quale tutti convengono, allora dobbiamo dire: se è vero che affinchè si abbia la surrogazione è necessario che il pagamento non provenga dal debitore (non sia, cioè, un pagamento idoneo ad estinguere direttamente ed immediatamente le due faccie della medaglia che noi chiamiamo rapporto obbligatorio), non è che poi ce ne dimentichiamo con riferimento all’obbligato solidale. Perché, l’obbligato solidale non è un debitore? E quindi, in quanto debitore, il suo pagamento estingue direttamente ed immediatamente tutto. Allora come possiamo rendere compatibile l’adempimento dell’obbligazione solidale con l’interpretazione mediata dall’articolo 1203? E’ evidente a questo punto che tutti quei sinistri scricchiolii qui precipitano in un’argomentazione più forte. Perché è un’argomentazione che colpisce la stessa logica del sistema. Se tutti noi condividiamo che la logica della formulazione sia quella che abbiamo visto prima, allora non è compatibile con quella logica ritenere che l’articolo 1203 si applica all’obbligato solidale. Perché l’obbligato solidale è un obbligato. E’ un problema tanto serio che la dottrina che si occupa di questi argomenti ha detto che il professore Grasso ha ragione, però ha ragione fino a un certo punto, perché l’obbligazione solidale può essere di due tipi. E ciò chiarisce la struttura dell’obbligazione solidale. Qual è la struttura dell’obbligazione solidale? In altri termini, quando siamo in presenza di un’obbligazione solidale passiva, cioè 1 creditore e 7 debitori, siamo in presenza di 7 rapporti obbligatori o di un unico rapporto obbligatorio con 7 contitolari del debito? A questa domanda risponde un autore molto importante, professore dell’università di Pisa, grande giurista, per anni direttore della scuola superiore degli studi universitari di Sant’Anna, Francesco Donato Busnelli, che ha scritto una monografia negli anni ’70-’80 del secolo scorso, sull’obbligazione solidale. E ha detto: per capire qual è la struttura di un’obbligazione solidale, bisogna vedere di fronte a che tipo di solidarietà noi siamo. Esiste l’obbligazione solidale a struttura unitaria e l’obbligazione solidale a struttura pluralistica. Qual è l’obbligazione solidale a struttura unitaria? E’ quella obbligazione in cui tutte le posizioni debitorie derivano tutte dalla medesima causa dell’obbligazione (causam obbligandi). Per esempio: il professore e la moglie comprano una villa e obbligano insieme a pagare il prezzo; qui siamo in presenza di un’obbligazione solidale a struttura unitaria. Perché? Perché tutti i debiti coinvolti dal vincolo di solidarietà derivano dalla medesima causa, cioè dalla causa di un contratto di compravednita, perché deriva da quella causa e rappresenza il prezzo della compravendita. In questo caso, dice Busnelli, siamo in presenza della contitolarità del diritto. Esiste un solo rapporto obbligatorio. Quindi, quando siamo in presenza di un credito e una pluralità di debiti, questa pluralità di debiti è una pluralità della titolarità di un unico debito, perché il debito è lo stesso, perché nasce da una medesima causa. Allora siamo in presenza di un’obbligazione solidale a struttura unitaria. Ma la solidarietà non si ha solo in questi casi. Si ha anche in altri casi. In casi, cioè, in cui i debiti coinvolti dal vincolo di solidarietà derivano da cause diverse. Si pensi per esempio all’ipotesi dell’accollo cumulativo, dove vi è il vincolo della solidarietà, oppure l’ipotesi della fideiussione dove c’è il vincolo di solidarietà tra fideiussore e debitore garantito. Ebbene il debito tra i due soggetti coinvolti da un vincolo di solidarietà deriva dalla medesima causa? No, perché il debito in capo all’accollante deriva dalla del contratto di cui l’accollo è clausola o modalità e il debito del debitore originario deriva da un’altra causa, magari da una causa ex mutuo perché è un debito che egli ha a titolo di mutuatario ed è tenuto a restituire al mutuante la somma prestabilita. Ci sono delle ipotesi in cui il vincolo di solidarietà è previsto dalla legge ma non deriva dalla partecipazione di tutti i debitori alla medesima causa. Esistono, dunque, delle obbligazioni solidali che non sono a struttura unitaria. In questo caso non siamo in presenza di un solo rapporto obbligatorio; siamo in presenza di più rapporti obbligatori. Tanti rapporti obbligatori quanti sono i debitori. Se ci sono 10 debitori i rapporti obbligatori saranno 10. Ed è una cosa diversa da quella che abbiamo detto prima. In realtà quando parliamo di obbligazione solidale non ci riferiamo ad una struttura specifica; la solidarietà è un modo di essere che può riguardare qualsiasi tipo di obbligazione ed è una modalità di estinzione dell’obbligazione, e può riguardare sia obbligazioni a struttura unitaria sia obbligazioni che si dividono in più rapporti obbligatori. Busnelli dice che Grasso ha ragione; il discorso che lui fa è condivisibile, ma non per tutte le obbligazioni solidali, ma soltanto per le obbligazioni solidali a struttura unitaria, perché lì effettivamente il debitore solidale che paga, paga il suo debito, perché egli è contitolare dell’unico debito che esiste. Quindi quando paga, paga l’unico debito. E quindi ha ragione con riferimento a quelle obbligazioni, il che già sarebbe un ottimo riferimento se si pensa che prima la dottrina dominante applicava l’articolo 1203 a tutte le obbligazioni solidali. In questa interpretazione, l’articolo 1203, numero 3, riguarderebbe le obbligazioni solidali, ma non tutte le obbligazioni solidali; soltanto le obbligazioni solidali a struttura pluralistica. Quando si tratta di un’obbligazione solidale a struttura pluralistica, colui che paga estingue il suo debito, ma rispetto agli altri 7 debitori non si può immaginare la surrogazione rispetto agli altri 7. Effettivamente con riferimento alle obbligazioni solidali a struttura pluralistica il problema si pone in maniera diversa, perché siamo in presenza di 3 debitori solidali e siamo in presenza di 3 rapporti obbligatori. Allora se paga il debitore solidale A, allora lui ha estinto il suo debito, ma il debito di B e C non sono stati estinti. Allora rispetto a quei due debiti non si può parlare di surrogazione? Si è estinto il credito ma non il debito, perché non si è attuato il contenuto dell’obbligo con riferimento anche a B e C. Il problema, però, è che anche se il pagamento nel caso di debito solidale a struttura pluralistica è pagato con riferimento alla propria posizione debitoria, mentre restano autonome e inadempiute le altre posizioni debitorie, strutturalmente è cosi, l’adempimento di Tizio è strutturalmente estraneo al debito di B e C. Se Tizio è A e ha pagato, ed esistono anche il debito di B e di C, il pagamento di A è strutturalmente estraneo. Mentre nelle obbligazioni solidali a struttura unitaria non è strutturalmente estraneo perché è l’unico debito, in questo caso siamo in presenza di una situazione diversa, perché strutturalmente l’adempimento è l’adempimento dell’obbligo A che è estraneo a B e C. Quindi, strutturalmente quell’adempimento è estraneo.

 La risposta che dà il professore Grasso sta in una norma che ci dà la nozione della solidarietà, l’articolo 1292 c.c., che dice: *“L’obbligazione è in solido quando più debitori sono obbligati tutti per la medesima prestazione, in modo che ciascuno può essere costretto all’adempimento per la totalità e l’adempimento da parte di uno libera gli altri”.* L’adempimento di A, dal punto di vista del debitore, nell’obbligazione solidale a struttura pluralistica, è estraneo all’adempimento di B e di C. Però questa estraneità strutturale non impedisce a quell’adempimento di avere rilevanza anche in quei termini perché l’articolo 1292 dice che nell’obbligazione solidale l’adempimento di uno libera gli altri. Come succede? Pur essendo estraneo l’adempimento di A rispetto a B e C libera gli altri…Lo dice il 1292… Con riferimento alle obbligazioni solidali pluralistiche non si parla più di contitolarità del debitore solidale, ma si parla più correttamente del debitore solidale: una cosa è il concredito solidale, una cosa è il credito solidale. Se è vero quello che dice Busnelli e tutti concordano su questo. Il condebitore solidale è quando vi è un solo rapporto obbligatorio e vi è la contitolarità del debito (da cui condebito). Quando, invece, siamo in presenza di un debito a struttura pluralistica, allora non vi è un condebito, ma vi è il debito solidale; non vi è la contitolarità. Il pagamento del debitore solidale è estraneo strutturalmente al debito degli altri debitori solidali e tuttavia, ancorchè sia estraneo, incide su quei debiti. Perché? Perché ce lo dice il legislatore. Il pagamento di uno libera tutti gli altri. Quindi significa che incide anche sugli altri debiti, perché gli altri vengono immediatamente ed automaticamente liberati a seguito dell’adempimento di Tizio. Il che significa dire che attraverso l’adempimento di uno si estinguono direttamente anche le altre posizioni debitorie. Però qua c’è un salto: c’è scritto libera, non dice estingue.

Allora il professore ha fatto una equiparazione, forse ardita: l’articolo 1292 dice il pagamento di uno libera gli altri, non dice estingue tutti i debiti, tanto è vero che i debitori (gli altri) sono tenuti nei rapporti interni, continuano ad essere tenuti nei rapporti interni. Il debito non si estingue tanto è vero che non si estingue che continua a sopravvivere nei rapporti interni. Nei rapporti interni non continua a sopravvivere il debito originario, perché il debito non ha un lato esterno ed un lato interno. Il debito è il debito verso il creditore. Pagando il debitore non è più debitore del creditore. Certo, in via di regresso si potrebbe essere tenuti contro il creditore, ma il regresso fa sorgere un altro debito, non è quello originario. Non è che il debito si possa vedere nei suoi profili interni ed esterni. Non esistono profili interni del debito. Il debito ha soltanto profili esterni. In cosa consiste il debito? Nell’obbligo di un certo comportamento verso qualcuno. Allora se quest’obbbligo non c’è più non esiste la possibilità di far sopravvivere un debito che invece dal quale invece il debitore si è liberato per definizione codicistica. Secondo il professore, anche con riferimento alla obbligazione solidare a struttura pluralistica, si può individuare un adempimento che non è compatibile con la logica della surrogazione, perché è un adempimento che, al momento stesso in cui è fatto, libera tutti gli altri. Quindi non c’è più un debito che sopravvive e che poi continua a vivere perché nel frattempo si è occupata la posizione creditoria. E’ estinto. E questa estinzione che è un’estinzione che consente a qualsiasi adempimento di uno dei debitori solidali anche se strutturalmente il pagamento del solvens è estraneo agli altri debiti. Perché il fatto che sia strutturalmente estraneo non impedisce funzionalmente di prevedere quell’adempimento come un adempimento idoneo ad estinguere un rapporto obbligatorio. Perché libera qualsiasi debitore. Non è possibile che quel debito dal quale ci si è liberato sopravvive nei confronti di altri, perché altrimenti è un altro debito, perché il debito esiste solo nella direzione creditore-debitore. Allora si può sostenere che il pagamento del debitore solidale di un’obbligazione solidale a struttura pluralistica sia incompatibile con la surrogazione, secondo il ragionamento del professore Grasso. Senonchè c’è un problema che sembra insormontabile ed è quello rappresentato da un articolo del condice civile in cui si riconosce al debitore solidale la possibilità di surrogarsi. E’ l’ipotesi del fideiussore, articolo 1949 c.c.: *“Il fideiussore che ha pagato il debito è surrogaro nei diritti che il creditore aveva contro il debitore”.* E’ una norma che mette fine ad ogni discorso. Il professore Grasso pretende di sostenere che l’adempimento di un debitore solidale come l’adempimento di un condebitore solidale è incompatibile con la surrogazione. E poi c’è un articolo, l’articolo 1949 c.c., che smentisce questa sua pretesa. Perché nella norma sta scritto che il fideiussore che è un debitore solidale (e non un condebitore solidale) si surroga – e lo dice il legislatore, di fronte al quale non c’è nulla da dire. La lettura di questa norma ci destabilizza; mette in crisi metodologicamente questo ragionamento. Il professore sostiene che l’adempimento di un debitore solidale, come l’adempimento di un condebitore solidale, è incompratibile con la surrogazione. Perché? Perché è sempre l’adempimento che estingue immediatamente anche tutte le posizioni debitorie e dunque non c’è più nulla in cui surrogarsi. Ora, mentre le obbligazioni solidali a struttura unitaria, quella in cui c’è il condebito solidale, gli è stata riconosciuta, perché non ci sono norme che impediscono di dare ragione al professore Grasso, per quanto riguarda le altre obbligazioni solidali, quelle a struttura pluralistica, in cui Grasso pretende di confermare quella sua idea unificando l’adempimento del condebitore solidale all’adempimento del debitore solidale, sembra che debba scontrarsi con punto insormontabile, l’articolo 1949, perché lì c’è una norma la quale dice che il fideiussore che è un debitore solidale si surroga. Allora cosa dice il professore Grasso? Il professore Grasso, invece, pensa che questa norma non sia insormontabile, anzi. Perché? Innanzitutto leggiamo anche l’articolo successivo, il 1950: *“Il fideiussore che ha pagato ha regresso contro il debitore principale”.* Quindi, nell’ambito della disciplina della fideiussione ci troviamo dinanzi a quel problema sollevato fin dall’inizio: regresso e surrogazione. Il legislatore disciplina contemporaneamente sia la surrogazione sia il regresso. Però disciplina l’una e l’altra cosa in due articoli diversi (1949 e 1950). E allora il fideiussore che ha pagato cosa deve fare? Deve agire in regresso o deve surrogarsi? Perché allora prevedere queste due norme? Non è che forse queste due norme riguardano due tipi di fideiussioni diverse? Si riferiscono a due ipotesi fideiussorie diverse? Cioè si riferiscono alla fideiussione solidale, l’articolo 1950, e alla fideiussione non solidale, l’articolo 1949. Perché, esiste anche una fideiussione non solidale? Certo; qual è la fideiussione non solidale? Ce lo dice lo stesso articolo 1944: *“Il fideiussore è obbligato in solido. Le parti però possono convenire che il fideiussore non sia tenuto a pagare prima dell’escussione del debitore principale”.* L’obbligazione è solidale…***però…***c’è anche l’obbligazione non solidale. Qual è l’obbligazione non solidale? Quella in cui è convenuto che il fideiussore può essere compussato dell’adempimento soltanto dopo l’escussione del debitore principale. Fideiussione con beneficio di escussione. Cos’è il beneficio di escussione? L’abbiamo già ritrovata, parlando dei vari modi in cui si può atteggiare la solidarietà passiva; c’è il beneficio dell’ordine e il beneficio dell’escussione: il beneficio dell’ordine è quando esiste l’onere di eseguire un ordine della richiesta; il beneficio di escussione è quando io, invece, creditore, devo, non seguire un ordine della richiesta, ma un ordine della escussione. Bisogna prima escutere il patrimonio di Tizio e poi si può chiedere il patrimonio a Caio fideiussore. L’ipotesi del secondo comma del 1944 è questa, in cui cioè le parti convengono che il fideiussore risponderà soltanto dopo che sia stato infruttuosamente escusso il debitore principale. Allora, quando è previsto il beneficio dell’escussione noi possiamo ritenere che la fideiussione è uguale a quella del primo comma e cioè che sia una fideiussione solidale? Il secondo comma dell’articolo 1944 prevede sempre una fideiussione solidale? Oppure è un’altra fideiussione? Il legislatore dice le parti, ***però,*** possono convenire… un’obbligazione non solidare, è evidente che vuole dire questo altrimenti non ci sarebbe però avversativo rispetto alla qualificazione della fideiussione come solidale. E perché non è solidale l’obbligazione con beneficio di escussione? Qual è il carattere essenziale della solidarietà passiva? Che siano tutti tenuti per la medesima prestazione (lo abbiamo visto quando abbiamo letto il 1292): l’obbligazione solidale passiva è quella in cui tutti sono tenuti per la medesima prestazione, e il pagamento di uno libera tutti gli altri. La prestazione deve essere la stessa; certo il problema non si pone quando l’obbligazione presenta una struttura unitaria, perché c’è un’unica obbligazione e quindi c’è un’unica prestazione. Quando l’obbligazione è a struttura pluralistica, come in questo caso, ci saranno tante prestazioni, ma le prestazioni devono essere le medesime. In che senso? Nel senso che devono essere uguali. Tutti devono essere tenuti per la medesima prestazione. Se io sono tenuto a consegnare il cavallo e tu non sei tenuto a consegnare il cavallo ma sei tenuto a darmi 1000, allora non c’è il vincolo della solidarietà, perché non c’è la medesima prestazione. Quindi, l’obbligazione non è solidale. Il fideiussore non è un fideiussore solidale. Perché vi sia la solidarietà è necessario che l’obbligo del fideiussore abbia la medesima prestazione dell’obbligazione, tanto è vero questo che, siccome il primo comma del 1944 dice che la fideiussione è normalmente solidale, si ritiene che quando il garante non garantisce la medesima prestazione ma un’altra cosa non è una fideiussione o perlomeno una fideiussione di tipo diverso, una fideiussione che è equiparabile a una fideiussione che si chiama fideiusso indemnitatis, cioè io ti garantisco un risarcimento, non ti garantisco la medesima prestazione perché non è la medesima prestazione e quindi non c’è il vincolo della solidarietà. Nel caso in cui la fideiussione è protetta dal beneficio dell’escussione possiamo dire che tutti sono tenuti alla medesima prestazione? Sicuramente no. Perché? Perché il fideiussore non è tenuto alla stessa prestazione del debitore principale ma è tenuto a ciò che residua dalla infruttuosa escussione del debitore principale che non sarà mai coincidente con quella. Anche se dovesse materialmente coincidere non sarebbe mai la stessa perché sarebbe sempre ciò che residua dalla infruttuosa escussione. Quindi non è la medesima prestazione. Cioè nella garanzia fideiussora, in cui il fideiussore è protetto dal beneficio di escussione il vincolo della solidarietà è spezzato dal beneficio di escussione, perché il fideiussore non sarà mai tenuto alla medesima prestazione, ma sarà tenuto ad un’altra prestazione. Qual è quest’altra prestazione? Il debitore principale è tenuto a 10mila; il secondo, il fideiussore, è tenuto a 10mila? No; è tenuto a ciò che residua dall’escussione, fino a 10mila; potrebbe anche essere 9999…è la stessa prestazione? No. Allora, quando c’è il beneficio dell’escussione, la fideiussione non è solidale. E ci troviamo anche con quell’analisi logica che abbiamo fatto del secondo comma dell’articolo 1944 in cui si dice: la fideiussione è solidale, le parti, però, possono convenire…Che cosa significà quel però? Singifica che le parti, però, possono convenire che non sia solidale perché prevedono il beneficio dell’escussione a favore del fideiussore. Allora è ovvio che ci troviamo di fronte, nel 1944, non ad un’unitaria nozione di fideiussione, ma abbiamo almeno due fideiussioni: la fideiussione solidale, e la fideiussione non solidale. Allora non potrebbe essere ragionevole pensare che a questa duplicità di previsioni di figure fideiussorie corrisponda quella duplicità di disposizioni contenute nel 1949 e nel 1950? Certo che è ragionevole pensarlo; anzi, a questo punto pare doveroso, se non altro per dare coerenza al fatto di immaginare che si possa concedere alternativamente il regresso o la surrogazione, come se fossero la stessa cosa. Perché si finirebbe sostanzialmente con il cancellare uno dei due rimedi. Per cui diventerebbe inutile una duplice disposizione come quella del 1949 e del 1950. E qualcuno ha avuto la benevolenza di definire l’intuizione del Professore Grasso come brillante.

Però è curioso che la posizione del professore Grasso finisce con il dare il rimedio più potente, cioè la surrogazione, a chi deve pagare di meno, cioè il fideiussore con il beneficio di escussione. Perché deve pagare di meno? Perché deve pagare ciò che residua. Rispetto al fideiussore solidale certamente il fideiussore con il beneficio di escussione deve di meno, perché mentre il primo ha la medesima prestazione, il secondo non ha la medesima prestazione. Però se con questa costruzione si ritiene che il 1949 si applica al secondo comma del 1944, cioè riguardi il fideiussore con beneficio di escussione, si finisce con il dare l’arma più potente a chi deve dare di meno, mentre chi deve di più ha il rimedio più debole (articolo 1950). E’ illogico. In particolare, replicando a questo lavoro del professore Grasso, un professore di diritto commerciale, non napoletano, ha scritto un suo articolo di critica contro la ricostruzione del professore Grasso in cui ha scritto questa cosa (cioè che è illogico). E il professore gli ha risposto con un altro articolo, al quale non ha ricevuto più risposta..Il professore Grasso dice: dove sta scritto che chi deve di meno deve avere l’arma più debole e chi deve di più l’arma più forte? Perché ci dovrebbe essere questa equiparazione? Da che cosa la argomenti questa coincidenza tra più e meno e meglio e peggio? Dove sta scritto che siccome il fideiussore solidale deve di meno allora deve avere anche l’arma più debole? Anzi, secondo il professore ci troviamo nell’ambito del diritto civile, dove c’è la ferocia dello scrontro degli interessi privati, nel quale ogni tanto interviene il legislatore, quando questi interessi privati coincidono con gli interessi sociali. Ma quando sono interessi privati il legislatore, purchè si usino le regole giuridiche, ci fa “scannare” tranquillamente. Allora il professore fa questo ragionamento: chi è il fideiussore che si fa proteggere dal beneficio di escussione? Un fideiussore forte o un fideiussore debole? Il fideiussore forte. Perché? Perché deve imporre al creditore il beneficio di escussione. Cioè il creditore pretende una garanzia, e in genere addirittura vuole una garanzia autonoma, senza eccezioni. Qui, invece, il creditore, che pretende la garanzia, si accontenta di una garanzia un po’ farlocca, perché il fideiussore verrà escusso soltanto dopo che io avrò escusso il patrimonio dopo 10 anni. Singifica allora che questo fideiussore è più forte del creditore. Quindi, è vero che deve di meno. Ma perché deve di meno? Deve di meno perché è più forte. L’altro, invece, è un fideiussore che va dal creditore e gli offre una garanzia solidale, di cui al primo comma dell’articolo 1944, allora qui il creditore è forte. Il fideiussore deve di più, e quindi essendo più debole, si merita l’arma migliore. L’errore che si fa quando si parla di diritto civile, non bisogna lasciarsi prendere la mano dal buonismo. Noi stiamo parlando di soggetti che sono formalmente uguali e che sono in grado di darsi le medesime “mazzate”. Sono soggetti, quindi, che impongono il contenuto del contratto sulla base della forza economica che hanno. Poi c’è un limite a questo, che dipende dal fatto che la volontà si debba formare adeguatamente, in maniera corretta. Questo è il presidio che il diritto civile ci appresta. Poi c’è un intervento, ma ovviamente al giorno d’oggi la situazione è diversa da quella del ’42, la Costituzione ha inserito elementi di socialità, ma lì dove conta, per esempio nel diritto di famiglia, in alcuni casi per le successioni che hanno aperto ai figli illegittimi e naturali, dove c’è questa concezione sociale; nel campo proprietario, perché la proprietà deve essere esercitata rispettandone la funzione sociale (anche se non si capisce bene in cosa consista); nel campo dell’educazione perché lì si scontrano soggetti che sono soltanto formalmente uguali perché uno è il soggetto forte e uno il soggetto debole. Allora lì può intervenire il legislatore: poi, casomai, si può discutere se intervenga bene oppure male, se interviene in maniera eccessiva, se rompe troppo le regole del gioco o no. Questo, poi, dipende dalla visione politico che ha ognuno. Ma nell’ambito di obbligazioni e di contratti che riguardano situazioni che vedono come attori e protagonisti degli imprenditori sostanzialmente, dei soggetti che stanno sul mercato. Allora questa visione, per cosi dire, solidaristica che anima il pensiero del professore Mazzoni che aveva criticato la tesi di Grasso, è una visione solidaristica che è fuori posto, in questo caso (non sempre). Però, secondo Grasso la logica del sistema è un’altra. La logica del sistema è quella che ci siamo detti. Siccome quel soggetto deve di più, è un suggetto che deve essere tutelato? E da che cosa deve essere tutelato? Deve essere tutelato dal fatto che la sua volontà non sia stata coartata, che la firma della fideiussione non gli sia stata estorta con una pistola in fronte, ecc..Da questo deve essere tutelato. Non bisogna pensare che questo fideiussore sia un “poverello” per cui necessita dell’arma di tutela più forte. Per esempio: e se questo fosse Agnelli, oppure Berlusconi? Quindi il professore di diritto commerciale si lascia trasportare da questa visione solidaristica, anche in rapporti di questo tipo. Secondo il professore, però, non c’entra. Ci stanno certamente dei luoghi in cui questo solidarismo deve essere rilevante e tutelato ed altri in cui non c’entra. Non si più dare una spiegazione della disciplina del codice civile richiamando questi principi vagamente solidaristici per cui siccome il fideiussore solidale deve di più spetterebbe a lui la surrogazione. Che ragionamento è questo? Allora, c’è una fideiussione che merita di più, che è quella con beneficio di escussione, che poi probabilmente è stata data ad un soggetto estraneo dal debitore, rispetto alla fideiussione senza beneficio di escussione e queindi alla fideiussione solidale, in cui vi è un coinvolgimento più forte del fideiussore rispetto all’interesse del debitore. Perché nessuno farebbe una fideiussione ad un estraneo (magari sarà la moglie, il cugino, il socio, l’amministratore della società). Allora perché dovrebbe dare di più? Abbiamo visto come quella che sembrava una replica decisiva e preoccupante, è una replica che si affronte, si discute e forse si supera, nel modo in cui abbiamo visto. E’ sicuro che si supera? Alò professore pare che sia ragionevole, e che il ragionamento sia coerente e rigoroso. Ragionamento che in parte è stato condiviso e che in parte potrebbe essere, in futuro, condiviso. O potrebbe non essere mai condiviso. Non fa nulla, perché comunque è una proposta non stupida, ben argomentata e che segue un percorso per capire come funziona. A questo punto, bisogna chiedersi a chi si applica questo articolo, 1203, numero 3? Se è vero che non si applica al debitore solidale e al condebitore solidale, e nemmeno al fideiussore solidale, allora per che cosa è stato scritto questo arrticolo? Per qualcosa sicuramente sarà stato scritto , altrimenti altro che pleonastica soltanto l’ultima parte: sarebbe pleonastica tutta la norma. Allora: a chi si applica? [NB: lo dice nella prossima lezione]

Lezione 1°dicembre

Si sta parlando della surrogazione legale ed in particolare di quella parte di articolo contenuto nell’art.1203 c.c n.3 il quale prevede che **“La surrogazione ha luogo di diritto:a vantaggio di colui che,essendo tenuto con altri o per altri al pagamento del debito,aveva interesse di soddisfarlo”.**Si è visto che diversamente da ciò che si pensa comunemente questa norma probabilmente sulla base della ricostruzione fatta **non si applica al debitore solidale e al condebitore solidale come invece si pensa perché il pagamento del debitore solidale e il pagamento del condebitore solidale è sempre un pagamento incompatibile con la surrogazione.**Questo perché è un pagamento che:
-**o proviene da un condebitore e quindi è strutturalmente idoneo ad estinguere direttamente ed immediatamente sia il lato attivo che passivo del rapporto obbligatorio;
-oppure proviene da un debitore solidale che per essendo l’adempimento del debitore solidale strutturalmente estraneo ad un altro debito coinvolto nel vincolo della solidarietà tuttavia perché l’art.1292 c.c dice che il pagamento di un debitore solidale libera gli altri e questo significa estingue immediatamente le intere posizioni debitorie verso il creditore** dobbiamo sostenere che sia nel caso di debito solidale che condebito solidale **il pagamento è incompatibile con la surrogazione.**

 **Art.1949=**Questa affermazione deve essere controllata alla luce della **norma dettata in tema di fideiussione quale l’art.1949 c.c rubricato “surrogazione del fideiussore nei diritti del creditore”** in cui si dice che **il fideiussore ha la possibilità di surrogarsi nei diritti del creditore soddisfatto.
Art.1944=**Poiché noi sappiamo che ai sensi dell’art.1944 c.**c il fideiussore è un debitore solidale**,si potrebbe pensare che questa norma contraddice tutto quanto detto ossia che il pagamento del debitore solidale è incompatibile con la surrogazione e c’è invece una norma del codice **che consente ad un debitore solidale quale dovrebbe essere il fideiussore di surrogarsi** e così mettendo in crisi la ricostruzione del professore Grasso.
Il professore Grasso sostiene che l’art.1949 c.c non è di per sé significativo perché:
-innanzitutto c’è un’altra norma l’art.1950 c.c **“regresso contro il debitore principale”**e quindi già questo può farci pensare che ci sia un’ipotesi in cui il fideiussore può agire in via di regresso e un’ipotesi in cui può agire in via di surrogazione visto che l’uso contestuale a scelta del debitore solvente di questi 2 rimedi è un po’ inconcepibile.
Questo perché è chiaro **che si sceglierebbe sempre la surrogazione e mai il regresso** e non si capisce il perché del 1950 c.c.E’ evidente che se c’è il 1949 c.c e il 1950 c.c significa **che queste norme si applicano a situazioni diverse e probabilmente queste situazioni diverse** noi le possiamo ricavare agevolmente l’intero art.1944 c.c dal quale risulta che **la fideiussione può essere caratterizzata dalla solidarietà,di regola è caratterizzata dalla solidarietà e quindi il fideiussore che paga,quando la fideiussione è caratterizzata dalla solidarietà,è un debitore solidale ma esiste anche un’altra ipotesi di fideiussione in cui il fideiussore non è tenuto con il vincolo della solidarietà perché non è tenuto alla medesima prestazione a cui è tenuto il debitore principale.**Tale fideiussore è tenuto soltanto a pagare ciò che residua e quindi il contenuto dell’obbligazione si stabilisce “per relationem” a seguito dell’escussione del debitore principale.Ciò che residua dall’infruttuosa escussione del debitore principale è il contenuto della prestazione del fideiussore.
Ma allora il fideiussore non è tenuto alla medesima prestazione del debitore principale e dunque **viene meno quel carattere essenziale della solidarietà** che noi leggiamo nell’art.1292 **per cui si ha obbligazione solidale quando più debitori sono convenuti per la medesima prestazione in modo che il pagamento di uno libera tutti gli altri,in modo che il creditore può ottenere l’adempimento per l’intero da ciascuno e l’adempimento di questo libera tutti gli altri.**

 **Solidarietà unitaria e pluralistica=**Questo è il contenuto dell’art.1292 c.c da cui si evincono gli elementi essenziali della solidarietà ossia che **tutti siano tenuti per la medesima prestazione.**Questo sia nel caso in cui:
-**la solidarietà è “a struttura unitaria” cioè tutti i debitori rispondono sulla base della eadem causa obbligandi”;
-la solidarietà è “a struttura pluralistica” come accade nell’ipotesi in cui ciascun debitore risponde per una propria specifica causa**.Esempio è quello dell’accollante-accollato,fideiussore-debitore principale,delegato-delegante,espromittente-espromesso nell’assunzione cumulativa del debito rispondono con il vincolo della solidarietà ma sulla base di cause diverse.Anche in questo caso però si può individuare **la medesima prestazione** che qui assume un significato un po’ diverso.
Non è la medesima prestazione nel senso che è la stessa prestazione perché non è una sola ma ci sono tante prestazioni quanto sono le obbligazioni,ma **sono le stesse sul piano del contenuto materiale.**La prestazione in quanto prestazione è diversa perché contenuto di un’obbligazione distinta dall’altra.Ciascuna obbligazione è distinta dall’altra ma il contenuto di queste prestazioni è l’oggetto della prestazione che può essere qui fatto pervenire al creditore in soddisfacimento del credito sia da Caio che da Sempronio.
Il pagamento di un debitore consente al creditore di decidere lo stesso oggetto della prestazione che avrebbe ottenuto se avesse pagato un debitore al posto di un altro(non Tizio ma Caio o Sempronio)e questo consente **quell’effetto immediatamente estintivo di tutti i rapporti obbligatori coinvolti dalla solidarietà** di cui abbiamo parlato quando si è interpretato in questo modo quell’espressione dell’art.1292 c.c **in cui si dice che “il pagamento di uno libera tutti gli altri”.**
Questa espressione non si significa che **libera verso il creditore ma restano debitori ma libera nel senso che si estingue la posizione debitoria.**Alla fine di questo ragionamento,si è detto che effettivamente questo problema di cui all’art.1203 n.3 non sembra,alla luce delle considerazioni del professore Grasso che sia risolto in maniera pacifica e convincente dalla dottrina dominante **quando riferisce questo articolo 1203 n.3 alle obbligazioni solidali in genere e alla posizione di garante fideiussorio.**

Applicabilità dell’art.1203 n.3 c.c,a chi è genericamente tenuto a sopportare il peso economico dell’altrui debito e perciò può avere un qualificato interesse(diverso da quello di cui all’art.1201 c.c) ad evitare tale conseguenza adempiendo come terzo l’altrui debito.Individuazione(esemplificativa) di taluni casi concreti

Dopo aver criticato la costruzione dominante,è necessario fare un’altra proposta ricostruttiva perché non si può dire che l’art.1203 n.3 non si interpreta così e quindi bisogna cancellarlo perché comunque a qualcosa deve servire e quindi bisogna comprendere a cosa può servire nell’ambito del ragionamento che si sta operando.
Come si può procedere per comprendere il significato di tale disposizione?

Innanzitutto alla luce di quanto affermato dal Professore Grasso,evidentemente questa norma **non si applica a chi è debitore perché se il pagamento che giustifica la surrogazione deve essere un pagamento compatibile con il fatto che non si estingue direttamente ed immediatamente obbligo e credito altrimenti la surrogazione è inconcepibile e non realizzabile. Se è vero questo è chiaro che non può mai provenire da un debitore.**Quindi il “chi è tenuto con altri o per altri pagamento del debito,aveva interesse a soddisfarlo” non è interpretato nel senso **che ci è tenuto in quanto debitore del creditore** perché altrimenti si ritorna allo stesso problema che invece si sta cercando di superare.
Questa è una constatazione evidente.Il creditore si dice,all’art.1203 n.3 ove si dice che si ha surrogazione di diritto “a vantaggio di colui che essendo tenuto con altri o per altri al pagamento del debito,aveva interesse di soddisfarlo” **essere tenuto al pagamento qui** **non significa essere debitore perché se dovesse indicare questo evidentemente quanto detto non avrebbe alcun senso.**Si sta cercando di dimostrare che non è possibile che **un debitore si surroghi.**Un debitore è debitore e quando ha pagato,ha pagato.Non si può surrogare per riottenere da altri quello che doveva pagare al creditore.Non c’è questa possibilità perché è debitore e avendo pagato come debitore non può invocare la surrogazione*.****La surrogazione deve necessariamente conseguire al pagamento di un soggetto che non è debitore*.**Questa affermazione che si ricava da tutto il ragionamento colto dal professore Grasso.

Questa è la prima constatazione che si deve fare e serve per illuminare il cammino ricostruttivo:**la surrogazione deve necessariamente conseguire al pagamento di un soggetto che non è debitore.**

Analisi dell’espressione di cui all’art.1203 n.3 “…aveva interesse a soddisfarlo”Poi c’è un secondo punto che si deve valorizzare **quest’ultima espressione “aveva interesse di soddisfarlo”**.Grasso in merito a quest’espressione riferisce che la maggior parte della dottrina ritiene che **la surrogazione legale si applica ad un soggetto che è tenuto al pagamento,che è un debitore e asserisce che quest’ultima parte “aveva interesse di soddisfarlo” è riferita inutilmente,è pleonastica.**
E’ un di più che il legislatore avrebbe potuto non scrivere.
Grasso ritiene questa lettura della norma un po’ curiosa perché il legislatore che è un legislatore consapevole ed attento come detto più volte,quello del 1942 che usa le parole con una certa attenzione ed è anche accorto alla ricostruzione sintattica della frase perché attraverso la costruzione della frase ci dà delle indicazioni che vanno valutate alla luce del sistema,del ragionamento giuridico ma comunque delle indicazioni il legislatore c’è le da già come costruisce la frase.
Il professore ha già fatto notare che tutta la disposizione giuridica,tutta l’espressione linguistica di cui ci si sta occupando è costruita proprio in modo da richiamare l’attenzione proprio su questa parte che invece viene considerata pleonastica.
“A vantaggio di colui che,poi c’è l’inciso essendo tenuto con altri o per altri al pagamento,**aveva interesse a soddisfarlo”,**questa espressione mette a fuoco nella costruzione della frase proprio quest’ultima parte cosa diversa se il legislatore avesse detto che si ha surrogazione di diritto a “vantaggio di chi,è tenuto con altri o per altri al pagamento del debito”.
E’ chiaro che se il legislatore avesse scritto questo il discorso sarebbe stato diverso ma invece lo ha scritto in un altro modo cioè **“a vantaggio di colui che,essendo tenuto con altri o per altri al pagamento aveva interesse a soddisfarlo”.**
**Quindi non è sufficiente essere tenuto ma ci vuole anche l’interesse.Ci si chiede qual è questo interesse:
-se è un debitore l’interesse è quello di un qualsiasi debitore a liberarsi pagando il debito,perché dà fastidio essere debitore e quindi ogni debitore si dice ha interesse a svincolarsi,a liberarsi del vincolo e quindi ha interesse a soddisfarlo.**Ma allora essendo l’interesse comune,generale a qualsiasi debitore è pleonastico usare quest’espressione perché appunto quest’espressione si applica **a chi è tenuto all’adempimento e cioè è un debitore.**Se si dice che non può essere il creditore allora si valorizza la frase,la quale deve avere un senso.
E’ un soggetto che è tenuto **ma non come debitore,è tenuto come altra cosa ed ha interesse a soddisfarlo.**
**Terzo qualificato=**Allora se chi è tenuto non deve essere un debitore e deve avere un interesse **a soddisfare il debito che è un interesse diverso da quello del debitore perché non lo è,**allora in quali possono essere in astratto le ipotesi immaginabili?
Le uniche ipotesi immaginabili sono quelle in cui **un terzo che non è debitore** in quanto non c’è una terza via che non esistono (o si è terzi o si èdebitori).Del resto abbiamo visto che soltanto l’adempimento che proviene da un soggetto non debitore **che è compatibile con la surrogazione** quindi deve essere un soggetto terzo,ma un terzo qualsiasi?

Se fosse un terzo qualsiasi non potrebbe utilizzare il 1203 n.3 c.c cioè surrogarsi di diritto ma lo deve chiedere al creditore nel momento in cui si surroga perché la norma di riferimento è **l’art.1201 c.c** ma **deve essere un terzo un po’ diverso dagli altri terzi.**E’ un ragionamento consequenziale.Se a seguito del ragionamento fatto il soggetto cui fa riferimento il legislatore all’art.1203 n.3 **è un soggetto terzo che non può essere un debitore,deve essere un soggetto un po’ più qualificato del terzo semplice perché questi può utilizzare il 1201 c.c mentre il terzo qualificato utilizza il 1203 n.3 c.c.**Ci si chiede in che senso il terzo è qualificato.**E’ qualificato questo terzo perché ha interesse e questo interesse può essere quello a non subire le conseguenze dell’altrui inadempimento,**perché pur essendo terzo si è tenuti a sopportare nel proprio patrimonio l’inadempimento altrui.
Questa è l’unica possibilità perché chi adempie, chi è il solvens surroga il terzo e paga come terzo però non è un terzo qualsiasi che può ricorrere allo strumento del 1201 c.c.Qui c’è un vantaggio per il terzo che paga,è un terzo un po’ sofferente perché è terzo che è coinvolto dall’altrui inadempimento tanto è vero che ne subirebbe le conseguenze e perciò è tenuto al pagamento.
**Tenuto al pagamento non significa che è debitore,è tenuto al pagamento avendo un particolare interesse a soddisfarlo perché attraverso questo pagamento intende evitare guai peggiori per sé.**

Esistono ipotesi di questo genere?
**Terzo datore di ipoteca=**Si può pensare il caso **del terzo datore di ipoteca**,che è uno che fornisce una garanzia ipotecaria.Esempio un terzo amico di un debitore lo aiuta fornendogli questa garanzia ipotecaria e divenendo terzo datore di ipoteca.
Che significa questo?Che in quanto terzo datore di ipoteca potrebbe subire le conseguenze dell’ altrui inadempimento cioè l’inadempimento del debitore a cui si è forniti la garanzia ipotecaria perché se il debitore non paga,il creditore escute il patrimonio immobiliare del terzo,escutendo l’immobile sul quale si è iscritta l’ipoteca a favore.
Qui il terzo è debitore del debito garantito,condebitore?No e però il terzo non si può qualificare come un terzo qualsiasi perché è un terzo che si trova in una situazione delicata in quanto se il debitore non paga,sarà lui tenuto a sopportare le conseguenze dell’altrui inadempimento.
Avendo fornito la garanzia ipotecaria non potrà fare nulla e si vedrà escusso il suo bene immobile.
Ora in questo caso del terzo che ha fornito garanzia ipotecaria,constatando che il debitore si accinge a non pagare,**può pagare il debito altrui come terzo** ma qui è un qualsiasi terzo che lo ha fatto per una ragione segreta tra solvens e debitore principale oppure c’è una ragione che rileva nei confronti del creditore accipiens?

No,c’è questa ragione perché il terzo quando paga il debito altrui,lo pagherà per evitare di subire nel suo patrimonio le conseguenze negative dell’inadempimento altrui **e quindi ha uno specifico interesse a pagare il debito altrui che è un interesse non qualsiasi ma è l’interesse speciale di questo terzo speciale il quale vuole pagare il debito altrui per impedire conseguenze più gravi nel suo patrimonio.**Il debito altrui è espresso in moneta che si è svalutata.Una volta erano molti soldi e adesso però la garanzia ipotecaria è sempre il mio immobile ed io comunque subisco l’espropriazione forzata dell’immobile e la voglio impedire.Potrebbe conferirmi di andare a pagare il debito altrui liberandolo e poi si vedrà nei rapporti interni in cui ho diritto a farmi restituire i soldi dal debitore.Come posso farlo per essere tutelato?Mi posso surrogare e con quale criterio?Quello del 1201 c.c o del 1203 c.c?Cioè devo chiedere il concorso della volontà del creditore cioè devo essere surrogato dal creditore al momento in cui ricevo il pagamento oppure in questo caso posso surrogarmi di diritto utilizzando il 1203 c.c n.3?

Grasso ritiene che mi posso surrogare a norma dell’art.1203 c.c n.3 se mi ritrovo in quelle condizioni.Sono un terzo che paga ma non un terzo qualsiasi.Sono un terzo che paga per evitare un guaio più grosso e quindi ti pago e tu non inizierai l’espropriazione,perché sei stato soddisfatto.Io ti pago come terzo e non è che essendo un terzo datore di ipoteca sono tenuto a pagare un debito originario ma sono tenuto a sopportare la tua azione esecutiva perché non sono un debitore originario.Se pago,pago come terzo ma non come un terzo qualsiasi perché evito una cosa del genere.
Questo interesse del terzo **è un interesse che rileva nei confronti del creditore** infatti non sono un terzo che paga sulla base di rapporti interni nascosti con il debitore originario.Pago sulla base di una situazione che è riferibile al creditore perché posso comunicare al creditore.E’ una situazione visibile e rilevante nei confronti del creditore perché il creditore è titolare di un’ipoteca sul bene altrui proprio del terzo che viene a pagare.

**Art.1203 n.2 c.c=**Del resto un’ipotesi analoga a questa è **prevista proprio dall’art.1203 n.2 c.c che prevede “La surrogazione ha luogo di diritto a vantaggio dell’acquirente di un immobile che,fino alla concorrenza del prezzo d’acquisto,paga uno o più creditore a favore dei quali l’immobile è ipotecato”.**Qui l’ipotesi è quella dell’ acquirente di un immobile ipotecato e non del terzo datore di ipoteca di cui all’art.1203 n.3 c.c perché è contenuto implicitamente nell’art.1203 n.3 c.c.Nel 1203 n.2 si prevede **il caso di un acquirente di un immobile ipotecario.**E’ un’ipotesi assai visibile a quella descritta prima.
Io acquisto l’immobile e lo acquisto ipotecato.Se pago fino alla concorrenza del prezzo di acquisto come dice il 1203 n.2 c.c mi posso surrogare di diritto.Quindi quando ho pagato non ho pagato come un debitore ma come un terzo.Perchè non uso il 1201 c.c?Perchè qui siamo nella situazione speciale perché sono un terzo qualificato dal fatto che subirei delle conseguenze.In questa ipotesi formulata che è riconducibile all’art.1203 n.3 c.c ed un’ipotesi che riduce e sta già nell’art.1203 n.2 c.c.
E’ un’ipotesi abbastanza simile,da una parte si parla del terzo acquirente di un immobile ipotecato e dall’altra del terzo datore di ipoteca.Uno è quello che compra l’immobile,l’altro è colui che offre la garanzia ipotecaria per il debito originario.E’ l’acquirente dell’immobile ipotecato?No e quindi non può entrare nel 1203 n.2 c.c.
Quindi o il 1201 c.c o niente?E’ molto più ragionevole pensare che quell’ipotesi è riconducibile al 1203 n.3 c.c se noi leggiamo questa norma in maniera corretta come Grasso ha cercato di segnalare.

Quindi se noi diciamo che **perché si abbia surrogazione c’è bisogno che *la solutio,il pagamento* provenga comunque da un terzo estraneo al rapporto obbligatorio originario e dobbiamo valorizzare questo interesse che il solvens ha nell’effettuare il pagamento** le ipotesi sono queste e sono ipotesi nelle quali il terzo solvens paga come terzo ma non è un terzo libero nei confronti del creditore.Non è totalmente terzo ma è un terzo che subirebbe nel proprio patrimonio le conseguenze e quindi può invocare a suo vantaggio **questa norma dell’art.1203 n.3.**

Altra ipotesi possibile rientrante nel campo di applicazione di cui all’art.1203 n.3 c.c:La promessa del fatto del terzo art.1381.

**Promessa del fatto del terzo=**Nella promessa del fatto del terzo di cui all’art.1381 c.c c’è un soggetto **promittente** che promette un indennizzo ad un altro **promissario** per caso che il terzo non esegua il fatto promesso.
Esempio:se il terzo non consegna il cavallo,io ti darò 1 milione di euro.Questa è una promessa del fatto del terzo e **non è una fideiussione in senso proprio perché la fideiussione prevede che il fideiussore può essere tenuto per la medesima prestazione “eadem res debita”.Qui il garante è tenuto ad una somma di denaro che rappresenta il risarcimento del danno conseguente all’altrui inadempimento.
Ora la promessa del fatto del terzo non è che si ha soltanto quando le 2 prestazioni sono diverse perché** **una è infungibile e l’altra è meramente pecuniaria o riparatoria.Si può avere la promessa del fatto del terzo anche quando le 2 prestazioni sono tutte e 2 debiti pecuniari.**

Esempio:se il terzo non esegue la sua prestazione in valuta cinese,io ti darò 200 mila euro.
Il risarcimento del danno di un inadempimento di questo debito.Cosa può succedere in questo caso in cui l’indennizzo è predeterminato,in cui il risarcimento è fissato in una cifra altissima?Potrebbe succedere che si convenga nel corso dell’esecuzione del rapporto(anche i rapporti nascono oggi e domani si modificano)e nella fase di adempimento le situazioni cambiano.La moneta cinese non vale più niente mentre l’euro vale e quindi io potrei avere interesse,promittente come terzo a pagare la somma in yuan cinesi per evitare di dare 200 mila euro che valgono molto di più?
Anche qui sono il promittente e sono tenuto a pagare l’indennizzo di 200 mila se l’altro non paga il milione di yuan.Ma io vorrei pagare 200 mila euro come un qualsiasi terzo,che ha promesso l’indennizzo nel caso in cui l’adempimento del debitore originario non ci fosse.Però se lo faccio sono un terzo un po’ particolare perché evidentemente se faccio una cosa del genere significa che a me conviene fare questo piuttosto che subire le conseguenze dell’altrui inadempimento perché per me ci sarebbe un sacrificio maggiore perché dovrei pagare 200 mila euro piuttosto che procurarmi il milione di yuan che invece acquisto con 50 mila euro perché questo è il valore attuale.Sono ipotesi per capirci.
In questo caso quindi con 50 mila euro acquisto 1 milione di yuan recandomi dal creditore e rammentandogli di aver promesso 200 mila euro e constando l’adempimento del debitore originario il creditore di fronte alla richiesta di pagare in yuan non si può rifiutare in quanto il promissario adempie come terzo.
Però a questo punto devo chiedere al debitore 1 milione di yuan e come lo faccio?Potrei surrogarmi utilizzando il 1203 c.c n.3 e potrei anche fare l’accollo o agire in rivalsa sulla base di altre operazioni ma comunque deve convenirmi di surrogarmi perché magari il credito è garantito da garanzia reale(garantito il grattacielo a Shangai).

Allora si è in grado di individuare alcune ipotesi,dei casi **in cui interpretando l’art.1203 n.3 nella maniera che Grasso considera corretta perché diversa da quella della dottrina dominante non è che poi la conseguenza è che il 1203 n.3 si cancella.**Il 1203 n.3 si applica invece ad altre situazioni che sono queste **in cui chi paga “solvens”,è sempre un soggetto terzo rispetto al rapporto di valuta pagato,adempiuto.Però non è un terzo,il solvens uguale a qualsiasi altro terzo a cui si può applicare il 1201 c.c ma è un terzo qualificato dal fatto che si trova nelle condizioni di sopportare l’altrui inadempimento ed è perciò indotto proprio al fine di evitare questa nefasta conseguenza nel suo patrimonio dall’altrui inadempimento e quindi potrebbe avere quell’interesse a soddisfare il debito altrui,a cui l’interesse esplicitamente si riferisce art.1203 c.c n.3.**

Saggio Grasso:Assunzione cumulativa del debito e beneficium ordinis

Questo saggio riprende un tema che si è già affrontato qualche tempo fa.La riflessione prende l’avvio **dalla lettura dell’art.1268 c.c rubricato “Delegazione cumulativa”** in cui si dice che **in caso di delegazione cumulativa,il delegatario deve chiedere l’adempimento prima al delegato e poi al delegante,cioè prima all’assuntore e poi al debitore originario.**Beneficio dell’ordine **cioè il creditore delegatario deve seguire un ordine nella richiesta di adempimento.**Grasso ha già fatto notare in altre occasioni **che il beneficio dell’ordine non ha nulla a che fare con il beneficio dell’escussione,che pure prevede l’ordine ma è molto di più.**Infatti prevede l’onere di seguire un ordine ma non nella richiesta ma bensì nell’escussione del patrimonio che è cosa diversa e non tutti lo colgono a livello di manualistica per cui è necessario porre un certa attenzione.
**Una cosa è il beneficio dell’ordine e una cosa è il beneficio dell’escussione** di cui si è parlato a proposito dell’art.1944,comma II c.c cioè la fideiussione con **beneficio d’escussione.**Quello di cui si sta parlando oggi richiamando il II comma dell’art.1268 c.c riguarda invece il beneficio dell’ordine **cioè il debitore che vede degradata a sussidiaria la sua responsabilità,può difendersi dalla richiesta di adempimento eccependo questo ordine,onere che deve essere rispettato dal creditore.**

1.Insufficienza dell’opinione che estende la disciplina ivi prevista a tutte le ipotesi di assunzione cumulativa del debito

Questa norma dell’art.1268 c.c **si ritiene applicabile non soltanto alla delegazione ma anche all’espromissione e all’accollo perché si ritiene espressione di un principio di ordine generale**,che vuol dire che la spiegazione data dalla dottrina dominante è una spiegazione non condivisibile per quanto riguarda la ratio dell’art.1268.
Cioè si dice **che nel 1268 c.c si deve seguire questo ordine nella richiesta perché il peso del debito si distribuisce in maniera diseguale nei rapporti interni e quindi ogniqualvolta il peso del debito si distribuisce in maniera diseguale,all’esterno questa diseguaglianza interna della distribuzione del peso del debito si esprime con l’onere della preventiva richiesta cioè il creditore deve chiedere l’adempimento prima al soggetto su cui pesa il peso del debito nei rapporti interni.

Opinione di Grasso=**Per Grasso questa affermazione è affermazione non corretta e già lo si è visto perché in realtà:
a)**non è vero** che nel caso di delegazione il peso del debito si trasferisce nei rapporti interni dal delegante al delegato;
b)**non è vero** che nell’espromissione il peso definitivo del debito si trasferisce dall’ espromittente all’espromesso;
c)**questo è vero soltanto nell’accollo all’assunzione esterna del debito corrisponde l’assunzione interna cioè l’accollante diventa debitore dell’accollatario ed anche nei rapporti interni il peso del debito si è trasferito certamente su di lui.**Ma questo non accade nella delegazione e nell’espromissione anche se può succedere ma può anche non succedere.**Non c’è perfetta simmetria,coincidenza tra assunzione esterna del debito ed assunzione interna del debito.**Allora se è vero questa simmetria,non si può dare quella giustificazione all’art.1268 c.c ma vi deve essere un’altra.

**Opinione di Cicala=**Qual è questa giustificazione?E’ quella fornita da Cicala.**Nel caso di assunzione cumulativa,in ogni ipotesi di assunzione cumulativa l’assuntore prende su di sé il peso economico-giuridico del debito verso il creditore e non anche necessariamente nei rapporti interni.**Potrebbe assumere necessariamente su di sé nei rapporti interni **solo nel caso di accollo,**ma in via generale si ha assunzione cumulativa del debito ogni qualvolta si prende su di sé e si diventa nei confronti del creditore debitore principale.
Cioè l’intento di far proprio il peso del debito verso il creditore **si ha,si esprime con questa modalità ossia l’assuntore vuole diventare debitore principale,assumendosi il debito in questo modo.Assumersi il debito verso il creditore in via cumulativa significa voler diventare verso il creditore debitore principale indipendentemente da quelle che sono le vicende interne.**Questo è già stato riferito da Cicala,in tema di espromissione,delegazione ed accollo.

Allora si potrebbe dire che comunque **l’art.1268,II comma c.c esprime un principio generale perché assumere il debito altrui quando l’assunzione è cumulativa,**(è ovvio soltanto con riferimento all’assunzione cumulativa si pone la questione dell’ordine da seguire 43:36 cosa che non avviene quando l’assunzione è liberatoria ove c’è un solo debitore).E’ chiaro che nell’assunzione cumulativa del debito ci poniamo il problema dell’ordine da seguire **nella richiesta di adempimento tra assuntore e debitore originario.**Ora la regola è che proprio perché si tratta di assunzione del debito e non di garanzia,proprio perché si vuole prendere su di sé il peso economico e giuridico del debito verso il creditore;questo prendere su di sé verso il creditore **significa proporsi al creditore come debitore principale.**Esempio:Allora se io mi propongo come debitore principale significa che l’altro degrada a sussidiario la sua responsabilità e quindi c’è un dislivello tra chi risponde prima e chi risponde dopo e questo principio è codificato nell’art.1268 c.c.**Quindi l’art.1268 c.c in questa prospettiva più corretta per Cicala è un articolo di valore generale che riguarda anche espromissione ed accollo perché disciplina un’ipotesi di assunzione cumulativa del debito.
Cioè ogni volta che c’è un’assunzione cumulativa del debito,deve necessariamente prevedere la degradazione a sussidiaria della responsabilità del debitore originario.**

2.Opinione Grasso applicabilità dell’art.1268 c.c solo alla delegazione cumulativa

**Opinione di Grasso=**Grasso crede che l’art.**1268 c.c non è espressione di un principio di ordine generale,ma è una norma “ad hoc” soltanto per la delegazione e non è un caso che il legislatore non l’abbia prevista neanche per l’espromissione e per l’accollo,né ha detto che questa norma si applica anche all’espromissione e all’accollo non dicendo nulla.**Ne parla soltanto nel 1268 c.c.Questa estensione all’espromissione e all’accollo è conseguenza di quel ragionamento che abbiamo fatto poco fa.
Grasso pensa invece **che l’art.1268 c.c che disciplina il beneficio dell’ordine è proprio soltanto della delegazione cumulativa e non si applica anche all’espromissione cumulativa e all’accollo cumulativo.**Ciò significa **che l’espromissione cumulativa e l’accollo cumulativo sono ipotesi di solidarietà pura e semplice?**

**L’espromissione cumulativa e l’accollo cumulativo non sono ipotesi di solidarietà pura e semplice e anche qui c’è una responsabilità sussidiaria del debitore originario che vede degradata a sussidiarietà la sua responsabilità** ma questa sussidiarietà **non si esprime con il beneficio dell’ordine ma con quel beneficio dell’attesa che è una sussidiarietà più attenuata** di cui abbiamo parlato con riferimento alla garanzia autonoma.
Nella garanzia autonoma quella solidarietà più attenuata tutela il garante mentre qui la solidarietà più attenuata tutela il debitore originario.Perchè Grasso ritiene che l’art.1268 c.c si applica soltanto alla delegazione?
Innanzitutto prima di passare all’esame di questo profilo,dobbiamo sgombrare il campo da alcune considerazioni che sono state fatte.

3.L’estensione in parola non può fondarsi sui dati normativi rappresentati dagli artt.1408,comma II,2356 comma II e 2481,comma II c.c

**Art.1408 comma II c.c=**L’art.1408,II comma c.c che è quella norma che disciplina i rapporti **fra contraente ceduto e cedente.**Ne abbiamo parlato a proposito della cessione del contratto.Il II comma dell’art.1408 comma II stabilisce ***“Tuttavia il contraente ceduto,se ha dichiarato di non liberare il cedente,può agire contro di lui qualora il cessionario non adempia le obbligazioni assunte”.***Qui siamo in presenza di un’ipotesi di cessione del contratto in cui **non c’è stata la liberazione del cedente.**Allora il cedente ed il cessionario restano tenuti insieme nei confronti del contraente ceduto per il debito che si è trasferito.
Cosa si è trasferito dal cedente al cessionario?Dal cedente al cessionario **si è trasferito un credito e un debito.**
Il debito si trasferisce dal cedente al cessionario.In genere si trasferisce **mediante sostituzione** perchè la logica è che uno vende il contratto e se ne vuole andare.Però non è detto che sia così perché si potrebbero avere le ipotesi di cessione del contratto costruita in modo da non determinare la sostituzione del cessionario al cedente anche nel rapporto obbligatorio e nel debito.
 **Vi è la sostituzione del cessionario al cedente nel credito ceduto ma nel debito trasferito non vi è la sostituzione ma vi è un accollo cumulativo.
La cessione del contratto è cessione del credito e accollo del debito corrispettivo e quindi il cessionario si accolla il debito del cedente,ma il cedente non è liberato.Dunque restano cessionario e cedente nei confronti del ceduto e quindi vi è un accollo cumulativo.**

L’art.1408,comma II dice che in questi casi di accollo cumulativo,il contraente ceduto può agire contro di lui cioè contro il cedente che sarebbe quindi l’accollato,qualora il cessionario non adempie le obbligazioni.**Quindi anche qui vi è una norma che stabilisce un ordine,il ceduto deve chiedere l’adempimento e deve aspettare che il cessionario,che sarebbe l’accollante e quindi è l’assuntore non adempie l’obbligazione prima di potersi rivolgere all’accollato che sarebbe il contraente cedente.**Allora siamo in presenza secondo l’art.1408 c.c **di una cessione del contratto con accollo cumulativo del debito trasferito.Di questo accollo cumulativo:
-il cessionario è l’accollante,assuntore;
-il cedente è l’accollato.**Che dice il 1408 c.c?Dice che il creditore accollatario,cioè il creditore ceduto **può chiedere l’adempimento al cedente dopo averlo chiesto al cessionario cioè deve chiedere prima all’accollante e poi all’accollato secondo la regola prevista dall’art.1268 c.c,II comma per la delegazione.**Anche lì il delegatario deve chiedere l’adempimento prima all’assuntore e poi al debitore originario che vede degradata a sussidiaria la sua responsabilità.
Allora si dice che c’è conferma di questo principio di cui all’art.1268 c.c anche nel 1408,II c.c per quanto riguarda l’accollo.

Per Grasso non è così.Perchè nella regola di cui all’art.1408,comma II (è una cosa molto sottile e pertanto si richiede la massima attenzione) siamo in presenza di un cessionario e di un cedente,di un accollante ed un accollato e la richiesta va fatta prima all’accollante e poi all’accollato sulla base dell’art.1408 c.c,II comma e dunque c’è conferma che **per l’accollo si applica lo stesso principio dell’art.1268 c.c** e quindi la dottrina dominante si chiede come fa Grasso a dire che non si estende quel principio perché non specificità.

Potrebbe non essere così perché?
Grasso sostiene che il 1408 c.c **non riguarda la disciplina dell’accollo puro e semplice ma riguarda un’altra cosa e riguarda la cessione del contratto.**E’ vero che questi rapporti sono rapporti che disciplinano specificamente la relazione tra accollante-accollato nei confronti del creditore accollatario ossia la relazione del contraente ceduto rispetto al cessionario e al cedente ma appunto **riguarda un accollo che non è un vero accollo ma è un accollo inserito in una cessione del contratto,cioè è parte di un contratto più ampio che prevede anche il trasferimento del credito corrispettivo.**
Allora qual è potrebbe essere la ragione per cui il legislatore impone alla **parte ceduta di chiedere l’adempimento prima al cessionario e poi al cedente?**La ragione risiede in un principio che attiene all’accollo?

**Ordine nella richiesta tutela l’equilibrio sinallagmatico ex art.1408,comma II=**Molto più probabilmente,molto più ragionevolmente e questo spiega perché se ne parla nel 1408 c.c e non altrove questa **norma tutela l’equilibrio sinallagmatico che è tutto un’altra cosa.**L’accollo rappresenta il corrispettivo della cessione del credito ed il cedente non è stato liberato e così si prospetta l’opportunità di salvaguardare in tal modo l’equilibrio sinallagmatico imponendo al ceduto di chiedere l’adempimento innanzitutto a colui che si è sostituito nella corrispettività del contratto ceduto(cessionario accollante).
Supponiamo che l’art.1408 c.c non ci fosse e che dunque il contraente ceduto possa chiedere l’adempimento sia al cessionario sia al cedente **senza seguire quest’ordine.**
Probabilmente il ceduto sarebbe indotto **a chiedere l’adempimento al cedente piuttosto che al cessionario cioè all’accollato perché siccome l’accollato non è più titolare del credito corrispettivo perché si è ceduto,l’accollato non gli potrà mai opporre le eccezioni di inadempimento.**E’ una cosa sottilissima e fine. **Per poter opporre i rimedi sinallagmatici bisogna essere titolari delle posizioni corrispettive.**L’accollato qui in questo caso non è titolare del credito corrispettivo perché l’ha ceduto**.**L’accollato è il cedente,il contraente originario quindi non è più titolare del credito e il credito sicuramente l’ha perduto.
**Però non ha ceduto il debito perché non vi è stata la sua liberazione e vi è stato un accollo cumulativo.**Ma allora il contraente ceduto,il quale magari sarebbe tenuto ad offrire contemporaneamente la sua prestazione prima di chiedere il pagamento alla sua controparte,anziché fare questo sforzo rivolge la richiesta di adempimento al cedente cioè all’accollato e quindi salva l’equilibrio sinallagmatico **perché l’accollato non può rifiutarsi di adempiere invocando l’altrui inadempimento** che non c’è stato,né ha interesse a farlo valere perché il credito l’ha ceduto e non deve adempiere nulla nei confronti dell’accollatario e deve adempiere il ceduto nei confronti del cessionario perché il credito si è trasferito dal cedente al cessionario.Il cedente non ha più nulla nella posizione creditoria.
Allora è molto più probabile **che l’art.1408,II comma e non è un caso che è stato scritto in tema di cessione del contratto**,come è possibile che una regola di questo genere che riguarda il rapporto tra accollante ed accollato anziché essere prevista nell’art.1273 c.c ,è prevista guarda caso nell’art.1408 c.c.?

E’ assai curioso ma non lo è se ci rendiamo conto che qui c’è una logica perché ciò avvenga.L’art.**1408,comma II c.c prevede questo ordine nella richiesta non tanto perché vuole applicare il principio generale di cui sarebbe espressione l’art.1268 c.c ma perché è opportuno in questa sede prevedere questo ordine nella richiesta al fine di salvaguardare l’equilibrio sinallagmatico che potrebbe saltare invece perché si è spezzato il nesso di sinallagmaticità che ci sta tra credito e debito perché il credito si è trasferito mentre il debito non si è trasferito.**Non si possono invocare altre norme quali artt.2356 comma II e 2481 comma II c.c **che pure prevedono ipotesi di accollo cumulativo legale in cui è previsto a favore dell’accollato il c.d beneficium ordinis,di accollo non volontario che viene accostato ad un certo soggetto,il quale è debitore del fatto di trovarsi in una certa situazione e che ha ceduto questa certa situazione** e continua a rispondere nei confronti del creditore perché così vuole il legislatore.
Anche qui c’è un ordine nella richiesta ma anche qui la logica può essere diversa dovuta al fatto che qui l’accollo è legale,è stato voluto dal legislatore e non dalle parti.E’ giusto che il creditore si veda garantito dal fatto che colui che ha venduto magari le sue quote azionarie continua a essere tenuto nello stesso debito secondo il principio dell’accollo legale.E’ una scelta di politica legislativa che fa il legislatore però se privilegia il creditore perlomeno privilegia il debitore originario(povero disgraziato) che continua ad essere debitore per una cosa di cui si è liberato almeno **con il beneficio dell’ordine.**Anche lì ci può essere l’applicazione specifica,propria di quelle situazioni alle quali si riferiscono gli artt.2356 e 2481 comma II c.c che spesso vengono invocati per indicare la possibilità di desumere da questa normativa **una sorta di beneficium ordinis** **previsto anche per l’accollo.**

Grasso ritiene che gli indici normativi,i dati normativi d**a** cui si può ricavare che in via generale esiste **il beneficio dell’ordine anche in riferimento all’accollo,non ci siano.**Quindi questa affermazione resta soltanto legata a quel discorso di carattere generale che si è fatto per cui qualsiasi assuntore deve assumere il debito diventando verso il creditore debitore principale.Non ci sono norme specifiche perché queste norme specifiche non contano,non sembrano decisive per le ragioni esposte.Resta il principio di ordine generale:**si risponde secondo il beneficio dell’ordine perché la regola generale è che il debitore originario vede degradata a sussidiaria la sua responsabilità.**Grasso su questo punto è d’accordo ma si chiede se la sussidiarietà è sempre uguale: si applica sempre la **sussidiarietà rafforzata dal beneficio dell’ordine di cui all’art.1268,comma II c.c o c’è quella sussidiarietà attenuata?**

4.Giustificazione del comma II dell’art.1268 c.c sulla base di ragioni strutturali proprie soltanto al contratto di assunzione delegatoria del debito

Grasso ritiene che è mancato da parte della dottrina anche quella più acuta un’interpretazione corretta dell’art.1268,comma II per meglio dire un’individuazione corretta della “ratio” di queste situazioni che è una ragione che riguarda soltanto la delegazione,perché **soltanto nella delegazione assume rilevanza causale l’agire per conto.**Ormai questo lo sappiamo la delegazione è caratterizzata **dal fatto che le parti del contratto di assunzione delegatoria cioè il delegato e il delegatario hanno posto a fondamento causale del loro accordo “l’agire per conto”.**Questa è una cosa che noi riscontriamo soltanto nella delegazione e non c’è nell’espromissione anche quando la delega come il più delle volte c’è e meno che mai c’è nell’accollo dove naturalmente anche lì c’è una predisposizione dell’operazione fatta dall’accollato **ma l’accollatario è sempre estraneo a quell’accordo perché aderisce con la sua dichiarazione di voler approfittare della stipulazione a suo favore ma non diventa parte del contratto quindi quella causa non gli si comunica.**Soltanto nella delegazione la causa dell’agire per conto è una causa che riguarda il delegato e il delegatario in quanto parti del contratto di assunzione delegatoria che eleva a causa di sé stesso **l’agire per conto.**Ma che significa questo agire per conto?Perchè questo agire per conto è così importante ai fini della valutazione dell’art.1268 c.c?Che significa agire per conto e porre a fondamento causale del contratto il mandato?

Quando il delegato si reca dal delegatario per concludere con il delegatario un contratto di assunzione delegatoria **deve dichiarargli che è mandatario e l’altro lo deve accettare** perché se non lo accetta non si conclude il contratto.
Anche nella delegazione di pagamento “delegatio solvendi” se il delegato solvens si rivolge al beneficiario e dice “Guarda io sono stato incaricato e perciò ti pago”.Perchè questa è **delegazione di pagamento e non adempimento del terzo ex art.1180 c.c pur essendo il solvens non debitore dell’accipiens?**Perché la solutio,il pagamento viene qualificato dal richiamo **al mandato** e quindi anche chi riceve il pagamento lo qualifica come pagamento ricevuto dal mandatario.
**Effetti dell’accettazione dell’agire per conto da parte del delegatario=**Allora questo mandato per diventare causa dell’operazione o causa del pagamento(delegatio solvendi) o causa del contratto(delegatio promittenti/delegazione di debito) si deve **comunicare al delegatario e lo deve accettare non perché diventa in sé stesso mandatario,non questo,ma deve condividerlo** asserendo di essere accordo cioè è concorde:
-a consentire la realizzazione di quest’operazione gestoria ,
-di ricevere per conto;
-a considerare il delegato come alter ego del delegante.
Questo è il significato in parole più povere.

Dire che il delegatario partecipa insieme al delegato alla medesima causa,perché se è causa di un contratto deve essere causa comune a tutte le parti del contratto se **no si parlerebbe di motivi.E’ la causa ad essere comune,oggettiva a tutte le parti e quella causa il mandato diventa comune sia al delegato che al delegatario con diversi ruoli ovviamente ma diventa comune nel senso che il delegatario vuole che il delegato sia delegato perché se non vuole che il delegato sia delegato,allora rifiuta.**Il delegatario rifiuta anche il pagamento come delegato e può magari intimare a questo di pagarlo come terzo ex art.1180 c.c o altrimenti in caso contrario non accetterà alcuna solutio.
Il delegatario deve volere altrimenti non si chiude l’operazione.
Che significa dire questo?Significa dire che **il mandato si comunica,il delegatario partecipa alla realizzazione del mandato** perché lo rende possibile e non perché diventa mandatario pure lui,perché rende possibile l’attuazione dell’operazione,del disegno gestorio voluto dal delegante per farlo realizzare dal delegato.
Se è così è ovvio **che il delegatario deve rispettare almeno una cosa:**se ha accettato che il delegante venisse sostituito dal delegato nell’effettuare una certa operazione “per suo conto”(questo è perché è una sostituzione gestoria quando c’è un mandato chi agisce si sostituisce a noi.Ogni volta che c’è un mandato,c’è una sostituzione gestoria),eleva a fondamento causale del contratto **l’agire per conto.**Ciò significa che ha **accettato che il delegato sia il sostituto del debitore delegante,sostituito.**
Poi immediatamente il delegatario contraddicendo tutta l’operazione che ha condiviso chiede l’adempimento prima al **delegante e poi al delegato,cioè prima al sostituito e poi al sostituto che lo stesso delegatario ha accettato?**Sarebbe contraddittorio.Allora l’art.1268 c.c non è più probabile che corrisponda ad un’esigenza propria della natura della delegazione,dell’essere la delegazione cioè un’operazione gestoria,un’operazione in cui rileva la qualità di mandatario del delegato,in cui l’agire per conto rappresenta la causa dell’operazione che si comunica anche al delegatario che non può non accettarla.
Se l’accetta deve perlomeno seguire un ordine perché il delegatario ha accettato che si fosse un sostituto e un sostituito e poi un momento dopo si contraddice chiedendo l’adempimento prima al delegante sostituito?
E’ più ragionevole chiedere l’adempimento **al delegato,mandatario,sostituto.**
E’ probabile che questa **sussidiarietà rafforzata dal beneficio dell’ordine si giustifichi nel caso dell’art.1268 c.c proprio con la causa della delegazione,cioè è la struttura funzionale della delegazione** che induce a ritenere che qui vi sia una opportunità di politica legislativa che giustifica **una sussidiarietà più forte.**Quindi fermo restando che tutte le ipotesi di assunzione cumulativa del debito necessariamente la posizione del debitore originario deve degradare a sussidiaria laddove avviene questo,poi bisogna vedere che tipo di **sussidiarietà è,è una sussidiarietà debole o una sussidiarietà forte?**

**Sussidiarietà forte nel caso di delegazione=**In genere **è una sussidiarietà debole** ma diventa **forte** nel caso **della delegazione.**Perchè?Perchè soltanto nel caso della delegazione la causa è tale da rendere opportuno che vi sia quella sussidiarietà tutelata,protetta **addirittura dal beneficio dell’ordine.**Quindi non è sufficiente che **si attenda come succede nel caso di sussidiarietà più debole,più attenuata ma si deve rivolgere la richiesta di adempimento ed aspettare che l’altro sia inadempiente.**Quindi è una sussidiarietà più forte **perché vi è un coinvolgimento del delegatario dentro la causa gestoria che rende opportuna una scelta di questo genere cosa che invece non succede nell’espromissione** ovviamente perché se pure ci fosse il mandato nell’espromissione non sarebbe comunicato all’espromissario e neanche nell’accollo ove pure vi è una predisposizione da parte dell’accollato perché se l’accollato ha voluto quell’operazione(vendita dell’appartamento con accollo del mutuo) per trasferire il peso economico-giuridico del debito sull’accollante ma questa operazione è un’operazione a cui resta estraneo il creditore accollatario.Non è che il creditore accollatario,siccome ha aderito a questa operazione perciò stesso ne condivida la causa.Non è così perché la sua è una partecipazione esterna,la sua dichiarazione **che rappresenta un requisito di efficacia e non elemento perfezionativo della fattispecie** come accade invece nella delegazione in cui il delegatario deve concludere un contratto con il delegato ponendo a fondamento causale l’agire per conto e cioè il mandato.
Siamo sul filo dell’impalpabile e queste cose sono cose importanti ed interessanti da capire.

**Opinione di Cicala=**Quindi Grasso su questi argomenti ha una posizione un po’ diversa da quella del suo maestro Cicala,il quale invece diceva **che poiché l’assunzione del debito altrui comporta il fatto che l’assuntore diviene verso il terzo debitore principale,quell’art.1268 c.c sta a segnalare questa conseguenza** e quindi siccome è una conseguenza che è uguale anche nell’espromissione e nell’accollo,quella norma si applica anche all’espromissione ed accollo costituendo un principio di ordine generale.
Grasso condivide il fatto che **assumere il debito altrui,significa farlo proprio verso il creditore e farlo proprio verso il creditore quando l’assunzione è cumulativa significa che si diventa debitore principale** ma il problema è che come qualificare la sussidiarietà del debitore originario.E’ una sussidiarietà più forte,forte come quella del delegante o diversa?
Per Grasso è una sussidiarietà diversa perché il delegante merita un di più di tutela perché il delegatario ha dichiarato che è d’accordo con il delegante nel momento in cui ha accettato il mandato come fondamento causale del contratto concluso con il delegato,ha dichiarato di essere d’accordo con il delegante.
Se ha accettato il delegato come sostituito del delegante,non ha senso che chieda l’adempimento prima a costui.
Quindi qui si sommano due ragioni:la sussidiarietà del delegante oltre ad essere una sussidiarietà della degradazione a sussidiaria della responsabilità,è una sussidiarietà che merita **di essere tutelata dal beneficio dell’ordine che è una tutela un po’ più forte di quella che consiste nella mera attesa dell’inadempimento,dell’onere della preventiva attesa.**Una cosa è l’onere della preventiva attesa,sussidiarietà attenuata che quasi si colora della solidarietà pura e semplice,altra cosa è questa sussidiarietà più forte rappresentata dal beneficio dell’ordine.Poi vi è la sussidiarietà ancora più forte che è tutelata dal beneficio dell’escussione che è così forte forse da rompere la solidarietà per cui non si può più parlare di obbligazione solidale perché la sussidiarietà ha rotto la solidarietà.

------
Saggio:Considerazioni sul c.d iussum accipiendi nella delegazione di debito

Grasso accenna il problema relativo ad un primo degli ultimi 2 saggi che sono davvero innovativi concernenti profili non sempre noti.
Quando si è parlato della delegazione,abbiamo sempre detto che la delegazione è un’operazione caratterizzata **dallo “iussum delegatorio” cioè dal mandato.**Si usa il termine “iussum” per indicare questa dichiarazione che il delegante fa al delegato e questa dichiarazione è **un contratto di mandato.**Ora gli autori che si sono occupati della delegazione si sono fatti poi una richiesta:ma nel caso della delegazione è necessario che vi sia **una dichiarazione che il delegante fa al delegatario perché si abbia l’operazione delegatoria?C’è bisogno anche di una sorta di “iussum accipiendi” cioè di un comando,di un impulso volitivo,di una dichiarazione di volontà che il delegante fa a chi deve ricevere,cioè all’accipiens,al delegatario** e che natura giuridica ha questa dichiarazione?
Di iussum accipiendi non parla proprio nessuno,di iussum delegatorio è possibile che qualche manuale istituzionale ne parli perché è il mandato,la dichiarazione che il delegato fa al delegatario e richiama l’esistenza di un precedente mandato.
Che ci deve essere una dichiarazione dal delegante al delegatario,solo la dottrina iperspecialistica ne parla.
Nella delegazione è necessario questo iussum accipiendie in che consiste?E’ necessario sempre,in alcuni casi e non sempre?E’ un tema delicato e complesso.

E’ necessario che il delegante si rivolga oltre al delegato anche al delegatario?

2dicembre ’14

**Delegazione e iussum accipiendi**

Noi sappiamo che cos’è lo iussum, con questo termine si indica l’incarico che viene conferito dal delegante al delegato, il cosiddetto **iussum delegatorio**, che rappresenta la causa della delegazione. Quindi questo iussum di cui abbiamo sentito parlare fino ad oggi è il rapporto tra delegante e delegato non è un comando come potrebbe far pensare il termine iussum , non è un comando non è un ordine , è l’iniziativa con il quale il delegante conferisce l’incarico che deve essere accettato, all’ordine non si ubbidisce , deve essere accettato nel nostro ordinamento giuridico , quindi ancorché si usi questo termine ,“iussum “, non di ordine si tratta ma di una proposta di mandato che va conclusa , va completata con l’accettazione del mandatario , questo iussum accettato dal mandatario viene poi posto a fondamento causale della delegazione . Quindi con questo temine, “iussum” di cui abbiamo parlato , si qualifica il rapporto tra delegante e delegato .

 Ora ,secondo la dottrina specialistica , in tema di delegazione , accanto a questo iussum esisterebbe un altro iussum che caratterizza, invece, il rapporto tra delegante e delegatario . Quindi affinché si abbia la delegazione vi sarebbe bisogno anche di questo impulso tra delegante e delegatario , per questo si chiama “iussumaccipiendi” , perché è la dichiarazione che si fa nei confronti dell’accipiens , colui che è destinato a ricevere la prestazione , colui che è beneficiato dell’operazione e cioè il delegatario. Quindi il delegante emette uno iussum nei confronti del delegato e un altro iussum nei confronti del delegatario. Questo iussum nei confronti del delegato lo conosciamo , ne abbiamo parlato . Quest’altro iussum che si rivolge al delegatario e che si chiama “iussumaccipiendi” deve essere portato alla nostra attenzione,deve essere oggetto della nostra lezione.

Ora nella delegazione ci deve essere questo iussum? E se ci deve essere, che natura giuridica ha?

Naturalmente mi riferisco allo iussumaccipiendi, ovvero questa dichiarazione tra delegante e delegatario . La dottrina che si è occupata di questo argomento ha cercato di dare una risposta, soprattutto alla prima domanda : è necessario questo iussum? E se lo è, a che cosa? Vediamo quali sono le idee che stanno in campo :

* ***C’è una prima dottrina, un primo orientamento il quale consiste in questo: dello iussum non c’è bisogno e tuttavia se c’è non è inutile, perché serve a sollecitare il delegatario , ad accettare, ovviamente, la delegazione*** *.* Posizione ,questa, davvero debolissima.Che significa che non serve però se c’è comunque non è inutile ? o e necessario o non è necessario, innanzitutto . poi in che senso è utile? È utile perché a seguito dello iussum il delegatario è autorizzato a sollecitare il pagamento dal debitore. Che senso ha? Ma il delegatario ha bisogno di questo per poter sollecitare il pagamento al delegante? E anche se fosse in qualche modo utile per questo , avrebbe una rilevanza giuridica o sarebbe soltanto una sollecitazione e nient’ altro e quindi giuridicamente irrilevante? È evidente che questa soluzione, che viene data da una dottrina molto risalente, molto antica circa la non necessità dello iussumaccipiendi,ma della sua utilità ,per quei profili che vi ho prima segnalato , non mi sembra molto credibile .
* **Allo stesso modo mi sembra assai infondato anche l’altro orientamento, più recente, *in cui si dice che dello iussumaccipiendi non ci sia alcun bisogno* , perché come è possibile a qualsiasi terzo di adempiere l’obbligo altrui, articolo 1180 c.c.** (*qualsiasi terzo può adempiere l’obbligo altrui e il creditore può ricevere il pagamento da qualsiasi terzo senza bisogno di nulla)* , dice questa tesi, **non si vede perché non si debba pensare la stessa cosa con riferimento alla delegazione in cui il delegatario può ricevere il pagamento da delegato** , **senza bisogno di essere autorizzato da un delegante:** qualsiasi creditore può ricevere la “solutio” da un terzo , ai sensi dell’articolo 1180 c.c. . In realtà questa affermazione è un po’ fuorviante, non c’entra con il nostro discorso , perché è come se volesse equiparare il pagamento del delegato al pagamento del terzo ai sensi del 1180 cc , ma noi sappiamo benissimo che sono due situazioni diverse ,perché quando il terzo paga ai sensi del 1180 distingue direttamente il rapporto di valuta e pone a fondamento causale del suo pagamento l’estinzione dell’obbligo; quando , invece , il delegato paga lo fa per conto di un altro e quindi si trova in una situazione molto diversa da quella prospettata dal 1180 cc . Inoltre, non si può escludere che ci sia bisogno , da parte dell’accipiens, di un’autorizzazione del proprio debitore delegante per riversare nel rapporto di valuta il pagamento ricevuto per conto del delegato .
* **La dottrina più autorevole sul punto è stata quella formulata dal professore Schlesinger, un grande studioso di questi temi , dei pagamenti triangolari, pagamento del terzo, adempimento del terzo , delegazione etc . , che ha detto che *lo iussumaccipiendi ci vuole sempre , perché serve a legittimare il delegatario a ricevere la prestazione*. Il delegatario deve essere legittimato a ricevere la prestazione con effetto nei confronti del delegante, deve essere fornito di questa autorizzazione , di questo iussum, che nella prospettazione di Schlesinger darebbe luogo ad un mandato tra delegante e delegatario, con il quale il delegante incarica il delegatario di riferire al rapporto di valuta ciò che ha ricevuto dal delegato. Dunque si tratta di un contratto tra delegante e delegatario con il quale il delegatario si obbliga verso il delegante a riversare , a imputare al rapporto sottostante di valuta ciò che ha ricevuto dal delegato. Quindi lo iussumaccipiendi, in questa prospettazione, sarebbe sempre necessario , in ogni ipotesi di delegazione , perché in ogni ipotesi di delegazione è necessario che il delegatario venga fornito del potere di ricevere con effetto nei confronti del delegante ciò che il delegato avrebbe paga per conto del delegante .**

**Quindi secondo questa prospettiva ci sarebbero due mandati : 1) lo “iussum delegatorio” di cui abbiamo ampiamente parlato tra delegante e delegato che viene posto a fondamento causale del contratto ;**

 **2) l’altro : contratto di mandato tra delegante e delegatario , che si chiama iussumaccipiendi e anch’esso si articola in un negozio bilaterale contrattuale, in cui il delegatario riceve,dal delegante, a seguito di questo contratto, la legittimazione a ricevere il pagamento dal delegato con effetto sul rapporto di valuta .**

Al professore pare che questa opinione non possa essere condivisa ,innanzitutto non pare un’espressione corretta quella che fa discendere dallo iussumaccipiendi la legittimazione a ricevere , perché la legittimazione a ricevere da parte del delegatario , almeno nella delegazione di debito, sta nel fatto che il delegatario è creditore del delegato e per ricevere il pagamento dal delegato di nessun altra giustificazione ha bisogno se non di quella consistente nel riferimento al mandato tra delegante e delegato (cioè allo iussum delegatorio) .

Abbiamo sempre detto che è causa sufficiente della delegazione il riferimento al mandato preesistente tra delegato e delegatario, causa sufficiente significa che basta che vi sia questo mandato perché il delegato possa obbligarsi verso il delegatario e perché il delegatario abbia titolo (sia cioè legittimato) a pretendere la prestazione dal debitore . La solutio tra delegato e delegatario si giustifica sulla base del mero riferimento allo iussum delegatorio , quindi non c’è bisogno di un’ulteriore legittimazione per ricevere, semmai c ‘è bisogno di una legittimazione a trattenere. Che significa? Abbiamo visto che il pagamento del delegato al delegatario si giustifica nella direzione delegato- delegatario con il riferimento al mandato . Però successivamente e perciò è sufficiente quel po’ di causa rappresentata dal mandato , dopo il pagamento, c’è bisogno del conteggio ,cioè di riversare, di imputare questo pagamento nei rapporti sottostanti di provvista e di valuta . Allora è lì che il delegatario è legittimato a trattenere nei confronti del delegante quanto a seguito dell’operazione del conteggio gli dovrà imputare quel pagamento e dovrà dunque trovare un’altra causa sufficiente, questa volta non nella direzione delegato-delegatario ma nella direzione delegatario accipiens- delegatante nel cui conto ha ricevuto e serve a acquisire definitivamente il bagaglio giuridico.

La delegazione , come detto, scinde il momento acquisitivo del pagamento in due fasi:

1. Una prima fase , quella proprio del trasferimento del denaro dal delegato al delegatario.
2. Una seconda fase in cui il delegatario, a seguito del conteggio, deve imputare questa somma di denaro al delegante.

Sono due fasi diverse , l’una precedente l’altra successiva . Allora per quanto riguarda la prima fase è sufficiente la causa rappresentata dall’ “agire per conto” ; per quanto riguarda la seconda fase ,invece, non è più sufficiente quella causa , c’è bisogno di una causa specifica non ci vuole più la causa generica rappresentata dal mandato, che genericamente allude alle ragioni sottostati per cui il pagamento è stato fatto e per cui il pagamento è stato ricevuto. Successivamente al pagamento ,il delegatario ha ricevuto questi soldi dal delegante ma poi dovrà dire al delegante : “io ho proceduto per tuo conto, che me ne faccio di questi soldi?”. Dunque c’è da individuare la causa specifica che giustifica l’acquisto definitivo che di quella somma di denaro il delegatario fa non nei confronti del solvens ma nei confronti del delegante.

Il professore aveva già fatto notare che, proprio per questa ragione, se non c’è questa causa o anche se il pagamento è stato fatto senza il riferimento ad un mandato realmente esistente , la ripetizione di ciò che il delegatario ha ricevuto non può essere fatta dal delegato ma deve essere fatta dal delegante perché il pagamento è stato fatto per suo conto. Se non c’è la causa sottostante ,quindi il delegatario ha ricevuto senza causa , può restituire i soldi al delegato? No, perché nei confronti del delegato la causa c’è , ed è la causa dell’agire per conto, deve restituire quei soldi al delegante , cioè la cosa che diventa patologica è la seconda fase non la prima fase del pagamento , questa è l’essenza della delegazione: la delegazione prevede due momenti, due fasi ,un primo pagamento da delegato a delegatario , un secondo momento in cui questo pagamento diventa un pagamento che si è ricevuto dal delegato ma è imputato al delegante, quindi è come se lo avesse fatto il delegato. Allora la ragione per la quale il delegatario non restituisce i soldi al delegante qual è ? ci deve essere una giusta causa sottostante nel rapporto di valuta .

Ma questa è una fase successiva, la prima fase -quella della solutio data dal delegante al delegatario- è una fase che si esaurisce con il pagamento del delegato al delegatario fatta per conto del delegante, allora non è vero che il delegatario ha bisogno di una legittimazione a ricevere , perché la legittimazione a ricevere sta nel fatto che esiste questa giustificazione causale,riferendosi all’agire per conto, per cui il delegatario può tranquillamente ricevere dal delegato ed il delegato è tenuto a pagare al delegatario . Quindi non c’è bisogno di alcuna legittimazione a ricevere , semmai c’è bisogno di una legittimazione a trattenere.

È chiaro che probabilmente lo stesso Schlesinger quando parla di “legittimazione a ricevere” si riferisce alla legittimazione a ricevere con effetto verso il delegante. Sostanzialmente dice la stessa cosa del professore, però usando quella espressione diventa un po’ più ambigua , il professore ritiene che quella espressione vada corretta nel modo che ci siamo detti , quindi non “legittimazione a ricevere” semmai “legittimazione a trattenere” ma qui siamo in presenza non ancora di una critica sostanziale alla tesi di Schlesinger, ma una critica che si ferma all’uso della terminologia . Al professore pare più corretto esprimersi in termini di "legittimazione a trattenere” , perché dicendo “legittimazione a ricevere” si potrebbe ritenere, sbagliando, che ci sia bisogno di qualche altra cosa che consenta al delegatario di ricevere dal delegato , invece di nient’ altro c’è bisogno se non di riferirsi all’ “agire per conto” , quindi una legittimazione a ricevere dal delegato non c’è, certo c’è una legittimazione a ricevere dal delegante , cioè a trattenere ,imputandolo al delegante, ciò che si è legittimamente ricevuto dal delegato. Ma siamo ancora sulla superficie del problema , abbiamo semplicemente usato una terminologia forse più rigorosa, più corretta ma il discorso di sostanza resta sempre lo stesso : dice Schlesinger , va bene, c’è bisogno di una legittimazione a trattenere e perché si abbia questa legittimazione è necessario questo iussumaccipiendi perché attraverso questo iussumaccipiendi il delegatario accetta di riferire in quel rapporto di valuta il pagamento ricevuto .

Allora entriamo nel cuore del problema, in maniera più profonda , non c’è dubbio alcuno che in questa seconda fase, successiva alla solutio e cioè al passaggio di denaro dal delegato al delegatario, c’è bisogno di una causa specifica , la causa generica non vale più, non è sufficiente a trattenere (schlesinger direbbe a ricevere con effetto verso il delegato) , c’è bisogno di un di più , c’è bisogno della causa del rapporto di valuta , cioè ci deve essere una giusta causa individuata nella valuta che giustifica il fatto che il delegatario trattenga definitivamente nei confronti del delegante ciò che ha ricevuto dal delegato.

Ora, c’è bisogno di qualcosa di nuovo? Di una dichiarazione del delegante perché il delegatario imputi al rapporto di valuta sottostante il pagamento ricevuto per conto , quando questo rapporto di valuta è indicato nella delegazione perché la delegazione titolata quanto alla valuta ?

Allora, noi abbiamo una delegazione che può essere pura rispetto alla valuta o titolata rispetto alla valuta , titolata significa che è richiamata nel contratto di delegazione . esempio: io propongo, in quanto sono stato delegato dal sig. Esposito, di assumermi quel rapporto di valuta, quel debito che Esposito ha nei tuoi confronti per suo conto. Ecco, qui abbiamo fatto una delegazione titolata rispetto alla valuta , cioè abbiamo richiamato nel contratto delegatorio o al momento del pagamento, il rapporto di valuta che intendiamo assumerci “per conto di” , questa è un’ipotesi di **delegazione titolata**.

Poi c’è la **delegazione pura** rispetto alla valuta , quella delegazione in cui il delegato dice : “io, in quanto sono stato incaricato da Tizio, ti prometto , per suo conto di darti mille euro il 31 dicembre 2014”. Qui c’è riferimento ad un preesistente rapporto di valuta? Si può fare ?certo, anzi abbiamo visto che è il prototipo della delegazione quella pura . Più è pura la delegazione come struttura più noi capiamo a che cosa serve la delegazione . Quindi la delegazione può essere pura rispetto al rapporto di valuta e titolata rispetto al rapporto di valuta .

Stiamo parlando del rapporto delegante e delegatario quindi evidentemente stiamo parlando del rapporto di valuta che è il rapporto che intercorre tra il delegante , il mandate ed il beneficiario dell’attività che per suo conto il terzo delegato si appresta a compiere . Allora noi abbiamo un’ipotesi di delegazione pura rispetto alla valuta e un’ipotesi di delegazione titolata rispetto alla valuta. Ora pensate alla delegazione titolata rispetto alla valuta , il delegatario quando riceve, in questo caso, riceve non solo sulla base dell’agire per conto ma nell’agire per conto , nel comportamento del delegato , nel momento in cui il delegato esegue il pagamento viene anche indicato qual è lo specifico rapporto di valuta che deve essere adempiuto .

esempio: <<io ti sto pagando perché a ciò sono stato incaricato dal delegante ,il quale in questo modo intende estinguere il rapporto di valuta con te >> : questa è la delegazione titolata rispetto alla valuta.

Nel momento in cui si effettua il pagamento o nel momento in cui si assume il debito , il delegato quando la delegazione è titolata rispetto alla valuta fa un riferimento specifico al rapporto di valuta sul quale deve gravare questo pagamento, al quale deve essere imputato il suo pagamento , non c’è bisogno di altro per il delegatario sia per ricevere sia per trattenere , al professore pare di no perché c’è già tutto , cioè non soltanto la causa generica che giustifica il pagamento tra delegato e delegatario ma c’è anche l’individuazione della specifica causa che giustifica il definitivo arricchimento del delegatario nei confronti del delegato .

Nel caso della delegazione pura invece si potrebbe discutere, perché c’è la giustificazione causale di quella prima fase del pagamento alla quale ci siamo riferiti ma non c’è l’indicazione della giustificazione causale della seconda fase e questa giustificazione deve essere fornita da qualcuno : deve essere fornita dal delegante ,il quale in qualità di debitore della valuta paga per il tramite di un terzo delegato, ma intende pagare il suo rapporto di valuta, quel rapporto di valuta, quindi lo deve segnalare successivamente con uno iussum . Questa volta sì che c’è bisogno dello iussumaccipiendi , qui si vede una funzione dello iussumaccipiendi. Mentre nel caso della delegazione titolata rispetto alla valuta questa funzione dello iussumaccipiendi il prof non riesce a coglierla, nel caso di delegazione pura rispetto alla valuta questa dichiarazione una sua funzione la segnala immediatamente, perché serve ad individuare qual è la causa specifica che servirà a consentire al delegatario di trattenere ciò che ha ricevuto dal delegato sulla base di quella causa generica, trattenere definitivamente questa attribuzione nei confronti del delegante “per cui conto” comunque egli ha potuto ricevere.

Quindi qui c’è bisogno di individuare la causa specifica, ma come si fa ad individuare questa causa specifica? Si potrebbe dire che anche qui non c’è bisogno perché magari il delegante è debitore del delegatario ha un solo debito , che problema c’è? Il problema c’è, c’è sempre , perché io delegante ti ho fatto ricevere a te delegatario un pagamento per mio conto però non sappiamo ancora a che serve questo pagamento, perché è pura la delegazione , potrebbe darsi che io non voglia, con questo pagamento, estinguere il rapporto di valuta , voglio ad esempio costituirmi una ragione di credito nei tuoi confronti oppure voglio che tu questi soldi li gestisca per me , quindi ti dirò dopo a quale rapporto tra noi questo pagamento va riferito. Quindi non è automatico il riferimento, per il solo fatto che il delegante è già debitore del delegatario , perché il delegato potrebbe invece effettuare questo versamento di denaro non al fine di estinguere il rapporto di valuta ma per un’altra ragione , allora quando la delegazione è pura rispetto al rapporto di valuta effettivamente c’è bisogno di questa dichiarazione del delegante perché questa dichiarazione individua la causa specifica che giustifica l’arricchimento che il delegatario deve fare nei confronti del delegato.

 Per cui , mentre nel caso della delegazione pura pare ragionevole pensare che uno iussumaccipiendi ci voglia non per legittimare il pagamento che il delegato fa al delegatario o il fatto che il delegatario riceva la solutio dal delegato (perché per questo è sufficiente l’agire per conto ) ma ci voglia per individuare la causa specifica che determina l’effettivo e definitivo arricchimento dell’accipiens delegatario nei confronti del delegante per cui conto ha ricevuto dal delegato . Quando invece tutto questo già c’è ,perché viene già comunicato attraverso il richiamo al mandato ricevuto dal delegato , già c’è l’incarico a pagare o ad assumersi il debito di valuta , quindi già c’è dentro questo incarico la individuazione della causa specifica che deve reggere causalmente quella seconda fase dell’operazione delegatoria di cui abbiamo già detto .

Quindi non è vero che lo iussumaccipiendi ci voglia sempre, come dice Schlesinger , ci vuole solo quando la delegazione è pura rispetto alla valuta . Dice Schlesiger che non è così perché noi non possiamo lasciare al solo delegante il potere di incidere sulla valuta, l’influenza che il pagamento del delegato deve avere sulla valuta deve essere voluto dal delegatario e quindi c’è bisogno che il delegante coinvolga il delegatario per potere riversare nella valuta il pagamento ricevuto dal delegato.

Al professore questa affermazione non convince, perché in realtà il fatto che il pagamento debba essere riversato nella valuta è già ,in re ipsa, nel momento stesso in cui il delegatario accetta il delegato del delegante, ha già accettato che questo soggetto agisce per conto di un altro, quindi già sa e già ha accettato concludendo il contratto di assunzione delegatoria o concludendo il contratto di assunzione solutoria, già ha accettato di conteggiare quel pagamento nel rapporto sottostante, che per quanto lo riguarda è sottostante al rapporto di valuta; se non avesse voluto avrebbe detto : “non voglio un delegato, paga come terzo , paga come vuoi tu ma non pagarmi come delegato, io come delegato non li accetto, perché non voglio poi fare l’operazione di conteggio ed essere sottoposto ad una serie di fastidi ”. Quindi già quando il delegatario accetta un’operazione di questo genere, cioè una delegazione già ha accettato di conteggiare questo pagamento, di imputarlo nel rapporto sottostante e cioè di conteggiarli ai rapporti sottostanti . quindi che bisogno c’è di un’altra cosa ? è certo che ci vuole la volontà del delegatario perché si incida sul rapporto di valuta ma questa volontà è già stata espressa quando ha accettato la delegazione, non c’è bisogno di un altro mandato , è un di più di cui non si sente la necessità . Se il delegatario ha accettato di concludere con il delegato il contratto di assunzione delegatoria già ha accettato di porre a fondamento causale “l’agire per conto di” , del resto proprio di questo abbiamo parlato ieri , abbiamo interpretato l’articolo 1268 e abbiamo detto che lì probabilmente c’è una ratio specifica propria della delegazione, perché lì il delegatario partecipa all’attività gestoria. in che senso? Nel senso che diviene con lui mandatario del delegato? Cioè deve per forza diventare mandatario del delegato? No , se io accetto di ricevere un qualcosa da un signore che si presenta come mandatario e che mi dice che quel qualcosa lo fa in esecuzione di un mandato ed io che accetto questo non c’è bisogno poi di ricevere un altro contratto di mandato dal delegante perché altrimenti si avrebbe un’influenza unilaterale , un’influenza sul rapporto di valuta voluto solo dal delegante ma , dice il professore, l’hai voluto anche tu perché tu , delegatario, l’hai accettato quindi perché c’è bisogno di un altro mandato ? perché c’è bisogno di uno iussumaccipiendi , immaginiamo come contratto di mandato tra delegante e delegatario in cui il delegatario si obbliga rispetto al delegante a seguito di questo iussumaccipiendi-sia nell’ipotesi di delegazione pura,sia in quella di delegazione titolata rispetto alla valuta- a riversare in quel rapporto di valuta, indicato dal delegante, il pagamento che riceverà dal delegato. Perché c’è bisogno di un altro mandato? La natura gestoria dell’attività svolta dal delegante è già rappresentata dal fatto che il delegato dichiari di agire per conto ed il fatto che io delegatario al quale questa proposta è stata rivolta l’abbia accettata , cioè abbia accettato di porre a fondamento causale del pagamento ricevuto o dell’assunzione del debito avvenuta, l’agire per conto significa che già ho accettato, c’è stata la mia volontà di dire “va bene, riversiamoli in un rapporto di valuta” . Ho accettato che tu fossi un mandatario del delegante . non c’è bisogno di nessun altro nuovo contratto , c’è bisogno semplicemente che con una dichiarazione unilaterale dove necessario, perché non è indicata nel mandato sottostante e quindi quando la delegazione è pura rispetto al rapporto di valuta , il debitore della valuta indichi che il pagamento ricevuto dal delegatario per suo conto e quindi che è stato fatto dal delegato ma che è come fosse stato fatto dal debitore delegante deve essere riferito proprio a quel rapporto di valuta, quindi somiglia in qualche modo ad un’imputazione del pagamento , è come se io con la mia dichiarazione intendessi individuare qual è il debito al quale quel pagamento vada imputato, cioè individuo qual è la causa specifica che giustificherà il definitivo acquisto del delegatario nei confronti del debitore.

In questa prospettiva vediamo quindi come LO IUSSUM ACCIPIENDI è molto meno misterioso rispetto a quello che sembrava ieri e ci rendiamo conto che però non è neanche quella cosa così complessa e farraginosa alla quale fa riferimento Schlesinger il quale parla di un contratto tra delegante e delegatario,come ci vuole un contratto tra delegante e delegato così ci vuole anche un contratto tra delegante e delegatario,altrimenti il delegatario subisce nel suo rapporto di valuta conseguenze che potrebbe non volere, ma lui già lo sa che sta partecipando ad un’operazione gestoria, perché ha contribuito con la sua dichiarazione di volontà a elevare “l’agire per conto” a causa del contratto di assunzione delegatoria o a causa del pagamento nel caso della delegazione di pagamento. Quindi è una valutazione che ha già fatto,se non gli sta bene potrebbe dire di no,non deve per forza accettare il pagamento del delegato,mentre deve accettare per forza il pagamento del terzo,ma non quello del delegato. E perché? Proprio per questa ragione:mentre il terzo,in quanto tale,estingue immediatamente e direttamente il rapporto di valuta,il delegato comunque è uno che non paga immediatamente la valuta, ma paga “per conto” e questo succede anche nella delegazione titolata rispetto alla valuta.

Il prof poi dice di aver dato un contributo per cercare di dimostrare che anche nel caso di **delegazione titolata rispetto alla valuta** che quindi è l’assunzione del debito,quest’assunzione non determina una successione particolare nel debito; mentre nell’ accolloe nell’espromissione abbiamo una successione particolare nel debito,nella delegazione titolata rispetto alla valuta,cioè quella preordinata all’assunzione del rapporto di valuta,questa assunzione non è mai un’assunzione successoria,cioè non vi è una successione particolare nel debito perché il solvens -delegato -non paga mai il debito di valuta,paga sempre il suo debito come mandatario, che poi questo suo debito come mandatario corrisponde a quello di valuta e debba,perché viene detto preventivamente, essere riversato nella valuta è un’altra cosa,manon paga il debito di valuta perché comunque il pagamento anche nella delegazione titolata rispetto alla valuta è qualificato dall’agire per conto e allora,visto che è qualificato dall’agire per conto, significa che io non stopagando la valuta ma sto pagando l’obbligazione ex mandato.(Ma questa cosa la potete pure dimenticare,non vi verrà mai chiesta anche perché nel libro non c’è!).

*Il prof ce ne ha voluto parlare però per farci capire lui cosa ne pensa, per farci capire la sua prospettazione ma siamo in presenza di discorsi molto opinabili spiega infatti che se al suo posto la lezione fosse stata fatta da Schlesinger , uomo di grandissime qualità ,che ora non è più professore perché in pensione ,ma tra i più brillanti maestri del diritto civile a Milano ,un avvocato “ipergalattico”, che aveva un magnifico studio a Sabaudia dove non c’erano carte, ma solo libri, senza neanche un fascicolo., è stato presidente della banca popolare di Milano ,è stato per una decina di anni presidente dell’Istituto Immobiliare italiano, oltre ad essere un grandissimo studioso. Tra l’altro, a dispetto del cognome tedesco ,era napoletano , perché la mamma era napoletana , lui da ragazzo si è trasferito a Torino e poi a Milano e fino a qualche anno fa ha insegnato diritto civile alla cattolica e se qualcuno di noi avesse quindi ascoltato la sua lezione su questo argomento avrebbe sentito qualcosa di diverso, magari avrebbe citato il pensiero del prof Grasso dicendo che però lui pensava una cosa diversa. Questa è la cosa bella del lavoro dei giuristi, ognuno ha proprie idee che si misurano, si confrontano sul piano della ragionevolezza, non ci si chiude all’altro. Il prof ha illustrato la sua visione del problema, ma non è l’unica. Dobbiamo imparare a cogliere l’essenza delle cose, se il punto centrale che ci interessa per conoscere un istituto ad esempio sta scritto in 10righe a fronte delle 10pagine che leggiamo, è in quelle 10righe che dobbiamo concentrarci anzi il limite di noi italiani è proprio questo, siamo un po’ barocchi quando scriviamo, scriviamo più di quello che dovremmo, ci piace mettere tante cose invece dovremmo cercare di asciugare, di prosciugare il nostro discorso , rendendolo sintetico, essenziale , senza essere superficiali.*

*Quando leggiamo una memoria di 40pagine ,ad esempio, e ci rendiamo conto che i punti fondamentali sono 2-3 quelli solo dobbiamo cogliere,l’operazione che anche al corso ci stiamo abituando a fare è dunque quella di andare al cuore del problema e nel nostro caso qual è il problema? Ritorniamo quindi al nostro problema:*

 È necessario che ci sia unoiussum come contratto,perché altrimenti non si può giustificare il riferimento che il delegatario è costretto a fare al rapporto di valuta ? Ma il contratto già l’ha fatto,già ha accettato altrimenti avrebbe potuto non accettare quindi che bisogno c’è di un secondo mandato? Per diventare mandatario del delegante pure lui?! E perché? Io ho accettato di concludere un’attività gestoria con il delegato e quindi lo so che il delegato sta agendo per conto del delegante quindi lo so che deve riversare nel rapporto di valutae l’ ho accettato, non è che mi èstato imposto,è una proposta contrattuale e posso dire NO,GRAZIE!

Quindi con c’è bisogno di una struttura contrattuale e non c’è bisogno neanche dello iussum quando le parti –delegante e delegato-già hanno convenuto che quel pagamento dovesse essere riferito proprio a quel contratto e naturalmente lo hanno convenutosulla base di un mandato in cui il delegante ha voluto così. Perché è ovvio che se il delegante non ha voluto questo allora c’è stato un inadempimento del delegato il quale inqualità di mandatario deve attuare ciò che il delegante ha voluto quando gli ha fatto la proposta di incarico (“ti propongo di andare da X e di assumerti il mio rapporto di valuta in modo che tu entro il 31dicembre 2015 andrai a pagare il mio rapporto di valuta “per mio conto”,e voglio che tu lo faccia con una delegazione perché potrei farti un mandato di questo genere e dire “però io voglio che il pagamento lo vai a fare perchèterzo,cioè in quanto terzo”,il mandato non lo possiamo fare in prima persona cioè quando il terzo paga come terzo lo fa sulla base di qualcosa e questo qualcosa può essere anche un mandato? sì.

Ad esempio: “Io ti conferisco il mandato di pagare,però devi andare dal creditore e devi dire che pagherai come terzo,poi nei rapporti interni sei mandatario”. Allora qui il terzopaga e pone a fondamento causale della sua solutio non il mandato,ma l’estinzione del rapporto di valuta,perciò è diverso quando si pagail rapporto di valuta come terzo o quando si paga il rapporto di valuta nella delegazione titolata rispetto alla valuta come delegato perché in quel caso io non pago maiil rapporto di valuta ,ma pago “per conto” ,eseguo la mia obbligazione ex mandato con l’incarico di riferire questo pagamento a quel rapporto di valuta che mi ha indicato il delegante e che io ti sto comunicando.

Il professore ritiene quindi,a differenza di quanto ritiene Schlesinger, che non c’è bisogno di un nuovo contratto tra delegato e delegatario che costringe il delegatario a riversare sulla valuta ciò che riceve perché questo l’ ha già accettato accettando l’operazione delegatoria,madeve semplicemente indicare qual è l’ effettivo rapporto di valuta nel quale ha riversato quel pagamento; questa operazione è assimilabile all’imputazione di pagamento che è un’operazione unilaterale,non richiede alcuna accettazione, e compete al debitore perché anche qui il delegante è debitore il quale indica,attraverso il proprio sostituto-il delegato-al delegatario accipiensqual è il rapporto di valore in cui deve riversare la somma di denaro.

Adesso introduciamo un argomento che continuiamo a spiegare domani e che è l’ultimo saggio che si intitola “INDICAZIONE DI PAGAMENTO E DELEGATIO SOLVENDI”

Innanzitutto che cosa è una indicazione di pagamento? Nessuno lo sa,forse l’indicazione di pagamento non esiste nemmeno,però se ne parla e quindi dobbiamo cercare di capire cos’è.

Apriamo il codice all’art 1188 , la rubrica è intitolata DESTINATARIO DEL PAGAMENTO: “ *Il pagamento deve essere fatto al creditore o al suo rappresentante* ***ovvero alla persona che è indicata dal creditore*** *o autorizzata dalla legge o dal giudice a riceverlo*”

Siamo quindi in presenza di un rapporto di credito: Tizio è creditore di Caio, Tizio dice a Caio “PAGA A MEVIO”,**indica**Mevio come **destinatario** del pagamento,Mevio è il soggetto indicato. Anche qui siamo in presenza di una operazione triangolare:c’è un creditore,un debitore e un terzo destinatario del pagamento che sarebbe il **soggetto indicato**. Se volessimo,per creare una certa assonanza,utilizzare in questo ambito la terminologia che si usa nella delegazione per esempio,avremmo che il creditore è l’indicante,colui che indica;il debitore-che riceve l’indicazione- è il soggetto indicato;il terzo-destinatario del pagamento- è l’indicatario.

Questo se volessimo creare un parallelismo con la delegazione,ma il codice invece quando parla del soggetto indicato parla del destinatario del pagamento.Però ,per capirci,se facciamo questa piccola forzatura ci rendiamo conto della vicinanza di questo istituto con quello della delegazione di pagamento. Nella delegazione di pagamento vi è un rapporto di debito tra delegante e delegato,il creditore chiede al proprio debitore di eseguire il pagamento della provvista al terzo creditore. Per cui se vediamo la delegazione di pagamento dal lato della provvista,cioè del rapporto tra delegante e delegato,ci troviamo di fronte alla situazione in cui un soggetto che è creditore di Caio indica a Caio un destinatario del pagamento della provvista. Quindi nella delegazione di debitonoi abbiamo DELEGANTE-DELEGATO-DELEGATARIO;nell’indicazione di pagamentonoi avremmo un INDICANTE,un INDICATO e un INDICATARIO. Sono la stessa cosa o sono cose diverse?

Quindi,ripetiamo,siamo in presenza di un rapporto di debito, il creditore dice al debitore: “il pagamento anziché farlo a me,fallo a Mevio” questa situazione è la stessa che abbiamo nel rapporto di provvista,il creditore dice a caio : “il pagamenti fallo al soggetto che io ti indico”.

Siamo in presenza della stessa cosa o no? Anche nella delegazione di debito ovviamente ci possiamo trovare in una situazione del genere,che poi è quella di sui si parla sul manuale.

Io delegante utilizzo il mio debitore e così realizzo il credito che ho nei suoi confronti facendolo pagare ad un terzo e così estinguo un mio preesistente debito nei confronti del terzo:con un solo pagamento si estinguono debito di provvista e quello di valuta.Sostanzialmente in questi casi che sono quelli descritti dai manuali,quindi sono tanto diffusi nella pratica anche se non possiamo dire che rappresentano il prototipo della delegazione, perché non è così,che cosa fa questo soggetto? egli è debitore di Tizio e creditore di Caio ,per cui utilizza il credito che vanta nei confronti di Caio per estinguere il debito che ha nei confronti di Tizio:questa è l’azione più tipicamente delegatoria che possiamo immaginare.

Allora vediamo quest’operazione così tipicamente delegatoria dal lato della provvista: ci troviamo di fronte ad un soggetto che in quanto creditore di Caio dice : “Caio,tu devi dare 100euro a me,invece di darli a me vuoi andare a pagarli a Tizio così estingui il mio rapporto di valuta e lo vai a fare per mio conto?” Il discorso è questo. Per cui,descritte così le 2operazioni,siamo portati a ritenere che sono la stessa cosa.

In effetti alla fine arriviamo a dire che l’indicazione di pagamento non esiste,ma è la stessa cosa della delegazione di pagamento,**perché questa è la tesi del prof** ,però la maggior parte della dottrina la pensa diversamente e lo fa sulla base di una notazione molto intelligente di Schlesingerche adesso vi segnalo.

Leggiamo l’art 1181 DESTINATARIO DI PAGAMENTO “*il pagamento* ***deve*** *essere fatto al creditore,ovvero alla persona indicata dal creditore,o autorizzata dalla legge o dal giudice a riceverlo.”* e confrontiamolo con l’art 1269: “*il terzo delegato per eseguire il pagamento* ***non è tenuto*** *ad accettare l’incarico,ancorchè sia debitore del delegante.”*

Nel primo caso il debitore DEVE, il debitore non si può rifiutare di prestare il pagamento.Se il creditore dice al proprio debitore: “guarda,il terzo deve avere 100euro da me,valli a portare a lui quelli che tu devi a me”il debitore non si può rifiutare,deve eseguire il pagamento.

Se invecesiamo in sede di delegazione di debito [art 1269]e io delego il mio debitore a pagare ad un terzo,il mio debitore non è tenuto ad accettare l’incarico, ancorchè sia mio debitore,quindi anche se è debitore può dire di no, di non voler pagare al terzo perché su di lui si aggiungono altri debiti.

La notate la differenza? È importante prestare attenzione alle norme,il giurista deve lavorare sulle singole parole,è importante prestare attenzione alla lettera della disposizione.

Qui ci troviamo di fronte ad una situazione evidente,se dico al mio debitore: “guarda,tu dovresti darmi i soldi?invece di darli a me dai questi soldi al signore che ti ho indicato Giovanni Esposito”e in questo caso il debitore DEVE [1188]. Se invece faccio la stessa cosa,ma sto nell’altro ambito quello della delegazione,il mio debitore NON DEVE,MA Può accettare o meno,non è tenuto ad accettare,per cui non è la stessa cosa,dice la dottrina dominante. Questo implica che non sono due situazioni uguali,perché una volta deve e una volta può?

Perché in un caso (quello dell’art 1269)anche se il delegato-debitore è tenuto nei confronti del delegante comunque si assume un altro debito,quando paga al delegatario paga non la provvista tanto è vero che poi per estinguere la provvista dovrà conteggiare all’interno e fare quelle operazioni che consistono in una compensazione.

Eperché invece nell’altro caso deve? Perché quando il debitore ai sensi dell’art 1188 paga al soggetto indicato è come se avesse pagato al proprio creditore,estingue direttamente la provvista,solo così si spiega perchè il debitore qua **deve**,e là no.Perché solo qui il debitore,anche se i soldi li deve portare a Giovanni Esposito,è come se l’avesse portati al proprio creditore,quindi ha realizzato la provvista,perciò non si può rifiutare.

Nella delegazione di pagamento,anche se il delegato è il debitore della provvista quando paga al delegatario non paga la provvista,ma paga il suo debito ex mandato e poi deve riversare nel rapporto sottostante di provvista,conteggiare nei rapporti interni questo pagamento e ottenere l’estinzione della provvista attraverso la compensazione .

Quindi c’è una diversa modalità, altrimenti non si spiegherebbe perché in un caso deve e nell’altro no. Sono due cose diverse,perché nel 1188 vi è una indicazione di pagamento,caratterizzata dal fatto che è colui che riceve che è strumento del creditore per ricevere il pagamento è l’alter-ego del creditore, nel caso invece della delegazione di pagamento strumento del creditore è il proprio debitore non per estinguere il pagamento,ma per fargli ottenere un’attribuzione patrimoniale al delegatario con effetto poi nel rapporto sottostante,ma è una cosa diversa.

Schlesinger ha individuato un punto importante:l’indicazione di pagamento esiste e determina questa doverosità in capo al debitore che non può rifiutarsi di eseguire il pagamento perché estingue proprio il debito di quel debitore,non gli viene chiesto null’altro. Allora nell’indicazione di pagamento non è il debitore che è strumento del creditore per fargli ottenere un’attribuzione,ma è l’accipiens-indicato che è strumento del creditore per ricevere il pagamento dal proprio debitore. Quindi quando il debitore paga,nell’indicazione di pagamento,estingue direttamente e immediatamente il rapporto di provvista;quando invece paga nella delegazione del debito no!

Naturalmente per poter fare questa affermazione si presuppone un’altra cosa e cioè che colui che riceve il pagamento sia rappresentante del creditore,perché io debitore,quando il mio creditore mi dice : “mi devi dare 100,invece di darli a me dalli a quello” io li darò all’accipiens che mi è stato indicato,quindi l’indicatario (se vogliamo usare un’altra terminologia),colui che riceve lo fa come se fosse il creditore per cui è il rappresentante del creditore,è strumento del creditore per ricevere il pagamento della provvista.

Adesso si capisce la differenza e quindi perché una volta DEVE e una volta Può. Questa tesi di Schlesinger ha avuto grande successo,che individua un punto che magari era sfuggito,ci fa rendere conto del significato pregnante di questo DEVE (essere fatto..).

Ma allora come arriviamo a dire che delegazione di pagamento e indicazione di pagamento sono la stessa cosa? Se io faccio la delegazione di pagamento sul debito e quindi voglio sfruttare la mia provvista? E dico al mio debitor di pagare un altro lui si può rifiutare? Certo,ce lo dice l’art 1269.

Invece,nell’indicazione di pagamento non si può rifiutare e perché? E perché Schlesingerpensa che evidentemente questa non è la delegazione di debito,è un’indicazione di pagamento in cui il creditore dice al proprio debitore di realizzare il debito che il debitore ha,quindi la provvista (diciamo così,per renderla equiparabile al discorso che facciamo con la deleazione),pagando all’accipiens che è lo strumento del creditore per ricevere la prestazione. Questo allora significa che questo accipiens è come se fosse il rappresentante del creditore,anzi è proprio lui.

Ora il problema qual è? Se leggiamo l’art 1188: “*Il pagamento deve essere fatto al creditore* ***o al suo rappresentante*** *ovvero alla persona che è indicata dal creditore o autorizzata dalla legge o dal giudice a riceverlo”.*

Il legislatore fa espressamente riferimento al rappresentante,per cui se l’indicato è il rappresentante perché il legislatore avrebbe dovuto ripetersi e far riferimento 2 volte al rappresentante?

Il problema è questo: Schlesinger dice che colui che riceve il pagamento è rappresentante del creditore perché solo così si giustifica il fatto che il debitore non si può rifiutare di effettuare il pagamento perché sta pagando ad un soggetto che è come se fosse il suo creditore per cui realizza direttamente e immediatamente la provvista,nell’altro caso non è così. Però per dire questo significa che è il rappresentante,ma il legislatore ha già indicato nella disposizione l’ipotesi tipica della rappresentanza,mica lo può ripetere 2 volte?

Il professore risolverà questo problema nella prossima lezione spiegando qual è la sua tesi, cioè che l’indicazione di pagamento è la stessa cosa della delegazione di pagamento ,ma non è la tesi dominante perché l’opinione di Schlesinger è trionfante;inoltre nella pratica non si ricorre quasi mai all’istituto dell’indicazione di pagamento perché o si fa una rappresentanza vera e propria o si ricorre alla delegazione di pagamento.

Nel discorso che il prof ha fatto prima sull’importanza delle singole parole che troviamo nelle norme e a cui dobbiamo prestare attenzione gli è venuta in mente una cosa relativa all’art 485c.c. che riguarda l’eredità e nello specifico l’ipotesi in cui il chiamato all’eredità sia nel possesso **DI BENI** ereditari. Ai sensi dell’art 485 se il chiamato all’eredità che è nel possesso di beni ereditari non fa,entro tre mesi dalla morte,l’inventario è considerato,decorso tale termine,erede puro e semplice. Ne deriva quindi una conseguenza importante che determina l’ ACCETTAZIONE LEGALMENTE DETERMINATA.

Il prof vuole richiamare la nostra attenzione sul dato linguistico di questa disposizione: “*il chiamato all’eredità quando è a qualsiasi titolo nel possesso di beni ereditari,deve fare l’inventario..”*  dire nel possesso “di beni” è la stessa cosa che dire nel possesso “dei beni”? se avesse detto “il chiamato all’eredità che è nel possesso dei beni” avrebbe voluto intendere il possesso di tutti i beni, invece nel nostro caso è sufficiente anche che il chiamato all’eredità sia nel possesso di un solo bene. Quindi è importante fare attenzione alle singole parole. C’è una parte di dottrina che all’inizio del secolo,quando si è iniziato a parlare di questo problema,ha detto che il possesso deve riguardare tutti i beni e giustamente l’altra parte di dottrina facendo leva sul dato letterale ha obiettato che il legislatore ha detto possesso“di beni” perché non voleva intendere di tutti i beni. Questo ci fa capire che il diritto è una cosa seria,non può essere fatto in modo superficiale,quest’attitudine a capire la norma,l’importanza che la parola ha nel contesto normativo ce la dà anche lo studio diritto civile,più del diritto privato che ci dà una panoramica generale su tutti gli istituti. Se il legislatore ha detto “di beni” non possiamo dire che è come se il legislatore avesse voluto dire possesso dei beni,dobbiamo andare a cercare il senso profondo della parola e individuarne la logica,altrimenti non avrebbe senso neanche il fatto di aver seguito il corso. Ci deve restare di questo corso la forma mentis,la capacità istintiva di andare a vedere le pieghe delle cose, qual è il passaggio che conta non la singola teoria che magari neanche ricorderemo il giorno dopo l’esame.

LEZIONE 3-12-2014

Stiamo parlando dell’indicazione di pagamento (1188). Abbiamo visto che il problema è quello di capire se l’indicazione di pagamento è un istituto autonomo e distinto rispetto alla delegazione di pagamento. Sembrerebbe così leggendo il 1188 perché il 1188 ci dice che il debitore DEVE eseguire la prestazione al soggetto indicato dal proprio creditore, laddove invece nella delegazione di debito (di pagamento su debito) si dice invece che il delegato – ancorché fosse debitore del delegante suo creditore - non è tenuto ad accettare l’incarico. Quindi, se il creditore conferisce l’incarico al proprio debitore di pagare il debito di provvista per suo conto al delegatario, siamo in presenza della delegazione di pagamento ed in questo caso il debitore delegato può rifiutarsi di accettare l’incarico. Se invece il creditore comunica al proprio debitore di eseguire la prestazione ad un terzo da lui indicato, saremmo all’interno del 1188 e il debitore non si può liberare.

Perché questa differenza? Come si spiega? Su che cosa si fonda una differenza di questo genere? Perché da una parte si deve e dall’altra parte invece ci si può rifiutare di eseguire l’incarico?

Perché - dice questo illustre studioso che ha prospettato questa soluzione - nel caso della delegazione di pagamento noi siamo in presenza appunto di una delegazione, cioè di un mandato in cui il creditore utilizza il proprio debitore per far conseguire per suo conto un’attribuzione al delegatario. Quindi nel caso della delegazione di pagamento il debitore è strumento del proprio creditore per far conseguire un’attribuzione al beneficiario delegatario per conto del delegante. Nel caso invece della indicazione di pagamento, l’accipiens (cioè il soggetto indicato, l’indicatario se vogliamo utilizzare una terminologia assonante con quella della delegazione di pagamento), l’indicatario è lui lo strumento del creditore per ricevere il pagamento dal proprio debitore e quindi il debitore non si può rifiutare di eseguire il pagamento all’indicatario perché l’indicatario è l’alter ego del creditore, è il rappresentante del creditore. E il pagamento che il debitore fa all’indicatario (al soggetto indicato, come dice l’articolo 1188) è un pagamento dunque che realizza direttamente la provvista, realizza direttamente il rapporto obbligatorio tra il solvens ed il creditore. Laddove invece nel caso della delegazione di pagamento non è così perché il debitore - che paga la provvista a seguito della delega - in realtà non paga la provvista in senso proprio: esegue la sua obbligazione ex mandato e poi deve conteggiare dentro la provvista e quindi far valere dentro la provvista. Quindi c’è questo di più: da una parte si realizza immediatamente la provvista, dall’altra parte no. Cioè quando si realizza direttamente la provvista (1188), siamo in presenza di un’altra situazione rispetto a quella descritta nel 1269.

Naturalmente, perché tutto si regga, è necessario dire che l’accipiens (cioè il soggetto indicato, l’indicatario) sia un rappresentante del creditore, cioè pagare all’indicatario è la stessa cosa che pagare al creditore, perché appunto l’accipiens è lo strumento del creditore per ricevere il pagamento.

Qual è il problema che sorge a questo punto? Sorge un problema rappresentato dal fatto che nell’articolo 1188 (e di questo vi ho fatto rendere conto ieri) si dice che il pagamento deve essere fatto al creditore o al suo rappresentante ovvero al soggetto indicato. Quindi la rappresentanza è esplicitamente prevista.

Allora come si spiega che questa terza ipotesi prevista nel 1188 noi la riconduciamo alla seconda (alla rappresentanza)? Perché il legislatore dovrebbe aver scritto due ipotesi di rappresentanza nella stessa norma? Che cosa risponde Schlesinger?

Dice: no ma qui in realtà la rappresentanza non ha ragion d’essere; il legislatore ha parlato di rappresentanza ma la rappresentanza non esiste quando si tratta di ricevere un pagamento. La ricezione del pagamento non tollera la splendida del nome altrui. Quindi, quando il legislatore parla di rappresentanza, in realtà non si può riferire alla rappresentanza perché la rappresentanza non esiste. Il legislatore in realtà ha voluto con il termine ‘rappresentante’ riferirsi al soggetto che è strumento del creditore per ricevere il pagamento. Ora che questo strumento del creditore sia un procuratore in senso proprio o sia uno al quale questo ruolo di strumento del creditore per la ricezione del pagamento sia stato assegnato dall’indicazione (cioè da questa dichiarazione rivolta direttamente al suo debitore) non sposta niente: ciò che conta è che l’accipiens sia strumento del creditore. Potrebbe essere strumento del creditore alla luce di una dichiarazione unilaterale che il creditore gli fa (rappresentanza) oppure può essere strumento del creditore alla luce di una dichiarazione che viene fatta non nei suoi confronti ma nei confronti del debitore. Il creditore una volta dice al debitore “paga a quel soggetto che è mio strumento”, altra volta invece dice allo strumento “guarda, tu ricevi perché sei mio strumento”. Chiaro?

Questa è la differenza ma la sostanza è identica, perché comunque è una sostanza che non coincide con la rappresentanza perché la rappresentanza in senso proprio non può essere configurata con riferimento all’accettazione del pagamento, alla ricezione del pagamento. Poi vedremo il perché.

È chiaro questo passaggio ragazzi? Avete capito questo snodo?

Allora, di fronte a chi rileva che nell’articolo 1188 c’è già l’individuazione della rappresentanza sicché non si capisce molto perché poi si deve prevedere un’altra rappresentanza due righi dopo, dice Schlesinger: no, ma qui in realtà non è che si parla di rappresentanza; si tratta di individuare lo strumento del creditore per ricevere il pagamento al posto del creditore, e questo con due modalità diverse:

1. con una dichiarazione che il creditore fa all’accipiens, come se l’accipiens fosse investito del potere rappresentativo, e qui il legislatore sbagliando ha parlato di rappresentanza;
2. nel secondo caso invece l’indicatario è strumento del solvens ma la dichiarazione viene rivolta al solvens. Si dice al debitore “paga a quello perché quello è il mio rappresentante”. Non lo si investe del potere rappresentativo perché la procura non è fatta nei suoi confronti; è fatta diciamo nei confronti del debitore, e perciò si parla non di rappresentanza nell’articolo.

Ma è la stessa cosa! Sempre rappresentanza è! Anzi per meglio dire: sempre NON rappresentanza è allo stesso modo, perché quello che conta non è tanto quello di poter spendere il nome come procuratore ma quello di essere investito da questa dichiarazione (dall’indicazione o eventualmente dalla procura) del ruolo di strumento del creditore per ricevere il pagamento.

Allora a questo punto del discorso se qualcuno di voi pensasse di dover muovere qualche critica a questo discorso, quale sarebbe secondo voi - dal punto di vista metodologico - la verifica da fare? Se sono veri i presupposti di questo discorso.

Tu dici che qui rappresentanza e non rappresentanza e indicazione è la stessa cosa, è comunque un fenomeno che rientra nella stessa area perché la rappresentanza in senso proprio non si può fare giacché il pagamento non tollera la spendita del nome altrui. La rappresentanza questo significa no? Io ho il potere rappresentativo e quindi - in qualità di rappresentante del creditore - spendo il suo nome, cioè dico “io sto ricevendo questo pagamento a nome di”. O dico “io sto ricevendo questo pagamento a nome di…” perché ho avuto la procura, o dice il debitore “io ti pago perché il creditore mi ha detto che tu sei il suo alter ego, sei colui che lui indica come suo strumento per ricevere il pagamento”, siamo in presenza della stessa cosa giuridicamente, non ci sono diversità perché la rappresentanza in senso proprio come procura e spendita del nome non può essere fatta quando si tratta della ricezione di un pagamento.

Perché? Che significa ‘ricevere il pagamento’? Significa impossessarsi di una somma di denaro. La ricezione del pagamento è un’attività innanzitutto materiale: il debitore porta una quantità di banconote al creditore e il creditore riceve il pagamento, cioè si impossessa di questa somma di denaro. Allora dice Schlesinger: la ricezione del pagamento è un’attività materiale che consiste nell’impossessamento della somma e cioè delle cose (nella specie le banconote, le monete) che il debitore consegna al creditore in adempimento della sua obbligazione. È un’attività dunque materiale che consiste nell’impossessamento.

Ora l’attività materiale può essere deviata nella sfera giuridica altrui? No, perché se è materiale è quella che è: l’attività materiale è quella che accade; quindi come si può deviare nella sfera giuridica altrui un’attività materiale? Allora, se impossessarsi della somma di denaro (e cioè se ricevere la solutio) è un’attività meramente materiale che consiste nell’impossessamento di questa somma, questo possesso è il possesso in mano a chi riceve, non si può qualificare come una spendita del nome, non si può deviare con la spendita del nome il risultato di questa attività.

Il punto è questo, che tutte queste cose non sono vere. Innanzitutto la ricezione del pagamento è un’attività meramente materiale? No, non è un’attività meramente materiale perché c’è anche un’attività certamente valutativa che si fa all’atto della ricezione. E qual è quest’attività valutativa (che quindi non è materiale perché è una valutazione di ciò che sta accadendo)? È quella di constatare che ciò che si è ricevuto coincide proprio con ciò che si doveva ricevere. È un’attività materiale questa? No, è un’attività valutativa perché io ho valutato, nel momento in cui ho ricevuto la prestazione, che ho ricevuto proprio ciò che dovevo riceve. Allora già non è vero che la ricezione del pagamento è un’attività meramente materiale per le regioni che ci siamo appena detti.

Ma c’è un di più: il fatto che sia un’attività materiale impedisce che, nel momento in cui si pone in essere quest’attività materiale, si faccia una dichiarazione in grado di qualificare il risultato di questa attività materiale in maniera diversa? No. E perché? Voi sapete che la adprehensio fisica della res (questa è l’attività materiale, io prendo la cosa e cioè la quantità di denaro) può determinare due cose:

* o il possesso
* o la detenzione.

Il dato fisico del contatto fisico con la res è uguale sia nella detenzione sia nel possesso. È vero o non è vero? Allora il problema non è che io, facendo la dichiarazione di spendita del nome, faccio una deviazione nell’attività materiale; no, io faccio una deviazione, una qualificazione del risultato giuridico di questa attività meramente materiale (che è l’adprehensio fisica della res) perché la qualifico o come possesso o come detenzione. Questo è il punto. Allora, se spendo il nome altrui (cioè dico “io sono il rappresentante del creditore e quindi ricevo per conto e a nome suo”), io quando ricevo non ho acquistato il possesso ma ho acquistato la detenzione, perché ho ricevuto per altri, ho ricevuto per un altro, detengo per un altro. Il contatto fisico con la cosa io l’esercito per un altro che è il titolare del possesso.

Se invece quando io ricevo questa cosa (la quantità di denaro) (quindi nel momento in cui si verifica) io non dico niente e ricevo dunque a mio nome, allora io sono il possessore e non ho dichiarato che sto detenendo nell’interesse altrui e quindi quel medesimo fatto materiale (e cioè l’adprehensio fisica della cosa) una volta determina una conseguenza giuridica che chiamiamo possesso e un’altra volta determina un’altra conseguenza giuridica che chiamiamo detenzione. Quindi perché non è possibile questa rappresentanza? Ma dove sta scritto? L’errore secondo me (mi permetto di dire all’illustre Maestro) è quello di avere un po’ appiattito questa situazione materiale facendo di tutta l’erba un fascio per cui, quando vi è l’adprehensio fisica di un ares (il contatto fisico con una cosa), questo contatto significa possesso e il possesso è una situazione di fatto e quindi - in quanto situazione di fatto - non può essere deviata ecc. ecc.

Ma non è così: è vero che il possesso - si dice - è una situazione di fatto, ma in che senso il possesso è una situazione di fatto? Nel senso che il possesso è una situazione giuridica che si basa sul fatto, questo significa; non è che il possesso è una situazione di fatto e dunque è una situazione giuridicamente irrilevante che non conta niente. Non è così, tant’è vero che - come voi sapete - il possessore è talmente tutelato che, quando si controverse del possesso, vince anche contro il proprietario. Se il proprietario non è possessore, per recuperare il possesso dal possessore, deve fare l’azione di revindica, cioè deve dimostrare di essere il proprietario perché, se controverte sul possesso, vince chi è il possessore.

Quindi com’è che il possesso non è una situazione giuridica? Ma chi l’ha detto? È un errore. Anzi il possesso è un istituto molto affascinante, lo si conosce poco; anche quando lo si legge sul manuale, magari uno non capisce niente sul possesso e detenzione. Il possesso è una situazione giuridica, non è una situazione di fatto. È una situazione di fatto perché derivano conseguenze giuridiche da un fatto, quindi non c’è un titolo formale, cioè io acquisto il diritto sulla base di un contratto (quindi c’è un titolo formale); lì invece io acquisto un potere sulla cosa in via di fatto, però quel potere sulla cosa è un potere giuridicamente qualificato. E una cosa è il potere del possessore, altra cosa è il potere del detentore. Quindi non è irrilevante qualificare giuridicamente come vi sia stata l’adprehensio: se l’adprehensio è stata qualificata da una dichiarazione che consiste nella spendita del nome altrui, è evidente che l’adprehensio significa aver acquistato la detenzione (perché il possesso l’ha acquistato il proprietario), perché si può anche possedere per il tramite di un detentore: il possesso è mio, io ti presto questo libro [a parte il fatto che io su questo libro ho anche il diritto di proprietà, però assieme al diritto di proprietà ho anche il possesso], in quel momento voi diventate non possessori [è ovvio] ma detentori. E io ho perso il possesso? Cioè il fatto che io non sia in grado di toccare materialmente la carta di cui è fatto il libro, significa che io - siccome non ho il contatto fisico con la res perché sta nelle vostre mani - ho perso il possesso? No, perché il possesso è una qualificazione giuridica che si fonda sul potere di fatto ma io il potere di fatto non l’ho perduto perché c’è il detentore, anzi io esercito il mio potere di fatto attraverso il detentore che detiene nel mio interesse.

Avete capito come funziona? Adesso non è che ci dobbiamo addentrare nella tematica del possesso e della detenzione, però queste cose che vi ho detto ricordatevele, sono banalità ma magari non vengono adeguatamente ripetute.

Allora vedrete che, se queste considerazioni mie hanno un senso (e certamente hanno un senso!) e sono vere (io penso di sì! comunque sono sensate, che è quello che conta), allora se hanno un senso si potrebbe anche pensare che non è vero quello che ha detto Schlesinger perché tutto il fondamento del suo ragionamento si basa su questo. Vedete - come vi dicevo ieri – bisogna cogliere il punto della questione. Schelsinger, essendo un grande giurista, scriveva in maniera stringata; anche questo libro in cui sono scritte queste cose che si chiama “Il pagamento al terzo” è un libricino sottile di 150 pagine senza chiacchiere inutili; anche lì, sfronda sfronda, bisogna vedere come fai a fare questa affermazione. Perché la rappresentanza e l’indicazione di pagamento è la stessa cosa per cui il mandato all’incasso o la procura all’incasso sarebbero la stessa cosa??? Come è possibile che è la stessa cosa?? Una volta io che ricevo il pagamento sono il tuo rappresentante e quindi è ovvio che io ricevo per tuo conto e spendendo il tuo nome, quindi ricevo ma ricevo non il possesso ma la detenzione: allora sì che il pagamento nelle mie mani è un pagamento che estingue immediatamente il rapporto di provvista che equivale al pagamento fatto al rappresentato giacché io quello che ho ricevuto l’ho ricevuto già imputandolo al creditore. Che poi successivamente io non trasferisca la detenzione, questi sono problemi successivi e ulteriori che riguardano i rapporti interni, a me debitore mi lascia tranquillo perché io ho pagato al tuo rappresentante, al tuo procuratore all’incasso; mi viene presentata una procura all’incasso, mi dice “io sono il rappresentante di Tizio ai fini dell’incasso di quella somma”: se io pago, ho pagato benissimo e sono tranquillo io debitore che comunque si è estinto immediatamente il rapporto di provvista perché ho fatto conseguire al creditore - per il tramite .. - il possesso di quella somma di denaro ho trasferito il possesso di quella somma di denaro. Ho trasferito il possesso di quella somma di denaro al creditore che, sia pure per il tramite dell’accipiens (che però è detentore, avendo speso l’altrui nome), il possesso è andato in mano a chi doveva. Chiaro?

Se invece il soggetto non è un procuratore ma è un indicatario (quindi non può spendere il nome, perché come fa a spendere il nome se non è un procuratore? non è un rappresentante), non posso dire che è la stessa cosa che succede prima! Come sarebbe a dire che è la stessa cosa??? Io, sulla base di una dichiarazione tua, pago ad uno che però riceve in nome proprio e mi libero?? Per liberarmi devo poter dire “io l’ho fatto per tuo conto”, quindi devo ritornare alla delegazione, perché altrimenti lo faccio a mio rischio e pericolo. Dice “guarda, tu vai a pagare a quello”. Eh, ma tu stai facendo una delegazione o un’indicazione? E quello: “paga e non ti preoccupare!”. Eh no, aspetta un momento! Perché io pago e poi tu dopo mi vieni a dire “ma tu perché hai pagato a quello?”. Se hai fatto la dichiarazione, allora è un mandato, è un incarico che tu mi hai dato, io l’ho accettato e quindi l’estinzione si fa con il conteggio: ma allora siamo nella delegazione. Dov’è più la differenza? Non c’è più. Questo è il punto!

Avete capito qual è il problema? Il problema è semplice se lo sfrondiamo da tutte le cose: se il solvens che paga paga al proprio creditore, è ovvio che deve pagare al proprio creditore e pagare al creditore è la stessa cosa che pagare al rappresentante del creditore. Se uno è rappresentante ha la procura, significa che può ricevere in nome e per conto ma quindi, spendendo il nome, effettua una deviazione degli effetti (conseguenti al fatto della adprehensio fisica della somma di denaro) nel patrimonio del creditore perché è lui che riceve il possesso, e quindi si estingue direttamente il rapporto di valuta 26.05. Se invece non è così, se non succede questo ma succede un’altra cosa e quest’altra cosa è rilevante in maniera diversa dalla prima perché non c’è la spendita del nome, allora io o lo giustifico sulla base dei rapporti interni oppure non posso giustificare questo pagamento. Ma, se lo giustifico sulla base dei rapporti interni, sono già immediatamente rientrato nell’ambito della delegazione.

Avete capito il problema?

Poi ci sono altre cose ma meno significative. Questo è il punto. E non c’è nessun altro modo per distinguere questa ipotesi della cd. indicazione di pagamento dalla delegazione di pagamento: o si adotta la tesi di Schlesinger che ha le debolezze che ci siamo detti perché si basa su un concetto del possesso un po’ discutibile, oppure non c’è soluzione. L’alternativa è che qui stiamo sostanzialmente riferendoci alla delegazione di pagamento. Il soggetto indicato è sostanzialmente il delegatario. E quindi una vera indicazione di pagamento diversa dalla delegazione di pagamento o si basa su quella costruzione che è stata fatta da Schlesinger o non è. Chiaro?

Problema: come si spiega allora questo fatto che il pagamento “deve” essere fatto? Perché comunque resta quest’espressione da cui siamo partiti. Vi ricordate? Il pagamento deve essere fatto all’indicatario. E come si concilia questo con la frase che abbiamo letto nel 1269? Avete capito la domanda? Questo è il punto.

Noi da qui siamo partiti; abbiamo detto, siccome ci sta quel “deve”, ci deve stare qualcosa di differente. Quale può essere una cosa differente? Quella che ha inventato Schlesinger. Se io dico “no, la differenza non c’è”, resta però questo “deve” e lo devo spiegare in qualche modo perché c’è questa differenza.

Guardate, l’espressione è molto meno preoccupante di quel che sembra. E lo stesso Schlesinger ce lo dice nel suo libro. Dice: è vero che potrebbe anche significare un’altra cosa, non essere poi così drammatica questa espressione perché potrebbe non indicare i soggetti rispetto ai quali il debitore si obbliga a pagare bensì individuare i casi in cui la prestazione ha efficacia liberatoria nel senso che, se il debitore si vuole liberare, deve eseguire la prestazione ai soggetti indicati da... Quindi assume un altro significato questo “deve”: non è un dovere per il debitore il quale è obbligato a pagare a questi soggetti; non è obbligato a pagare ma, se vuole liberarsi, deve pagare. Avete capito? È una cosa diversa. È ovvio che anche il delegato, se ha accettato l’incarico, se si vuole liberare poi deve pagare al delegatario. Quindi potrebbe darsi che quest’espressione - che pure tanto ci aveva preoccupato all’inizio di questa riflessione - è molto meno significativa. Io penso che le cose stiano così, è una mia proposta; anche su questo punto sono in minoranza (come quasi sempre!) perché la dottrina dominante e anche la prassi bancaria e notarile è nel senso indicato da Schlesinger. Si ritiene che o c’è la procura all’incasso o non c’è, se c’è l’indicazione di un accipiens che è autorizzato a ricevere il pagamento al posto del creditore, questo estingue il rapporto di provvista e il debitore non si può rifiutare di eseguire la prestazione, indipendentemente dal fatto che ci sia o no la procura. Allora o c’è la procura all’incasso o c’è un’altra cosa all’incasso è la stessa cosa. E nella prassi corrente è così, tant’è vero che i notai per esempio non distinguono tra procura all’incasso e mandato all’incasso: per loro è la stessa cosa, perché quello che conta è che comunque vi sia un’investitura (sia pure diretta o indiretta) dell’accipiens come strumento del creditore per ricevere il pagamento.

Quindi o è mandatario all’incasso o è procuratore all’incasso è la stessa cosa.

Io mi permetto di dubitare perché sono due cose diverse perché, se fosse mandatario all’incasso, ci sarebbe poi un problema di conteggio: non estingue direttamente il rapporto di provvista, non lo può estinguere perché colui che riceve riceve in nome proprio, per conto altrui ma in nome proprio. Anche il delegatario nella delegazione di pagamento (e anche nella delegazione di debito come sappiamo), quando riceve, riceve per conto. Ma “per conto” significa che deve conteggiare, non è che riceve “in nome” per cui estingue direttamente, se no sarebbe finita la delegazione. È chiaro questo, lo sappiamo, lo abbiamo detto tante volte, l’abbiamo detto proprio ieri anzi con particolare attenzione: il problema della delegazione è quello di distinguere le due fasi che conseguono all’adempimento:

* l’una che è quella del vero e proprio adempimento dal solvens all’accipiens (delegato, delegatario)
* l’altra fase , successiva al pagamento, che è quella in cui quel pagamento va riversato nel rapporto di provvista.

Ora il delegatario può anche essere mandatario del delegato (non è detto che lo sia ma potrebbe esserlo): io ti do l’incarico di ricevere questa somma di denaro e di usarla; magari il rapporto di valuta è un altro mandato: qualcuno ce lo impedisce? No. Visto che la delegazione è uno schema generale, può essere così.

Ebbene, se esiste una delegazione in cui oltre alla delega tra delegante e delegato ci fosse anche una delega tra delegante e delegatario per cui il delegatario è mandatario all’incasso nel senso che deve incassare quella somma e tenerla a disposizione del delegante magari investendo in titoli esteri in borsa, in questo caso che succede? Il delegato paga al delegatario e si estingue direttamente il rapporto di valuta? Non c’è più il conteggio? Quella fase successiva non c’è?

NO, c’è sempre perché c’è stata la ricezione da parte di un soggetto che è il mandatario all’incasso; non è la stessa cosa di essere procuratore all’incasso. Quindi quest’idea di Schlesinger, che però ha avuto un successo strepitoso, è un’idea che a mio avviso non deve essere condivisa.

In ogni caso quello che conta è il discorso. Cioè noi abbiamo descritto una tesi e poi vi ho chiesto qualche minuto fa: arrivati a questo punto, secondo voi per criticare questa tesi che cosa si deve fare? Qual è il punto da rosicchiare? Dove sta il fondamento di tutto il ragionamento? Perché molto spesso il ragionamento si fonda su un presupposto, su un postulato. Ma è vero o no il postulato? Il postulato viene dato per vero, ma poi va dimostrato che è vero. Avete capito qual è il punto?

Allora il discorso è quello di andare a vedere il postulato, cioè tu fai un certo ragionamento ma su che cosa lo basi questo ragionamento? E infatti Schlesinger che è lucido lo basa su questo fatto: la rappresentanza in questo caso non funziona come vera rappresentanza; la si chiama rappresentanza ma non è; anche se c’è la procura l’incasso, non è rappresentanza perché la spendita del nome non serve eccetera eccetera.

È vero questo? Se ne può dubitare? È ragionevole dubitarne? Si. A noi ci basta questo, perché abbiamo fatto un percorso, una ginnastica mentale, abbiamo capito come si ragiona. Poi cerchiamo lucidamente di esporre le nostre idee; poi sarà qualcuno che ci dà torto, è il nostro mestiere. Può darsi che non si convinca: questo significa che si ha torto? No. Significa che non si è convinto! ☺ Quindi si può insistere, si può continuare, a meno che non si scopra che c’è un difetto nel ragionamento. Il nostro e il vostro lavoro sarà proprio questo. È chiaro? Avete capito?

Alla fine del percorso vi siete resi conto di quello che vi avevo detto all’inizio, del perché del diritto civile? Perché se no sarebbe inutile ripetere le stesse cose del manuale istituzionale, magari un po’ più ampliato come fa Gazzoni. Gazzoni dà più notizie, a volte riferisce anche qualche tesi. Ma lo scopo non è quello di avere più notizie ma quello di acquisire la mentalità per poter affrontare un tema interpretativo nuovo.

Se si ha il metodo e il tempo, si fa una ricerca e si risolve o perlomeno si offre una soluzione ragionevole del problema. Poi si vedrà se l’avversario ha trovato una soluzione ancora più ragionevole, si affinano queste qualità. Questo è il lavoro del giurista. Perciò vi dicevo che il diritto civile è importante, perché forma il giurista. Ora di questo si era ben consapevoli nell’università in cui io sono stato giovane come voi. Allora il diritto civile era l’esame più importante, era un esame biennale, era un esame al quale era chiamato il professore più autorevole, il giurista più raffinato, c’era una differenza tra i professori di privato e i professori di civile; si diceva “è un buon professore di privato però non può ancora insegnare il civile”; stare al civile era un arrivo e ci si aspirava per molti anni, magari non ci si arrivava mai. Adesso invece l’università è cambiata, le prospettive sono cambiate, c’è la pressione di tante esigenze (anche legittime), di tante materie che servono a infarcire questo curriculum; però il dato di fondo è che tutte le altre materie sono istituzionali, sono informative; anche il diritto commerciale sono istituzioni di diritto commerciale”, non è che voi fate un corso monografico sulla responsabilità degli amministratori. È così solo il civile, almeno come lo intendo io. Innanzitutto non vi potete far sostituire: anche un magnifico magistrato, al quale si può chiedere “vienimi a fare una lezione di privato”, invece “vieni a fare una lezione sull’accollo o sulla indicazione di pagamento” è un discorso diverso, pure se se la studia non è la stessa cosa ripercorrere i pensieri. Quindi civile, fatto in un certo modo, è anche più impegnativo. E poi ci si mette più in gioco.

Perciò si era così rigorosi una volta, perché chi era chiamato sul civile doveva parlare delle cose di cui aveva scritto, quindi dovevano essere delle cose innanzitutto degne di essere ascoltate (non necessariamente condivise ma perlomeno degne di essere ascoltate) e poi ci dovevano essere cose che uno ha detto (se uno non ha detto niente perché ha semplicemente costruito lavori che sono riassunti del pensiero precedente…!). Allora questa ricchezza si va perdendo. Non c’è da piangere perché comunque il tempo presente è quello più bello di tutti perché è quello che si vive, però non vi fate derubare di quest’esperienza. Voi studenti dovreste essere attenti su queste cose perché fare Giurisprudenza e fare civile in un certo modo è una cosa ben diversa dal fare Giurisprudenza e civile in altro modo. Non è un caso che i napoletani sono tanti a vincere i concorsi! Qualche mese fa ho fatto una lezione ad una scuola di perfezionamento per magistrati di Milano, un mio allievo mi ha invitato a tenere una lezione e ho fatto una lezione sulla cessione del contratto. Gli studenti, che sono studenti ovviamente già laureati, non erano assolutamente abituati a questo tipo di discorso così approfondito, così monografico, così attento alla discussione delle tesi e delle teorie e al dibattito di idee, così critico. Alla fine della lezione si sono ancor più meravigliati quando il presentatore ha detto “questa lezione che ha fatto a voi, il professore la fa agli studenti iscritti alla facoltà di Giurisprudenza dell’Università di Napoli”. Sono rimasti a bocca aperta! Evidentemente lì sono abituati in altro modo, molto più “sciacquetto”! Allora una ragione per cui Napoli e la Federico II era una delle migliori è anche questo. Io nel mio piccolo (perché nessuno di noi si può atteggiare a maestro di niente) ho cercato nella mia lunga permanenza alla cattedra di civile almeno di conservare questa tradizione perché mi sembra una tradizione utile (poi si sono anche le tradizioni inutili!). Naturalmente voi capite bene che - di fronte a 2000 iscritti (perché tanti siete) – voi sarete una cinquantina, probabilmente avete interesse a queste cose perché magari avete in mente di fare un concorso; ma tutto il resto degli iscritti che fa? Magari farà un rigorosissimo e decorosissimo concorso per fare l’impiegato di banca, l’impiegato in un ufficio pubblico… allora certamente per loro è un po’ sovrabbondante lo sforzo.

Però io dico: se l’esigenza è questa, forse si potrebbero fare due corsi; ma perché abbassare tutto a livello di quello che è la richiesta media? Poi ci saranno quelli come voi che vogliono fare i notai, i magistrati, gli avvocati e di queste cose voi avete bisogno oppure dovete mettervi a studiarle dopo.

Comunque le cose andranno come devono andare! Soprattutto ad una certa età uno si rende conto che, per quanto si cerchi di dominare gli eventi, in realtà sono gli eventi che dominano. Succederà quello che deve succedere. L’unica cosa che conta è che ciascuno di noi deve possibilmente fare il proprio dovere in maniera onesta. Poi le cose vanno come devono andare. Però perlomeno io ho fatto quello che potevo fare, non ho nulla da rimproverarmi in questo.

Va bene ragazzi. Io, come vi avevo preannunciato, vado alla fine di quello che avevo da dirvi. A questo punto è inutile continuare a vedersi per non dire più nulla o ripetere le cose già dette. Siamo alla fine, quindi vi devo salutare, vi devo ringraziare; ogni fine è sempre un po’ dolorosa per chi come me si trova in una fase della vita… questo, se non è l’ultimo corso che ho fatto, probabilmente sarà il penultimo. Lasciare questa possibilità di dialogo con i giovani fatta anche con una certa passione in maniera divertita è una cosa un po’ dolorosa, però anche qui ci sta poco da fare, il tempo passa e quindi bisogna pure prenderne atto.

Io mi auguro perlomeno di aver lasciato qualcosa nelle vostre menti, al di là dell’esame che certamente vi andrà bene; verrete all’esame in maniera distesa, avete seguito il corso. Ma, al di là dell’esame, io mi auguro che voi abbiate un bel ricordo di quest’occasione d’incontro e questo ricordo vi accompagnerà anche in futuro. Divertitevi, perché poi negli anni che passano ci si diverte sempre di meno; divertitevi e studiate perché sono le due cose che vi compete di fare. Quindi fatele in maniera equilibrata.

Per il resto cosa dirvi? Vi abbraccio idealmente, vi ringrazio e vi auguro di essere non dico felici (che è una banalità) ma di avere successo nella vita, magari anche un po’ per merito di questi incontri che abbiamo avuto in maniera così serrata e intensa in questi due mesi che abbiamo trascorso insieme.

Auguri innanzitutto per il prossimo anno, auguri per Natale, auguri per le vostre vite. Un bacio a tutti.