



UMBERTO STEFINI

Professore associato di diritto privato - Università di Pavia

SOLIDARIETÀ E SUSSIDIARIETÀ NELL'ASSUNZIONE CUMULATIVA DEL DEBITO ALTRUI

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Solidarietà “a interesse comune” e “a interesse unisoggettivo”. – 3. La nozione di sussidiarietà tra obbligazioni. – 4. Solidarietà e sussidiarietà nella delegazione di debito. – 5. Segue: nell'espromissione. – 6. Segue: nell'accollo.

1. Dopo la famosa sentenza della Corte di Cassazione n. 9982 del 2004¹, e altre successive che ne hanno confermato l'impostazione², la giurisprudenza sembra aver raggiunto un punto fermo sull'annosa questione dell'applicazione analogica dell'art. 1268, 2° comma, c.c. – che nella delegazione cumulativa “accettata dal creditore” impone a quest'ultimo di chiedere l'adempimento prima al delegato e poi al delegante – anche all'accollo esterno e all'espromissione: mutando un orientamento pluridecennale, la Suprema Corte ha aderito a quella dottrina che da decenni va propugnando un'estensione analogica dell'ambito di operatività della sussidiarietà a tutte le fattispecie di assunzione cumulativa del debito altrui³.

Questo orientamento, se pure è condivisibile nella maggior parte dei casi, sconta però quella tendenza tipicamente dottrinale, giustamente stigmatizzata in materie delicate quali la solidarietà e l'assunzione del debito (che si prestano a molteplici ricostruzioni strutturali e funzionali), a trovare sempre e comunque la “quadratura del cerchio”, a ricondurre all'unità fattispecie diverse, costringendo la realtà entro schematismi che risultano a ben vedere troppo angusti⁴.

¹ Cass., 24 maggio 2004, n. 9982, in *Foro it.*, 2004, I, 3405 ss.; in *Corr. giur.*, 2004, 1173 ss., con nota di A. PALMA; in *Guida al dir.*, 2004, fasc. 24, 41 ss., con nota di G. BRUNO; in *Dir. e giust.*, 2004, fasc. 26, 24 ss., con nota di I. PERINU; in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2005, I, 523 ss., con nota di R. D'ANDREA; in *Riv. not.*, 2005, II, 322 ss., con nota di M. MANULI; si vedano altresì i commenti contenuti in R. ROLLI, *L'assunzione del debito altrui nelle recenti applicazioni giurisprudenziali*, in *Contratto e impresa*, 2005, 50 ss., e soprattutto in E. FERRANTE, *Accollo e responsabilità sussidiaria: a proposito di una sentenza “annunciata”*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 255 ss.

² Cass., 24 febbraio 2010, n. 4482, in *Foro it. Rep.*, voce *Obbligazioni in genere*, n. 71, che considera l'adesione del creditore non semplice condizione d'efficacia dell'accollo nei suoi confronti, ma requisito di perfezionamento dell'accollo esterno, il quale sempre importerebbe degradazione a sussidiaria dell'obbligazione dell'accollato; ma in senso difforme v. la recente Cass., 8 febbraio 2012, n. 1758, in *Foro it. Rep.*, voce *Obbligazioni in genere*, n. 77, secondo cui è l'adesione del creditore, in analogia con quanto previsto in materia di delegazione all'art. 1268, 2° comma, a far degradare a sussidiaria l'obbligazione del debitore originario, postulando che, anche in assenza dell'adesione, l'accollo sia comunque perfezionato e idoneo ad attribuire al creditore il diritto verso l'accollante, senza però alcun onere di preventiva richiesta a quest'ultimo.

³ In questo senso già P. RESCIGNO, *Studi sull'accollo*, Milano, 1958, 67 ss.; e così pure: G. QUAGLIARIELLO, *L'espromissione*, Napoli, 1953, 91 ss.; R. CICALA, voce *Accollo*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 288 s.; ID., *Il negozio di cessione del contratto*, Napoli, 1962, 214 s.; e soprattutto G.F. CAMPOBASSO, *Coobbligazione cambiaria e solidarietà disuguale*, Napoli, 1974, 246 ss., spec. 268 ss.; ID., voce *Accollo*, in *Enc. giur. Treccani*, I, Roma, 1988, 5. Da ultimo, aderisce a questa tesi anche U. LA PORTA, *L'assunzione del debito altrui*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, 2009, 17 ss., autore allo stato di una delle trattazioni più complete e approfondite sull'assunzione del debito nella sua unitarietà.

⁴ Di “feticcio dell'unità” in tema di assunzione del debito altrui parla B. CARPINO, *Espromissione cumulativa e fideiussione*, in *Riv. dir. civ.*, 1969, I, 397; sottolinea il rischio di partire da “concetti-presupposti” nell'identificare gli elementi costitutivi dell'obbligazione solidale lo stesso G.F. CAMPOBASSO, *Coobbligazione cambiaria*, cit., 47 ss., 148 ss., criticando anche alcuni aspetti della sistematica di F.D. Busnelli (ivi, 160, 348), per poi cadere vittima lui stesso del fascino della sistematizzazione, elaborando da alcuni indici

Due sono in particolare gli assunti, a mio avviso più asseriti che dimostrati, su cui si fonda il recente nuovo orientamento della Cassazione: che in tutte le ipotesi di solidarietà a interesse unisoggettivo, scaturente cioè da fonti diverse, si abbia sempre una degradazione a sussidiaria della responsabilità dell'obbligato "disinteressato"; e che l'assunzione del debito verso il creditore (indipendentemente dai rapporti interni tra assuntore e debitore originario), ancorché semplicemente cumulativa, richieda sempre il consenso del creditore medesimo, tanto nella delegazione quanto nell'espromissione e nell'accollo.

A far dubitare del primo, è sufficiente pensare all'obbligazione del fideiussore, classico esempio di obbligazione solidale senza *eadem causa obligandi*, in cui tanto la giurisprudenza quanto la dottrina specialistica negano che possa parlarsi di sussidiarietà, salvo che sia espressamente pattuito il c.d. *beneficium ordinis* (o onere di preventiva richiesta al debitore principale)⁵; a mettere in discussione il secondo possono valere il dettato letterale delle norme codicistiche in materia di delegazione e accollo, la ormai consolidata ricostruzione dell'accollo come contratto a favore di terzo, e soprattutto le conquiste recenti della riflessione civilistica in tema di attribuzioni patrimoniali unilaterali, che, in presenza di una causa idonea, mettono sempre più in secondo piano la necessità del consenso del beneficiario, per evidenziare semmai il suo potere di rifiuto, a tutela dell'intangibilità della sua sfera patrimoniale⁶.

Nelle pagine che seguono si partirà dunque dalla nozione di solidarietà tra debitori, e dal suo rapporto con la sussidiarietà, per cercare di descrivere al meglio gli effetti dei negozi di assunzione del debito altrui senza liberazione del debitore originario, giungendo infine ad una ricostruzione

normativi il concetto, fatto proprio dalla Cassazione, secondo il quale ogni solidarietà disuguale (cioè scaturente da fonti diverse) è sempre per ciò stesso sussidiaria. Fortemente critico verso una ricostruzione unitaria della disciplina della solidarietà nella delegazione, nell'espromissione e nell'accollo, e verso ogni ingessatura dogmatica del meccanismo della solidarietà, è G. BISCONTINI, *Solidarietà fideiussoria e "decadenza"*, Napoli, 1980, 39 ss., 72 ss.

⁵ V. A. RAVAZZONI, *La fideiussione*, Milano, 1957, 76 ss., 181 ss.; U. SALVESTRONI, *La solidarietà fideiussoria*, Padova, 1977, 107 s.; G. BISCONTINI, *Solidarietà fideiussoria e "decadenza"*, cit., 119 ss.; e ampiamente A. GIUSTI, *La fideiussione e il mandato di credito*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.*, già diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, Milano, 1998, 3 ss., 38 ss. La parità di grado tra debitore principale e fideiussore è stata una scelta ben precisa del legislatore del '42, che ha superato l'impostazione dell'art. 1898 cod. civ. 1865, secondo cui l'obbligazione del fideiussore era assoggettata alla *condicio juris* della preventiva escussione del debitore garantito, e ha esteso invece alla fideiussione il meccanismo della solidarietà: tanto risulta anche dalla *Relazione* al codice, che sottolinea come il vincolo del fideiussore sia "accessorio, ma non necessariamente sussidiario". La giurisprudenza sul punto è monolitica (v. per tutte Cass., 29 novembre 2005, n. 26042, in *Giust. Civ. Mass.*, 2005, 2570; Cass., 4 marzo 1995, n. 2517, in *Giust. Civ. Mass.*, 1995, 521; Cass., 21 novembre 1984, n. 5954, in *Giust. Civ. Mass.*, 1984, 1948). Per la tesi invece della natura sussidiaria dell'obbligazione del fideiussore, nel senso che il creditore dovrebbe attendere che venga accertato l'inadempimento del debitore principale, senza che però debba ravvisarsi alcun onere di preventiva escussione, v. M. FRAGALI, voce *Fideiussione* (*dir. priv.*), in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, 360 s.

⁶ V. da ultimo L.V. MOSCARINI, *Il contratto a favore di terzi – Artt. 1411-1413*, in *Cod. Civ. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, 2ª ed., Milano, 2012, 1 ss., 59 ss., 139 ss. Nella sede specifica dell'accollo, cfr. le innumerevoli critiche attirate dalla (isolata) ricostruzione di P. RESCIGNO (*Studi sull'accollo*, cit., 167 ss.), il quale, recependo la c.d. *Angebotstheorie* (teoria dell'offerta) della dottrina tedesca, ritiene che il negozio tra accollante e accollato sia meramente preparatorio rispetto al vero accollo (esterno), che si perfezionerebbe con il consenso del creditore: in particolare si vedano le osservazioni di R. CICALA (*Accollo*, oggi in *Saggi sull'obbligazione e le sue vicende*, 2ª ed., Napoli, 2001, 15 ss.) e quelle di P. SCHLESINGER (*Recensione a Pietro Rescigno – Studi sull'accollo*, in *Riv. dir. civ.*, 1960, I, 648 ss., spec. 651 ss.). Si potrebbe al più vedere il consenso del creditore come *condicio juris* di efficacia della stipulazione tra accollante e accollato, ma si finirebbe con lo snaturare lo schema generale del contratto a favore di terzo, quale introdotto per la prima volta nel nostro Codice, in mancanza di indici normativi inequivocabili. Su questi temi si tornerà *infra*, al n. 6.



strutturale delle varie fattispecie di delegazione, espromissione e acollo cumulativi, la quale, senza sacrificare i frutti di un'elaborazione dottrinale pluridecennale, sia però aderente alla prassi degli affari e alle tendenze più consolidate del diritto applicato⁷.

2. Le obbligazioni solidali passive (alle quali limitiamo la nostra indagine) sono definite nei loro profili effettuali essenziali dall'art. 1292 c.c.: più debitori sono obbligati in solido quando "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". Questo è l'unico carattere indefettibile, in quanto normativamente previsto, dell'obbligazione solidale passiva: gli altri presupposti, caratteri, elementi essenziali o naturali, sono il frutto di ricostruzioni dottrinali, più o meno tradizionali, più o meno fondate, ma certo opinabili.

Non è questa la sede per dilungarsi sulle molteplici ricostruzioni date del meccanismo solidale, tutte viziate dal tentativo di unificare il concetto di solidarietà, assolutizzando i caratteri propri di alcune soltanto delle obbligazioni definibili come solidali⁸. Basti solo accennare alla tesi che vi ravvisa un unico rapporto obbligatorio facente capo a più soggetti⁹, oggi minoritaria, rispetto a quella, ormai prevalente, fautrice della pluralità dei rapporti obbligatori in capo ai vari debitori; e, all'interno di quest'ultimo filone, alla tesi dell'unicità della prestazione che unificherebbe le obbligazioni dei

⁷ Non a caso i primi commenti succedutisi al *revirement* della Suprema Corte mettono in luce le difficoltà operative di un acollo, ad esempio di mutuo, irrimediabilmente sussidiario, che pregiudicherebbe gli enti finanziatori: essi in genere non aderiscono ai contratti di acollo di mutuo ipotecario (da parte degli acquirenti di immobili, che in questo modo corrispondono una parte del prezzo di acquisto), ma, stando alla sentenza della Corte, l'acollo dovrebbe invece essere accettato per produrre effetti verso il creditore, facendogli acquistare la ragione di credito verso l'accollante (in caso contrario, l'acollo rimarrebbe "interno"); e nel caso la banca agisse esecutivamente contro il debitore originario, potrebbe vedersi eccepire la mancata preventiva richiesta di pagamento all'acquirente-accollante. V. A. PALMA, *La natura sussidiaria dell'obbligazione solidale nell'acollo cumulativo accettato dal creditore*, in *Corr. giur.*, 2004, 1180; R. D'ANDREA, *Solidarietà e sussidiarietà nell'acollo cumulativo: onere del creditore di rivolgersi prima all'accollante*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2005, I, 527 s.; E. FERRANTE, *Accollo e responsabilità sussidiaria: a proposito di una sentenza "annunciata"*, cit., 272 s. Quest'ultimo rileva che la banca creditrice, accogliendo l'impostazione giurisprudenziale del 2004, sarebbe costretta a intervenire e vagliare sempre con attenzione la solvibilità dell'accollante (degradando sempre a sussidiaria l'obbligazione del suo debitore originario); ovvero a pretendere l'inserimento, nel contratto di vendita con acollo, di una clausola che escluda ogni sussidiarietà favorevole all'accollato; ovvero ancora, più semplicemente, a rifiutare la stipulazione a suo favore, "convertendo" l'acollo in acollo interno (per il discutibile ricorso alla categoria della conversione negoziale, v. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, rist. della 2ª ed. corretta, Napoli, 1994, 497 s.; in realtà si tratta del normale meccanismo per cui "la prestazione rimane a beneficio dello stipulante" ex art. 1411, 3° comma, c.c.).

⁸ È l'osservazione da cui parte, come noto, l'indagine di F.D. BUSNELLI (*L'obbligazione soggettivamente complessa – Profili sistematici*, Milano, 1974, 36 ss.), per ridurre la solidarietà ad un meccanismo di attuazione del rapporto obbligatorio, conciliabile sia con le c.d. obbligazioni soggettivamente complesse, caratterizzate dall'unicità della fonte (e quindi dalla contitolarità dello stesso credito o debito), sia con quelle non rientranti nella categoria in quanto nascenti da fonti diverse (come accade nella solidarietà fideiussoria), in cui sarebbero invece ravvisabili rapporti obbligatori distinti, pure uniti dal vincolo dell'attuazione solidale.

⁹ V. R. LUZZATTO, *Le obbligazioni nel diritto italiano*, Torino, 1950, 108 ss., spec. 113 ss.; R. MICCIO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. Cod. Civ. UTET*, IV, 1, Torino, 1961, 473.

singoli debitori¹⁰, a fronte di quella che ritiene di ravvisarvi anche una pluralità di prestazioni distinte, aventi però il medesimo contenuto giuridico¹¹.

Mentre la dottrina tradizionale ravvisava i tre presupposti della solidarietà nella pluralità dei soggetti attivi o passivi, nell'unicità della prestazione (*eadem res debita*) e nella unicità della fonte delle obbligazioni (*eadem causa obligandi*), riducendo i casi della fideiussione o dell'assunzione del debito altrui ad ipotesi di solidarietà "impropria" o "spuria", proprio per la mancanza del terzo requisito¹², la più moderna riflessione ha posto in luce la "neutralità" del meccanismo solidale previsto dal legislatore: il fatto che più soggetti siano obbligati per l'intero, e che il creditore possa chiedere l'adempimento a sua scelta ad uno solo dei debitori, in modo però da liberare tutti, si concilia tanto con le obbligazioni solidali nell'interesse comune, aventi un'unica *causa obligandi* e in cui il peso economico del debito si divide tra tutti nei rapporti interni ex artt. 1298-1299 c.c., quanto con le obbligazioni solidali "a interesse unisoggettivo" (art. 1298, 1° comma, c.c.), aventi titolo diverso, e in cui il peso economico del debito non si divide, ma resta a carico del solo debitore "interessato".

La disciplina cambia radicalmente nei due casi: non soltanto cambia la ripartizione del peso economico della prestazione all'interno del ceto debitorio (artt. 1298-1299), ma varia il regime delle eccezioni opponibili (basta confrontare l'art. 1297, che vieta a uno dei debitori in solido di opporre le eccezioni personali agli altri debitori, con l'art. 1945, che consente al fideiussore di sollevare tutte le eccezioni spettanti al debitore principale tranne l'incapacità), oltre che il modo di propagarsi di vicende quali la novazione, la remissione, la compensazione e la confusione (alla solidarietà a interesse unisoggettivo sono ovviamente inapplicabili le disposizioni dettate nella disciplina generale della solidarietà agli articoli 1300-1303 c.c., che postulano la divisione della prestazione dovuta in parti, presuntivamente uguali, tra i debitori in solido): tutto ciò ha portato parte della dottrina a individuare due veri e propri "tipi" di obbligazioni solidali distinti¹³.

La riflessione più recente e ormai prevalente, al contrario, ha chiarito che la solidarietà non è altro che un modo di attuazione delle obbligazioni plurisoggettive, consistente nei tratti minimi individuati dall'articolo 1292 c.c. (facoltà per il creditore di chiedere l'intera prestazione ad uno solo dei debitori a sua scelta, ed effetto liberatorio per tutti dell'adempimento da parte di uno dei debitori):

¹⁰ V. M. ALLARA, *Delle obbligazioni (Corso)*, Torino, 1939, 58 s.; G. AMORTH, *L'obbligazione solidale*, Milano, 1959, 22; D. RUBINO, *Delle obbligazioni (Art. 1285-1320)*, in *Commentario Cod. Civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1968, 135.

¹¹ V. L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1948, 183 ss.; A. MATTEUCCI, *Solidarietà del fideiussore e suo debito non pecuniario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, 1345 s., il quale traccia una sintesi completa delle diverse posizioni rinvenibili tanto nella dottrina italiana quanto in quella tedesca (*ivi*, 1320 ss.).

¹² V. D. RUBINO, *Delle obbligazioni*, cit., 133 ss., spec. 139 ss.; l'Autore esclude però dalla solidarietà la delegazione cumulativa, mancando la possibilità per il delegato di rivolgersi indifferentemente a delegante o delegato (su questo punto v. *infra*, n. 3), mentre ricomprende nella solidarietà impropria i casi delle obbligazioni cambiarie ex art. 54, 1° comma, l. camb., e della solidarietà nella responsabilità extracontrattuale ex art. 2055 c.c.

¹³ V. M. GIORGIANNI, voce *Obbligazione solidale e parziaria*, in *Noviss. Dig. It.*, XI, Torino, 1965, 676, che definisce l'obbligazione solidale degli art. 1292 ss. "obbligazione solidale parziaria", per evidenziare come il meccanismo solidale verso l'esterno non strida con una parziarietà interna dell'obbligazione.



le differenze di disciplina non sono il frutto del diverso atteggiarsi di tipi diversi di solidarietà, bensì sono la conseguenza di differenze strutturali o funzionali dei sottostanti rapporti obbligatori, sui quali la solidarietà per così dire “reagisce” in modo diverso, abdicando da alcuni dei tratti previsti in sede propria, per sottostare invece alle discipline speciali dei rapporti stessi¹⁴.

Di qui gli sforzi dottrinali di esaminare nel dettaglio come la disciplina delle obbligazioni solidali si discosti dalle regole poste dagli artt. 1292 ss. nei vari casi di unicità o diversità della *causa obligandi*.

La più nota è la tesi strutturale, che fa discendere dall'unicità di fonte l'esistenza di un'unica obbligazione soggettivamente complessa, disciplinata *in toto* dalle regole generali sulla solidarietà nonché, per analogia, dalle regole della comunione dei diritti reali, mentre dalla pluralità di fonti deriverebbero più obbligazioni separate, nelle quali i soggetti “non interessati” obbligati in solido (su cui cioè non ricade il peso economico del debito) sarebbero sempre dei garanti, assoggettati quindi alla disciplina propria della fideiussione, quanto ad esempio al regime delle eccezioni e alla trasmissibilità “unidirezionale” delle vicende estintive dell'obbligazione¹⁵: a titolo meramente esemplificativo, nel primo caso sorgerebbe dopo l'adempimento il diritto di regresso tra condebitori (strumento che serve a parificare le posizioni dei contitolari allorché ci sia una solidarietà “a interesse comune”), e non la surrogazione legale *ex art.* 1203 n. 3, mentre nella seconda ipotesi il garante che adempie potrebbe solo valersi della surrogazione, che entra in gioco quando si adempie un obbligo fondato su un titolo diverso¹⁶.

¹⁴ Per questa impostazione, v. F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, cit., 53 ss., il quale fa leva sulla differenza di struttura tra le obbligazioni *soggettivamente complesse*, che si traducono in un rapporto obbligatorio unitario, caratterizzato dalla contitolarità di più soggetti nel debito o nel credito, e le obbligazioni invece senza *eadem causa obligandi*, in cui abbiamo più rapporti obbligatori (quello del debitore principale e quello del garante): ad entrambe le categorie si può applicare il modo d'attuazione solidale. V. altresì ID., voce *Obbligazioni soggettivamente complesse*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, 335 ss. Analogo è il punto di partenza di G.F. CAMPOBASSO (*Coobbligazione cambiaria*, cit., 148 ss.), che pure pone l'accento sull'essere la solidarietà un modo di attuazione di rapporti obbligatori, ma fa discendere la differenza di disciplina tra le obbligazioni solidali a interesse comune e quelle a interesse unisoggettivo non dal dato strutturale, bensì da quello funzionale (nella seconda categoria di obbligazioni saremmo di fronte a una solidarietà “disuguale”, fondata su un trattamento non paritario dei condebitori, che discenderebbe dalla causa, dal titolo dell'obbligazione solidale facente capo al soggetto “non interessato”). *Contra*, nel senso che la solidarietà non può tradursi in semplice modo d'attuazione di obbligazioni plurisoggettive, ma caratterizzerebbe il rapporto obbligatorio come unitario fin dal suo nascere, condizionandone la disciplina non solamente nella fase dell'esecuzione, C. MIRAGLIA, *Pluralità di debitori e solidarietà*, Napoli, 1984, 97 ss., 111 ss.

¹⁵ V. F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, cit., 39, 63 ss., ove si sottolinea inoltre l'inapplicabilità degli articoli 1307 (effetti dell'inadempimento imputabile ad uno dei condebitori), 1310, 1° comma (atti interruttivi della prescrizione) e, in parte, dell'art. 1293 (modalità varie dei singoli rapporti), che si concilierebbero solo con la struttura unitaria dell'obbligazione soggettivamente complessa.

¹⁶ V. F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, cit., 426 ss. Si tenga presente che si tratta di una tesi che strida con quanto ritenuto dalla dottrina largamente prevalente (per tutti M. GIORGIANNI, *op. cit.*, 684; D. RUBINO, *op. cit.*, 233 ss.) e dall'unanime giurisprudenza, che riconoscono al condebitore che ha pagato entrambe le tutele (regresso e surrogazione legale), ancorché in via alternativa. Particolare la posizione di B. GRASSO (*Surrogazione legale e solidarietà*, oggi in *Saggi di diritto civile*, 2ª ed., Napoli, 1994, 69 ss.), secondo il quale la surrogazione sarebbe sempre incompatibile con la solidarietà (sia a interesse comune che unisoggettivo), perché non potrebbe aver luogo nei casi in cui chi esegue la prestazione sia anche debitore, visto che l'adempimento estinguerebbe sia il credito che il debito, e non ci sarebbe più un rapporto nel cui lato attivo subentrare (l'Autore svaluta la lettera dell'art. 1203 n. 3 nella parte in cui dice “essendo tenuto con altri o per altri”, e valorizza invece l'interesse a soddisfare il debito altrui): l'art. 1949 (che prevede

Chiara la differenza rispetto alla tesi cosiddetta “quantitativa” della dottrina tradizionale, aderente alla lettera del codice, che fa discendere dalla comunanza o meno dell’interesse soltanto l’esistenza o meno di una ripartizione interna del peso del debito: se c’è obbligazione solidale a interesse comune, opera la ripartizione in parti, che si presumono uguali, ai sensi degli artt. 1298 e 1299, e la correlativa disciplina del regresso tra condebitori, oltre che tutte le norme che postulano una “parziarietà interna” dell’obbligazione, individuando un’estensione *pro quota* degli effetti di alcune vicende dell’obbligazione (artt. 1300, 1301, 1302, 1311); se l’interesse è di uno solo dei debitori in solido, tutti sarebbero comunque obbligati in via principale e paritaria verso il creditore, ma all’interno non ci sarebbe alcuna ripartizione del peso economico del debito, che graverebbe sull’unico debitore nel cui interesse è stata contratta l’obbligazione, e pertanto anche vicende estintive quali novazione, remissione, compensazione e confusione, qualora si verificassero per il condebitore privo di interesse, non si estenderebbero mai al condebitore “interessato” (ma sarebbe vero solo l’inverso). La unidirezionalità della propagazione degli effetti non discenderebbe tuttavia dall’applicazione della normativa in materia di fideiussione, ma dallo stesso art. 1298 c.c., dalla mancanza di interesse di alcuni dei condebitori¹⁷.

Sull’altro versante, la tesi che costituisce il fondamento del recente indirizzo giurisprudenziale in materia di accollo fa derivare dall’unicità o meno della fonte delle obbligazioni in solido una sostanziale differenza funzionale dei rapporti obbligatori, ricavando dal diverso assetto d’interessi sottostante una diversità di disciplina, che deriverebbe però sempre dall’esserci un rapporto principale e uno di garanzia, non da una presunta diversità strutturale dei rapporti (questi sarebbero sempre più d’uno, senza che si possa avere contitolarità nel debito)¹⁸: in particolare, tale diversità di disciplina, potremmo dire “funzionale”, non riguarderebbe solo il regresso e la propagazione degli effetti delle vicende dell’obbligazione all’interno del ceto debitorio, ma si tradurrebbe sempre in una sussidiarietà dell’obbligazione “in garanzia” rispetto a quella “principale”, cosicché il creditore dovrebbe sempre rivolgersi a quest’ultimo prima che all’obbligato in garanzia¹⁹.

Oltre a ciò, l’Autore che per primo ha sostenuto l’esistenza di questa forma di “solidarietà disuguale”, non paritaria, nelle obbligazioni solidali nascenti da fonti diverse, ha cercato di enucleare la disciplina, applicandovi quelle norme dettate in materia di fideiussione, che non sono conseguenza

la surrogazione per il fideiussore) si applicherebbe solo alla fideiussione con beneficio di preventiva escussione del debitore principale (che, come si dirà nel paragrafo successivo, non dà luogo ad un’obbligazione solidale).

¹⁷ È la tesi di D. RUBINO, *op. cit.*, 153 ss., 225 ss., che parte dal presupposto, come visto *supra*, che nella fideiussione non si abbia una vera solidarietà, per mancanza dell’*eadem causa obligandi*.

¹⁸ V. G.F. CAMPOBASSO, *op. cit.*, 247 s.; 347 ss.

¹⁹ Così ancora G.F. CAMPOBASSO, *op. cit.*, 364 ss., che ricava la sua idea da una serie di ipotesi legislativamente previste, tra cui la disciplina della fideiussione, l’assunzione del debito altrui, la coobbligazione cambiaria, la responsabilità per trasferimento di azioni o quote non interamente liberate, la cessione del contratto. Sulle varie forme di sussidiarietà e sulla tesi in discorso si tornerà nel paragrafo seguente.



dell' *accessorietà* di quest'ultima, ma semplicemente della causa di garanzia che la sorregge, dell'essere quella del fideiussore un'obbligazione nell'interesse esclusivo di un altro soggetto. Pertanto gli effetti della novazione, della remissione, della compensazione, della confusione e della rinuncia alla solidarietà, sarebbero regolati proprio dalle norme della fideiussione (artt. 1239, 1° comma; 1247, 1° comma; 1253; 1944), perché fondate sull'esclusività dell'interesse, e non dalle norme generali che regolerebbero solo la "solidarietà uguale"; all'opposto, delle norme generali sulla solidarietà, sarebbero applicabili quelle neutre, che non presuppongono cioè una partizione interna del peso economico dell'obbligazione e una parità tra gli obbligati, come quelle degli articoli 1304-1310 c.c.²⁰.

Non è questa la sede per entrare nel merito, e soprattutto per analizzare le conseguenze applicative di dettaglio, dell'una o dell'altra delle due impostazioni sopra descritte per sommi capi.

Quel che preme da subito rilevare, tuttavia, è che l'impostazione funzionale, pur partendo da una critica alle facili generalizzazioni, e da un'attenzione giustamente portata alle svariate declinazioni che il meccanismo della solidarietà può avere, giunge ad elaborare una sistematizzazione delle varie ipotesi di solidarietà "diseguale" che a sua volta è frutto di una generalizzazione: l'idea che l'obbligazione solidale nascente da fonte diversa sia sempre un'obbligazione sussidiaria, in secondo piano rispetto a quella principale, mi sembra un assunto tutt'altro che dimostrato, e soprattutto in netto contrasto con quello che nel nostro ordinamento rappresenta la solidarietà fra debitori.

La solidarietà non è una fattispecie, ma un meccanismo di attuazione di obbligazioni con più soggetti sul lato attivo o passivo, i cui presupposti e caratteri sono solo quelli ricavabili dall'art. 1292 c.c.²¹, e che si può conciliare sia con l'unicità che con la pluralità di fonti. Soprattutto, è un meccanismo che nasce per tutelare il creditore, assicurandogli la possibilità di andare da uno qualsiasi dei debitori, a sua discrezione, a pretendere l'adempimento per l'intero: pertanto qualsiasi deroga a questo meccanismo, nel senso di individuare un rapporto di sussidiarietà tra obbligazioni, non può certo derivare da semplici esigenze di tutela del debitore che assume la veste di garante, ma semmai da precise scelte del legislatore o delle parti contraenti, che consentano di ridimensionare il descritto *favor creditoris*²².

²⁰ V. G.F. CAMPOBASSO, *op. cit.*, 347 ss.

²¹ Così rileva lo stesso G.F. CAMPOBASSO (*op. cit.*, 148 ss.) nel prendere le mosse della sua indagine. V. sul punto soprattutto G. BISCONTINI, *Solidarietà fideiussoria*, cit., 39 ss. (la solidarietà "non è istituto ma meccanismo, del quale si può soltanto spiegare la funzione e il modo di operare. Il concetto di solidarietà è quello descritto dall'art. 1292 cod. civ.": *ivi*, 46).

²² Si veda ancora G. BISCONTINI, *op. ult. cit.*, 51 ss., spec. 55. Nello stesso senso A. DI MAJO, voce *Obbligazioni solidali*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, 307 ss.: il vincolo di solidarietà è il medesimo sia nella comunione d'interessi che quando questa manchi, e la funzione del vincolo "è principalmente di eguagliare le posizioni soggettive nei rapporti esterni col creditore con tutti gli effetti che conseguono a tale «eguagliamento»" (*ivi*, 308). Pure B. GRASSO (*Assunzione cumulativa del debito e beneficium ordinis*, in *Saggi*, cit.,

Non a caso, quando il legislatore del '42, per la pressione del mondo economico, intese rafforzare l'efficacia della garanzia fideiussoria, tutelando maggiormente il creditore, abbandonò l'impostazione del codice del 1865, che faceva dell'obbligazione fideiussoria un'obbligazione condizionata all'inadempimento del debitore garantito, imponendone la preventiva escussione, e stabilì invece all'art. 1944 che il fideiussore "è obbligato in solido col debitore principale al pagamento del debito": proprio per consentire al creditore, alla scadenza, di rivolgersi indifferentemente all'uno o all'altro, come il meccanismo solidale richiede²³.

Su questi temi torneremo più avanti, ma l'importante è capire che il vincolo solidale è quello minimo sopra descritto, indipendentemente dagli interessi sottesi, che possono indurre a variare la disciplina applicabile, ma giammai a derogare, senza un'espressa previsione, a quella parità nei rapporti verso il creditore di cui si parlava.

Piuttosto, la vera distinzione tra obbligazioni plurisoggettive nascenti dalla stessa fonte o meno va rinvenuta nell'applicabilità della presunzione legale portata dall'art. 1294 c.c. È infatti convinzione della prevalente dottrina che la disposizione per cui, in presenza di più condebitori, il regime sia quello della solidarietà, salvo che la legge o il titolo non prevedano diversamente, valga esclusivamente per le obbligazioni soggettivamente complesse, cioè per le obbligazioni plurisoggettive aventi la medesima *causa obligandi*, caratterizzate da una parziarietà interna che evidenzia la comunione d'interessi sottostante²⁴.

Il nostro codice ha superato l'impostazione individualista propria del diritto romano e dei codici di matrice liberale ottocenteschi, che valorizzavano la parziarietà e vedevano nell'attuazione solidale un'eccezione²⁵, per accogliere invece una presunzione (o forse sarebbe meglio parlare di vera e

142) sottolinea che, essendo la solidarietà passiva prevista nell'esclusivo interesse del creditore, non può subire modificazioni da "situazioni che, per essere *interne* al gruppo dei condebitori, non possono che risultare del tutto estranee al creditore stesso e perciò affatto irrilevanti rispetto ad un regime che tutela soltanto gli interessi di quest'ultimo".

²³ V. A. GIUSTI, *La fideiussione*, cit., 39 ss., anche per riferimenti; G. BISCONTINI, *Assunzione di debito e garanzia del credito*, Napoli, 1993, 32 ss.

²⁴ V. per tutti M. GIORGIANNI, *op. cit.*, 677, che però ritiene inapplicabile la regola dell'art. 1294 solo ove manchi l'unicità della prestazione, perché ad esempio il garante sia tenuto non per la medesima prestazione, ma solo a pagare in solido il risarcimento, in caso di inadempimento di una prestazione infungibile (l'Autore nega per lo stesso motivo l'estensibilità della regola generale alle obbligazioni "connesse" o "collettive"); F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, cit., 38 ss., secondo il quale, sulla scorta dell'espresso riferimento della Relazione ministeriale al Codice, la regola va riferita ai casi di comunione d'interessi, solo in questo caso potendo ravvisarsi un "condebito" e un principio di parità di trattamento (*ivi*, 360 ss.), mentre, nel caso di obbligazioni a interesse unisoggettivo, per renderle solidali servirebbe un'espressa previsione di legge o delle parti (come accade per la fideiussione all'art. 1944); C. MIRAGLIA, *op. cit.*, 77 ss. *Contra* D. RUBINO, *op. cit.*, 155, che, per quanto rilevando l'opinabilità della soluzione, ritiene che la regola valga anche per le obbligazioni plurime a interesse unisoggettivo come nella fideiussione, per cui occorrerebbe una norma espressa di legge per derogare alla solidarietà (con la previsione della sussidiarietà: ma su questo punto si rinvia al paragrafo successivo); e soprattutto G.F. CAMPOBASSO, *op. cit.*, 158 ss., che estende la definizione di "condebito" a tutte le ipotesi in cui più soggetti siano tenuti ad eseguire una medesima prestazione che soddisfi uno stesso interesse creditorio (per una critica a questa tesi, v. G. BISCONTINI, *Solidarietà fideiussoria*, cit., 52 ss.).

²⁵ V. A. DI MAJO, *op. cit.*, 304. La norma dell'art. 1294 trae la sua origine dall'art. 40 del Codice di Commercio del 1882, e costituisce un'importante innovazione rispetto al Codice Civile del 1865, il quale accoglieva il principio opposto (art. 1188: "L'obbligazione in solido non si presume, ma debb'essere stipulata espressamente. Questa regola non cessa, fuorché ne' casi nei quali l'obbligazione in solido ha luogo di diritto in forza della legge").



propria regola²⁶) generale di solidarietà passiva: ma questo solo quando ci si trovi di fronte a situazioni di “condebito”, una situazione di comunanza di interessi tra debitori che giustifica il loro trattamento tendenzialmente paritario e la *libera electio* del creditore. Quando invece le obbligazioni di più soggetti siano nell’interesse di uno soltanto dei debitori (e ciò accade quando i debiti nascono da fonti diverse), il meccanismo d’attuazione solidale può sicuramente esserci, ma deve essere previsto dalla legge o dal titolo, e costituisce un rafforzamento della garanzia dell’adempimento posto a vantaggio esclusivo del creditore²⁷.

Così tratteggiata per sommi capi la nozione – unitaria – di solidarietà, a seconda della comunanza o esclusività dell’interesse debitorio sottostante, va ora esaminata più nel dettaglio la nozione di *sussidiarietà* tra rapporti obbligatori, per capire fino a che punto un ordine successivo nella facoltà del creditore di rivolgersi ai più debitori sia compatibile con quella *libera electio* che sembra presupposta dall’art. 1292 c.c.²⁸.

3. Si parla di *sussidiarietà* quando tra più debitori di uno stesso creditore è previsto un ben preciso ordine che il creditore deve osservare nel far valere le proprie ragioni: tradizionalmente vi si fanno rientrare il *beneficium excussionis*, che si ha quando il creditore deve agire anche esecutivamente contro il debitore principale, e solo qualora resti in tutto o in parte insoddisfatto può chiedere l’adempimento al debitore sussidiario; e il *beneficium ordinis*, che implica invece un semplice onere di preventiva richiesta, senza la necessità di agire prima esecutivamente sul patrimonio del debitore principale²⁹. In entrambi i casi si tratta di una modalità esecutiva dei rapporti

²⁶ Così D. RUBINO, *op. cit.*, 139.

²⁷ È quanto accade non solo nella fideiussione, ma, per quanto ora ci interessa, nei casi di assunzione cumulativa del debito altrui: gli artt. 1272, 1° comma, e 1273, 3° comma, c.c., rispettivamente per espromissione e accollo, parlano espressamente di “obbligati in solido”, ma la solidarietà opera anche nella delegazione *promittendi*, come meglio di vedrà *infra*.

²⁸ Sul diritto del creditore di scegliere a quale dei debitori in solido richiedere la prestazione, v. Cass., 14 luglio 2006, n. 16125, in *Foro it.*, 2007, I, 1552 ss. *Contra* U. LA PORTA, *L’assunzione del debito altrui*, cit., 38 ss., il quale sottolinea che l’attuale codice non ha riprodotto l’art. 1189 c.c. del 1865 (“Il creditore può rivolgersi contro uno fra i debitori a sua scelta, senza che il debitore possa opporgli il beneficio della divisione”), per concludere nel senso della “decisa consapevolezza legislativa di espungere la *libera electio* del creditore dalle regole di funzionamento della solidarietà passiva”, per ritenere invece legata all’assetto d’interessi sottostante i rapporti obbligatori solidali: la solidarietà passiva sarebbe caratterizzata da questo diritto di libera scelta solo se “uguale”, mentre dalla intrinseca sussidiarietà se “disuguale” (l’Autore sposa così la tesi di G.F. CAMPOBASSO). A parte l’insufficienza dell’argomento letterale, visto che il legislatore avrebbe ben potuto reputare pleonastica la previsione in quanto implicita nel dettato dell’art. 1292 (dove si dice che “ciascuno può essere costretto all’adempimento per la totalità”), a me sembra improbabile che il legislatore abbia voluto così menomare le prerogative creditorie, per tener dietro ai vari interessi degli obbligati in solido, nello stesso momento in cui invece adottava una normativa, in parte mutuata dal Codice di Commercio, di totale favore per il creditore: si pensi alla nuova disciplina della fideiussione, che eliminava la naturale sussidiarietà del fideiussore per parificarlo con l’obbligato principale (v. *supra*, n. 1), o ancor più alla generale presunzione di solidarietà passiva dell’art. 1294 (che prima trovava posto solo nell’art. 40 del Cod. Comm. 1882). Piuttosto, mi sembra più plausibile ritenere che, per il codice del ’42, la *libera electio* del creditore, per quanto principio generale in materia di solidarietà passiva per il più volte sottolineato *favor creditoris*, non sia un elemento essenziale del meccanismo solidale, ma un semplice elemento naturale: la legge o le parti possono derogarvi, creando obbligazioni sussidiarie (v. *infra*, n. 3), ma questo non incide sulla nozione generale e unitaria di solidarietà (quale si ricava dall’art. 1292), nel senso che la deroga legale o pattizia sarà consentita tanto nei casi di solidarietà a interesse comune, quanto nei casi di solidarietà a interesse unisoggettivo.

²⁹ È discusso se in capo al creditore possa ravvisarsi la situazione giuridica soggettiva dell’obbligo o dell’onere, ma prevale nettamente la seconda tesi, per la mancanza di una reazione sanzionatoria di tipo risarcitorio nel caso di una mancata osservanza dell’*ordo successivus*: v. G. BISCONTINI, *Solidarietà fideiussoria*, cit., 29.

obbligatori plurisoggettivi sul lato passivo, la quale va tenuta distinta dalla *accessorietà*, che attiene invece alla causa del negozio che funge da titolo dell'obbligazione (individuando quindi una stretta dipendenza funzionale da un'obbligazione "principale"); accessorietà che al più potrà essere un semplice presupposto della sussidiarietà, attenendo quest'ultima ad un profilo effettuale³⁰.

Se la dottrina più tradizionale reputava la sussidiarietà incompatibile con la solidarietà, o per lo meno con la solidarietà a interesse comune, paritaria, che comunque veniva vista come la vera e propria solidarietà, caratterizzata come detto dalla *libera electio* del debitore a cui chiedere l'adempimento per l'intero³¹, la dottrina degli ultimi decenni, tenendo dietro a quanto normalmente accade nella prassi negoziale, e soprattutto a quanto previsto in diversi casi dal legislatore³², è giunta a ritenere non solo che possano esservi obbligazioni solidali che, per previsione contrattuale o normativa, siano poste in un rapporto di sussidiarietà l'una con l'altra, ma che in ogni caso questo non infici mai la loro natura di obbligazioni solidali³³.

In realtà, come rilevato dalla dottrina più attenta, mentre il beneficio di preventiva richiesta può conciliarsi con l'attuazione solidale, e rientra tra le "modalità diverse" che è possibile pattuire per l'adempimento delle obbligazioni in solido (art. 1293 c.c.)³⁴, il beneficio di preventiva escussione è incompatibile con il permanere della solidarietà³⁵. Se la *libera electio* da parte del creditore è un elemento naturale ma non essenziale della solidarietà³⁶, e può essere quindi esclusa dalle parti o dalla legge con la previsione di un beneficio d'ordine, rimane invece effetto essenziale e qualificante dell'attuazione solidale il potere del creditore di chiedere a ciascun debitore l'intera prestazione: così non accade ove sia previsto il *beneficium excussionis*, non tanto perché l'obbligazione del debitore "beneficiario" risulti condizionata alla infruttuosa esecuzione sul patrimonio dell'altro – ed è tutto da

³⁰ Per la differenza tra i due concetti, in tema di fideiussione, v. A. GIUSTI, *op. cit.*, 33 ss. È chiaro che l'obbligazione del fideiussore, vista la causa che sorregge il contratto di fideiussione, sia accessoria, mentre è tutto da dimostrare che sia in qualche modo sussidiaria rispetto all'obbligazione garantita, in assenza di una specifica pattuizione.

³¹ V. F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, II, Milano, 1946, 451 s.; L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, I, cit., 223; R. MICCIO, *op. cit.*, 491 s.; D. RUBINO, *op. cit.*, 140 ss., 155 s.

³² Si pensi alla fideiussione, in cui si dispone la solidarietà, ma si prevede la possibilità di pattuire il beneficio di preventiva escussione (art. 1944, 2° comma, c.c.); ai coobbligati cambiari, espressamente definiti obbligati in solido (art. 54, 1° comma, l. camb.), ma che si distinguono in obbligati principali (emittente o accettante, e i loro avvallanti) e obbligati di secondo grado, "in garanzia" (traente, girante); a chi alieni azioni o quote non interamente liberate, che è obbligato in solido con l'acquirente per i versamenti ancora dovuti, ma a cui il codice riconosce il beneficio della preventiva richiesta all'acquirente (oggi artt. 2356, 3° comma, e 2472, 2° comma, c.c.); a quanto previsto nella delegazione cumulativa dall'art. 1268, 2° comma, c.c. e nella cessione del contratto all'art. 1408, 2° comma, c.c.

³³ È quanto comunemente si dice nelle opere trattatistiche o manualistiche: cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile. 4. L'obbligazione*, Milano, 2012, 713; A. TORRENTE – P. SCHLESINGER, *Manuale di Diritto Privato*, a cura di Anelli e Granelli, 20° ed., Milano, 2011, 372.

³⁴ V. P. RESCIGNO, *Studi sull'accollo*, cit., 68; G. AMORTH, *op. cit.*, 13 ss.; G.F. CAMPOBASSO, *Coobbligazione cambiaria*, cit., 174 ss.; A. DI MAJO, *op. cit.*, 312; G. BISCONTINI, *Solidarietà fideiussoria*, cit., 60 ss.

³⁵ Ed infatti, in materia di fideiussione, dall'entrata in vigore del Codice del '42, che come visto rese solidale un'obbligazione che prima non lo era (v. *supra*, n. 2), si usa nella pratica distinguere una fideiussione "semplice" (con beneficio d'escussione) ed una "solidale" (quella dell'art. 1944, 1° comma), di fatto invertendo il rapporto regola-eccezione fissato dal legislatore: v. M. FRAGALI, *Delle obbligazioni (Fideiussione – mandato di credito, Art. 1936-1959)*, in *Comm. Cod. Civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1957, 266 ss.; D. RUBINO, *op. cit.*, 142; G. FERRI, *L'applicazione dell'art. 1957 cod. civ. alla fideiussione solidale*, in *Riv. dir. comm.*, 1974, II, 359 ss., in nota a Cass., 29 marzo 1974, n. 886.

³⁶ V. *supra*, nota 28.



verificare se l'apposizione di un elemento accidentale così "invasivo", quale è la condizione, che incide sull'esistenza stessa del rapporto, non valga a far cessare di per sé il vincolo di solidarietà³⁷ –, ma soprattutto perché la prestazione dovuta non è più la stessa, manca quell'identità di prestazione che è l'essenza stessa della solidarietà (il debitore beneficiario è fin da principio tenuto ad eseguire un'obbligazione avente ad oggetto non l'intera prestazione in quanto tale, ma quella parte che il creditore non sia riuscito ad ottenere dall'escusso)³⁸.

Escluso quindi che due debitori possano essere obbligati in solido se uno goda del beneficio della preventiva escussione dell'altro, resta fermo come detto che la solidarietà è ben possibile se uno goda del semplice beneficio della preventiva richiesta. Da qui però a dire che, in ogni caso di solidarietà nascente da fonti diverse, la sussidiarietà sia la regola, mi sembra ce ne passi.

Innanzitutto perché si è visto che il concetto generale di solidarietà accolto nel nostro codice è un altro, ancorché derogabile dalla legge o dall'autonomia privata: non a caso, proprio in tema di assunzione cumulativa del debito, quando il legislatore introduce la sussidiarietà della preventiva richiesta (nella delegazione, art. 1268, 2° comma) non si fa alcun cenno alla solidarietà tra gli obbligati, mentre nell'espromissione e nell'accollo si parla espressamente di obbligazioni solidali (retaggio probabilmente della superata ricostruzione dottrinale fautrice dell'incompatibilità tra solidarietà e sussidiarietà, ma comunque testimonianza di una particolare attenzione del codice alla *libera electio* tra debitori in solido).

In secondo luogo perché, nel caso più importante di obbligazioni solidali a interesse unisoggettivo (la fideiussione) è pacifico che ricorra la *libera electio* ove non sia pattuito diversamente³⁹.

In terzo luogo perché, a ben vedere, i casi legislativamente previsti di obbligazioni solidali sussidiarie riguardano settori dell'ordinamento alquanto disparati, e traggono la loro ragion d'essere da esigenze affatto particolari.

Così, per esempio, la responsabilità dell'alienante azioni o quote non interamente liberate (artt. 2356 e 2472 c.c.) è sussidiaria perché il legislatore ha voluto per un verso derogare ai principi generali,

³⁷ L'art. 1293 c.c., che parla di "modalità varie" dei singoli rapporti in solido, non ha riprodotto l'art. 1187 c.c. 1865, che menzionava espressamente termine e condizione. E la più attenta dottrina distingue le "diverse modalità" di esecuzione della prestazione, dalla condizione apposta solo ad una delle obbligazioni in solido: questa, incidendo sull'esistenza stessa del rapporto, sarebbe incompatibile con un rapporto obbligatorio unitario, in contitolarità (l'obbligazione soggettivamente complessa), e si concilierebbe solo con l'esistenza di più obbligazioni distinte. Così A. MATTEUCCI, *op. cit.*, 1354, nt. 111, e F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, cit., 63, nt. 120.

³⁸ V. G.F. CAMPOBASSO, *op. cit.*, 178 s.; G. BISCONTINI, *Solidarietà fideiussoria*, cit., 131 ss., spec. 142 ss. Questo sia quando il beneficio operi per legge (es. art. 2304 c.c. per la responsabilità del socio di s.n.c. in liquidazione, e 2461, per quella del socio accomandatario di una s.a.p.a.), sia quando operi in via di eccezione (es. art. 1944, 2° comma, e 2268, sulla responsabilità del socio di società semplice): la semplice possibilità di sollevare la relativa eccezione, farebbe venir meno il vincolo della solidarietà.

³⁹ V. *supra*, n. 2.

che avrebbero voluto il dante causa spogliarsi della partecipazione sociale con tutte le obbligazioni ad essa inerenti, mantenendolo invece obbligato in garanzia, e per altro verso, per non aggravare eccessivamente la sua posizione, ha previsto per il creditore un onere di preventiva richiesta all'acquirente: è stata insomma una scelta normativa consapevole, dettata da esigenze specifiche⁴⁰. O, ancora, l'art. 1408, 2 ° comma, c.c., prevede che, nella cessione del contratto con accollo cumulativo delle situazioni passive, il cedente rimanga obbligato sussidiariamente: ma questo non perché nell'accollo cumulativo ci sia per forza degradazione a sussidiaria della responsabilità dell'accollato⁴¹, ma perché se fosse possibile andare direttamente dal cedente il contraente ceduto sarebbe favorito, a tacer d'altro per il fatto che non potrebbe più vedersi sollevare dal cedente l'eccezione di inadempimento, non avendo più quest'ultimo alcun credito nei suoi confronti (credito che è passato, con la cessione, al cessionario del contratto)⁴²: insomma la norma è dettata da esigenze di tutela del sinallagma nella fase della cessione della posizione contrattuale, non è applicazione di un presunto principio generale. Ancora più specifici sono i presupposti della sussidiarietà tra coobbligati cambiari, o nella responsabilità del socio, dell'associato e del consorziato negli articoli 2267, 38 e 2615 c.c.⁴³.

È insomma facile scorgere in queste norme un'eccezione ad un principio generale che si muove in direzione diametralmente opposta: è pertanto impossibile un'applicazione analogica di queste norme, sia in chiave di *analogia legis* che di *analogia juris*, reputandole espressione di un principio generale che è tutto da dimostrare.

Piuttosto, il legislatore ha temperato il normale *favor creditoris*, proprio della solidarietà passiva, per venire incontro a esigenze derivanti da singoli, particolari, assetti d'interessi concreti (e lo stesso possono fare i privati, sempre che la causa del contratto sostenga siffatta "degradazione a sussidiaria" di una delle obbligazioni); ma da ciò non si può dedurre che la semplice pluralità di fonti dia luogo, meccanicamente e senza valutare gli interessi concreti sottostanti, a sussidiarietà. La valutazione funzionale è fondamentale nel cogliere il rapporto tra i vari obbligati, ma deve essere una valutazione concreta, da condursi caso per caso, che rifugge qualsiasi generalizzazione.

Accanto alle due forme tradizionali di sussidiarietà, e per superare l'obiezione dell'esistenza di casi in cui la pluralità di fonti non dà luogo a degradazione a sussidiaria di una delle obbligazioni in solido (il punto è pacifico nella fideiussione, ma come si dirà può benissimo applicarsi anche

⁴⁰ V. G. BISCONTINI, *Solidarietà fideiussoria*, cit., 55; B. GRASSO, *Assunzione cumulativa del debito*, cit., 146 s.

⁴¹ Così R. CICALA, *Espromissione*, in *Saggi sull'obbligazione e le sue vicende*, cit., 131 ss.; ID., voce *Espromissione*, in *Enc. giur. Treccani*, XIII, Roma, 1989, 7 s.; G.F. CAMPOBASSO, *Coobbligazione cambiaria*, cit., 330 ss. Sull'accollo cumulativo, v. *infra*, n. 6.

⁴² V. B. GRASSO, *Assunzione cumulativa del debito*, cit., 144 ss.: "In assenza dell'onere della preventiva richiesta al cessionario, infatti, il contraente ceduto sarebbe spinto ad esigere l'adempimento innanzi tutto dal contraente originario (debitore accollato), proprio allo scopo di disattendere l'obbligo di offrire contemporaneamente la sua prestazione, e dunque al fine di alterare (unilateralmente) a suo vantaggio il vincolo della corresponsività" (*ivi*, 145).

⁴³ Per una critica alla ricostruzione di queste fattispecie come casi di solidarietà disuguale, v. ancora G. BISCONTINI, *op. ult. cit.*, 78 ss.



all'assunzione del debito), la dottrina che qui si contesta ha allora elaborato una terza forma di sussidiarietà: quella consistente nel c.d. “beneficio della preventiva attesa”, nel fatto insomma che non si possa andare a chiedere la prestazione dell'obbligato “in garanzia”, prima che sia scaduta e si sia verificato l'inadempimento dell'obbligazione principale⁴⁴.

Innanzitutto si tratta di un carattere dell'obbligazione solidale piuttosto equivoco: può coniugarsi con le obbligazioni *portables*, come quelle pecuniarie, o comunque soggette a mora *ex re*, in cui inadempimento e mora si verificano automaticamente alla scadenza del termine di adempimento (ma in questo caso significa semplicemente che le obbligazioni solidali hanno lo stesso termine di adempimento), mentre nelle obbligazioni *quérables* – almeno secondo una diffusa teorizzazione per cui, finché il creditore non provvede alla messa in mora, richiedendo l'adempimento, si suppone che tolleri il ritardo e non si può parlare di inadempimento imputabile⁴⁵ – l'onere di “preventiva attesa” si tradurrebbe in realtà nel già scartato onere della preventiva richiesta. Anche accedendo alla tesi avversa, per cui pure nelle obbligazioni *quérables* il semplice ritardo già configurerebbe un inadempimento imputabile⁴⁶, nuovamente si finirebbe col dire che semplicemente l'obbligazione dell'obbligato in solido ha lo stesso termine di scadenza dell'altra nascente da fonte diversa: che peraltro è pure la caratteristica normale (salva la pattuizione di “modalità diverse” *ex art.* 1293 c.c.) anche della solidarietà classica con *eadem causa obligandi*, onde non si riesce a scorgere una vera e propria “degradazione a sussidiaria” di una delle obbligazioni nascenti da fonte diversa.

Il fatto è che quando si parla di “preventiva attesa” si parla di qualcosa che con la sussidiarietà non ha nulla a che vedere: questa si ha solo con l'introduzione di un vero e proprio ordine tra obbligati in solido, che funge da regolamento operativo del modo d'attuazione solidale dei rapporti obbligatori. Se invece dico che per andare ad esigere la prestazione da uno degli obbligati devo attendere la scadenza dell'altra obbligazione, non sto individuando un ordine ben preciso tra le due pretese

⁴⁴ Questa linea di pensiero prende l'avvio dalla tesi di M. FRAGALI (*Delle obbligazioni*, cit., 74 ss.), isolata sotto la vigenza del codice del '42, della sussidiarietà dell'obbligazione fideiussoria, secondo cui per rivolgersi al fideiussore occorre comunque rispettare un *beneficium ordinis*, che però non si traduce in un onere di preventiva richiesta, ma nella semplice attesa dell'inadempimento, alla scadenza, dell'obbligazione garantita. Cfr. B. GRASSO, *Assunzione cumulativa del debito*, cit., 159; U. LA PORTA, *L'assunzione del debito altrui*, cit., 37, 54 ss.

⁴⁵ V. G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, in *Cod. Civ. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 2006, 479 ss.; F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, tomo 1°, Padova, 2004, 84 ss.

⁴⁶ Il punto è reputato pacifico ai fini ad esempio della risoluzione del contratto, o dell'applicazione di una clausola penale, ma è molto più discusso, specie in giurisprudenza, l'immediato operare della responsabilità contrattuale nei casi sottratti alla c.d. “mora automatica”: da un lato non si vede la ragione di escludere il risarcimento del danno da ritardo in base ai principi generali, anche se si è ancora in una fase “fluida”, in cui il ritardo può evolvere in un adempimento tardivo – nel qual caso il risarcimento riguarderà solo il danno da ritardo – o in un inadempimento definitivo – e il risarcimento del danno da ritardo verrà assorbito nel più ampio danno da inadempimento; dall'altro, si ritiene che, nei casi rientranti nella mora per intimazione, il legislatore si sia ispirato al *favor debitoris* ed abbia quindi introdotto una presunzione di tolleranza del ritardo fino alla costituzione in mora (la giurisprudenza accoglie questo secondo orientamento). Per una sintesi di queste problematiche, che giocoforza esulano dallo scopo del presente lavoro, cfr. U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., 588 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile. 5. La responsabilità*, Milano, 1999, 82 ss.

creditorie, sto semplicemente fissando il termine di adempimento dell'obligato in solido: scaduto il termine, potrò ugualmente tornare a rivolgermi all'uno o all'altro del tutto indifferentemente.

Bene rileva, quindi, quella dottrina che rimarca come, in realtà, in questi casi di obbligazioni in solido a interesse unisoggettivo, non si possa parlare di sussidiarietà, ma si tratti semmai di delimitare l'oggetto dell'obbligazione solidale: che è poi l'oggetto (cioè la prestazione, con le sue modalità temporali di adempimento) del contratto fonte dell'obbligazione solidale (fideiussione, delegazione, espromissione, acollo, e via dicendo)⁴⁷.

Nella fideiussione è naturale che al fideiussore non possa essere chiesta la prestazione prima che al debitore garantito, ma questo non per una presunta sussidiarietà che si traduca in un onere di "preventiva attesa"; né soltanto per l'accessorietà propria della causa del contratto⁴⁸. Piuttosto è la stessa causa di garanzia che regge l'operazione a gettare luce sull'oggetto del contratto, sulla prestazione del fideiussore: questi è tenuto a garantire quella determinata obbligazione principale, cosicché il contenuto della sua prestazione fideiussoria risulterà modellato sull'obbligazione da garantire, e non potrà avere una scadenza anticipata⁴⁹.

Tanto questo è vero, che anche nel contratto autonomo di garanzia, ove pure manca l'accessorietà propria della fideiussione, il creditore non può andare dal garante prima che l'obbligazione principale sia scaduta: si tratta anche in questo caso di una prestazione di garanzia, modellata come tale sul debito da garantire⁵⁰. E anche in questo caso non si può certo parlare di sussidiarietà, ma di corretta determinazione dell'oggetto dell'obbligazione che il garante si è assunto con il contratto.

⁴⁷ V. G. BISCONTINI, *Solidarietà fideiussoria*, cit., 95 ss., spec. 101 ss.; ID., *Assunzione di debito*, cit., 85, 92.

⁴⁸ Se il creditore andasse dal garante prima della scadenza dell'obbligazione garantita, questi potrebbe sollevare tutte le eccezioni che spettano al debitore principale (art. 1945 c.c.), e quindi anche quella dell'inesigibilità del credito: è l'essenziale accessorialità dell'obbligazione fideiussoria, quale si ricava da tutta la disciplina contenuta negli artt. 1939 (validità della fideiussione), 1941 (limiti della fideiussione), 1942 (estensione della fideiussione) e 1945 (eccezioni opponibili dal fideiussore).

⁴⁹ V. tra i molti A. RAVAZZONI, *La fideiussione*, cit., 61.

⁵⁰ V. U. LA PORTA, *L'assunzione del debito altrui*, cit., 72 ss., spec. 79 ss., ove ben si distingue l'accessorietà fideiussoria dal più generale "schema causale della garanzia", anche se nell'ottica sempre della sussidiarietà dell'obbligazione del garante, e non in quella dell'analisi dell'oggetto della sua obbligazione, modellata sull'obbligazione da garantire. Sul contenuto dell'obbligazione del garante nel contratto autonomo di garanzia, cfr. Cass., 28 febbraio 2007, n. 4661, in *Foro it. Mass.*, 2007, 713; Cass., 17 gennaio 2008, n. 903, *ivi*, 2008, 49; nonché la fondamentale Cass., S.U., 18 febbraio 2010, n. 3947, in *Giust. Civ.*, 2010, I, 1349 ss., con nota di A. LAMORGESE, e in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2010, II, 257 ss., con nota di G.B. BARILLÀ. Resta il dubbio se si tratti di un contratto sorretto da una causa di garanzia diversa da quella accessoria propria della fideiussione, come ritiene la dottrina più consolidata (v. già G.B. PORTALE, *Fideiussione e Garantievertrag nella prassi bancaria*, in *Le garanzie bancarie internazionali*, a cura di Portale, Milano, 1989, 18 ss., che si riferisce ad una "causa esterna" consistente pur sempre nel rapporto fondamentale garantito; F. MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, 2ª ed., Torino, 1995, 179 ss.; F. MASTROPAOLO – A. CALDERALE, *Fideiussione e contratti di garanzia personale*, in *I contratti di garanzia*, tomo I, a cura di F. Mastropaolo, in *Tratt. dei contratti*, diretto da P. Rescigno e Gabrielli, Torino, 2006, 576 ss.), o se non sia piuttosto da ravvisarvi una semplice *prestazione di garanzia* fatta al creditore, la quale, mancando dell'accessorialità rispetto all'obbligazione garantita, non si regge causalmente da sola: il garante farebbe una particolare attribuzione patrimoniale al creditore (la prestazione di garanzia, appunto), che però andrebbe giustificata causalmente (con il formalismo della donazione, con una causa di scambio, ovvero, come accade nella prassi, con una causa gestoria in conseguenza di uno *iussum* delegatorio rivolto dal cliente alla banca che si fa garante). Per quest'ultima ricostruzione, v. spunti già in R. CICALA, *Espromissione*, in *Saggi*, cit., 191 ss.; e soprattutto F. NAPPI, *La garanzia autonoma – profili sistematici*, Napoli, 1992, *passim*, spec. 194 ss. Per una sintesi delle varie posizioni, v. A. GIUSTI, *La fideiussione*, cit., 319 ss.



Ed infine lo stesso accade, come vedremo, nell'assunzione cumulativa del debito. Basti pensare all'espromissione cumulativa: la causa di assunzione del debito altrui – che secondo la prevalente dottrina regge il contratto di espromissione tra terzo e creditore – fa sì che l'espromittente si assuma quel determinato debito, l'oggetto della sua obbligazione è cioè modellato sul rapporto di valuta; l'espromesso, per regola generale, rimane obbligato in solido quale garante, e la sua obbligazione scadrà insieme a quella dell'assuntore, non perché ci sia un onere di preventiva attesa⁵¹, ma semplicemente perché quello era il termine di adempimento della prestazione da lui inizialmente dovuta.

4. Così delineati i confini del modo d'attuazione solidale e della sua compatibilità con la sussidiarietà, veniamo ora a trattare del tema da cui siamo partiti, ovvero della declinazione dei meccanismi esaminati allorché ci si trovi di fronte a fattispecie di assunzione cumulativa del debito altrui: cominciamo dalla *delegatio promittendi*.

Come noto, la dottrina prevalente ritiene che non si tratti di un'unica fattispecie trilaterale⁵², bensì di una serie di negozi distinti ancorché collegati: lo *iussum* delegatorio, consistente per i più in un vero e proprio contratto di mandato tra delegante e delegato⁵³; il contratto tra delegato e delegatario con cui il primo si obbliga, esternando al creditore di agire su incarico del delegante; l'autorizzazione – secondo alcuni un vero e proprio contratto⁵⁴ – rivolta dal delegante al delegatario, con la quale si autorizza quest'ultimo a “conteggiare” al delegante quanto ricevuto dal delegato. Quest'ultimo atto, definito *iussum accipiendi*, è fondamentale per reputare la prestazione del delegato come fatta per conto del delegante e a lui imputata, soprattutto nei casi in cui il delegante intenda far pervenire un'attribuzione patrimoniale al delegatario *donationis causa* o *credendi causa*, perché la delegazione è allo scoperto e non esiste un precedente debito che il delegante intenda far assumere al delegato⁵⁵;

⁵¹ Così B. GRASSO, *Assunzione cumulativa del debito*, cit., 157 ss.

⁵² Questa idea, ancorché smentita dalla lettera codicistica (art. 1270, 2° comma, che prevede che la morte o la sopravvenuta incapacità del delegante non incidono sul perfezionarsi dell'operazione), è ancora dominante in giurisprudenza: v. per esempio Trib. Biella, 13 gennaio 1993, in *Giur. it.*, 1993, I, 2, 730 ss.; Cass., 11 settembre 2007, n. 19090, in *Foro it.*, 2008, II, 1966 ss., con nota critica di A. RENDA; Cass., 15 luglio 2011, n. 15691, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 1077. Nella dottrina recente, aderisce alla “teoria unitaria” T. MANCINI, *La delegazione, l'espromissione e l'accollo*, in *Tratt. dir. priv.*, IX, 2ª ed., Torino, 1999, 486 ss.

⁵³ È significativamente rappresentato anche l'orientamento che vede nello *iussum* una semplice autorizzazione ad obbligarsi: così A. MAGAZZÙ, voce *Delegazione*, in *Digesto Disc. Priv.* (Sez. Civ.), V, Torino, 1989, 161 ss., e già W. BIGIARI, *La delegazione*, Padova, 1940, 149 ss., ma non per la delegazione allo scoperto (in cui il delegato non ha alcun obbligo che lo leghi al delegante), che richiederebbe sempre il contratto di mandato. La tesi della “doppia autorizzazione” (da delegante a delegato e da delegante a delegatario), accolta in Germania al §783 BGB, non sembra tuttavia conciliabile con la lettera del nostro codice vigente, che parla espressamente all'art. 1269, 2° comma, c.c. di “accettazione di un incarico”: l'autorizzazione non si accetta, essendo unilaterale, e non fa sorgere un “incarico” in quanto non obbliga. V. R. CICALA, *Delegazione ed espromissione*, oggi in *Saggi*, cit., 67; e nello stesso senso, di un contratto cioè tra delegante e delegato, P. SCHLESINGER, *Il pagamento al terzo*, Milano, 1961, 79 ss., trattando della *delegatio solvendi*, che avrebbe però la medesima struttura di quella *promittendi*.

⁵⁴ V. P. SCHLESINGER, *op. ult. cit.*, 99 s., nota 91.

⁵⁵ Che non necessariamente ci sia un preesistente debito del delegante verso il delegatario, è assunto ormai pacifico, in conformità del resto a quanto accade in Germania con l'*Anweisung*: v. già W. BIGIARI, *La delegazione*, cit., 185. In questi casi per costituire una

ma anche in caso di delegazione c.d. passiva, per estinguere insomma un debito del delegante verso il delegatario⁵⁶, qualora essa sia pura, non titolata rispetto al rapporto di valuta⁵⁷, l'“autorizzazione a ricevere” rivolta dal delegante al delegatario è importante perché il creditore deve essere certo del debito che il delegante intende estinguere, e della reale volontà del delegante di estinguerlo (e non di fargli insomma pervenire l'attribuzione ad altro titolo).

Già da questa sintetica ricostruzione della c.d. teoria atomistica, oggi prevalente in dottrina⁵⁸, si evince che la delegazione non è un unitario negozio plurilaterale retto da una generica causa di assunzione del debito altrui⁵⁹, ma piuttosto una fattispecie effettuale che mira a far pervenire un'attribuzione patrimoniale dal delegante al delegatario per mezzo di un altro soggetto incaricato, il delegato, il quale con la sua attività gestoria realizza indirettamente una prestazione a favore del delegante: poi che ci siano dei sottostanti rapporti di debito, rispettivamente di valuta e di provvista, e che l'obbligazione o il pagamento del delegato mirino ad estinguerli, è il caso paradigmatico preso in considerazione dal legislatore, ma come detto le attribuzioni patrimoniali possono anche non essere *solvendi causa*, ma fatte per spirito di liberalità, o per maturare ragioni di credito verso il beneficiario.

Con questo si vuol dire che la delegazione è un'operazione negoziale neutra, che non si fonda sempre sulla stessa causa e non sempre comporta l'assunzione di un debito altrui. Ciò accade solo quando esista un precedente debito del delegante verso il delegatario, e la delegazione sia titolata rispetto a questo rapporto di valuta, cioè venga indicata l'obbligazione che si intende assumere, che rappresenta l'oggetto dell'obbligazione del delegato (successione nel debito); oppure, può accadere che la delegazione sia astratta dal rapporto di valuta, che comunque esiste, e l'obbligazione del delegato sia comunque modellata – quanto ad oggetto e modalità di adempimento – sul debito del delegante (delegazione novativa).

ragione di credito a favore del delegante, o perché l'obbligazione del terzo venga reputata una liberalità fatta dal delegante al delegatario, non basta il semplice contratto tra delegato e delegatario, ma sarà opportuno appunto un accordo tra delegante e delegatario: v. B. GRASSO, *Considerazioni sul c.d. iussum accipiendi nella delegazione di debito*, in *Saggi*, cit., 164.

⁵⁶ La distinzione manualistica fra delegazione attiva e passiva è meramente descrittiva di un fenomeno fondamentalmente unitario: se si pone l'attenzione sul rapporto di valuta, e la delegazione viene usata dal delegante per estinguere un suo debito, essa è passiva, mentre se si ha riguardo al rapporto di provvista, e con la delegazione si vuol far sì che il delegato estingua il proprio debito verso il delegante, si ha la delegazione attiva (che, se liberatoria, può portare a sostituire, nel lato attivo dell'obbligazione, il delegatario al delegante). Nel caso normale e paradigmatico, previsto dal codice, in cui ci siano sia un debito del delegato verso il delegante, sia un debito di quest'ultimo verso il delegatario, la delegazione è in realtà contemporaneamente attiva e passiva. V., anche per riferimenti, A. MAGAZZÙ, voce *Delegazione*, cit., 159 s., spec. nota 18.

⁵⁷ Il delegato non è comunque un semplice terzo adempiente, perché esterna al creditore l'incarico ricevuto. Sulla distinzione fondamentale tra adempimento del terzo e delegazione di pagamento (dall'Autore ricondotta alla stessa matrice della delegazione di debito), non solo per la differente causa dell'attribuzione, ma anche per la diversa disciplina applicabile (potere di rifiuto del creditore, surrogazione per pagamento, ripetizione dell'indebito), v. P. SCHLESINGER, *Adempimento del terzo e delegazione di pagamento*, in *Temì*, 1958, 572 ss.

⁵⁸ V. recentemente U. LA PORTA, *L'assunzione del debito altrui*, cit., 362 ss.; B. GRASSO, *Delegazione, espromissione e accollo* (Artt. 1268-1276), in *Cod. Civ. Commentario*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2011, 11 ss.

⁵⁹ Così invece P. RESCIGNO, *Studi sull'accollo*, cit., 92 (“La causa dell'accollo, come la causa dell'espromissione e della delegazione su debito, è l'assunzione del debito altrui”); ID., voce *Delegazione* (*dir. civ.*), in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, 936 s.



In ogni caso il delegato, con il negozio di assunzione, si obbliga verso il creditore delegatario in esecuzione del mandato ricevuto dal delegante, e deve esternare al creditore questo mandato, che funge da “causa esterna” del suo obbligarsi⁶⁰. L’*expressio causae* – attraverso il richiamo del ricevuto *iussum* delegatorio – è fondamentale proprio perché è la causa gestoria che regge tutta l’operazione; ed in ciò è netta la differenza rispetto all’espromissione, negozio tra terzo e creditore che si fonda, quello sì, su di un’autonoma causa di assunzione del debito altrui⁶¹.

Detto questo, non è sempre vero ciò che invece la dottrina più consolidata dà per scontato: e cioè che il negozio di assunzione, con cui il delegato si assume il debito del delegante, sia sempre un contratto, richieda cioè sempre il consenso del delegatario⁶².

Se la delegazione, titolata rispetto al rapporto di valuta, è liberatoria, in quanto nell’atto d’obbligo del delegato è espressamente prevista una clausola che preveda la liberazione del delegante⁶³, si avrà una vera e propria successione a titolo particolare nel debito⁶⁴, e ovviamente il

⁶⁰ V., per tutti, P. SCHLESINGER, *Adempimento del terzo*, cit., 575 s.; R. CICALA, *Delegazione ed espromissione*, cit., 77 ss.

⁶¹ Anche l’espromittente può intervenire su incarico del debitore principale, non è questo il tratto distintivo rispetto alla delegazione: semplicemente il mandato non viene esternato al creditore nel contratto di espromissione – che ha una causa sua e non deve quindi appoggiarsi ad una causa esterna al negozio (v. *infra*, n. 5) – e rimane pertanto confinato nella sfera dei motivi dell’espromissione (ugualmente a quanto accade per gli accordi intervenuti tra fideiussore e debitore garantito nella fideiussione). Sulla distinzione tra delegazione ed espromissione, si veda, molto chiaramente, R. CICALA, *op. ult. cit.*, 57 ss.

⁶² V. R. NICOLÒ, *Il negozio delegatorio*, Messina, 1932, 122 ss.; P. RESCIGNO, *Studi sull’accollo*, cit., 4 s.

⁶³ Così come nell’accollo, la delegazione è in senso stretto liberatoria solo quando la liberazione del delegante è “condizione espressa della stipulazione” (cioè clausola del negozio con cui il delegato si obbliga, non condizione in senso tecnico: v. *infra*, n. 6), mentre se c’è un autonomo atto del creditore con cui questi libera il suo debitore originario (sia quest’atto contestuale o successivo rispetto all’assunzione delegatoria del debito) la delegazione sarà in sé cumulativa, mentre la liberazione sarà il frutto di un autonomo negozio remissorio del creditore: v. per l’accollo, C. LAZZARA, *Accollo e liberazione del debitore originario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, 1296 ss., spec. 1302 ss., 1311 s.; nonché, per l’espromissione, A. TOMASSETTI, *Assunzione unilaterale ed espromissione “ex lege”*, *ivi*, 1997, 70 ss.

⁶⁴ Si può parlare di delegazione “privativa”, che cioè determina il subentro del delegato nel rapporto obbligatorio facente capo al delegante, perché, con il titolare la delegazione rispetto al rapporto di valuta, si rendono opponibili al creditore tutte le eccezioni che erano opponibili dal debitore originario; se invece la delegazione non viene titolata rispetto al rapporto di valuta, e non si rendono quindi opponibili le relative eccezioni, si ha una delegazione “novativa”, con cui il delegato assume un’obbligazione nuova con estinzione della precedente, anche se avente un oggetto modellato sulla prestazione del delegante. Nonostante parte delle dottrine ritenga che, in virtù dell’uniforme disciplina della sorte delle garanzie e delle conseguenze dell’invalidità del negozio di assunzione (artt. 1275-76 c.c.), la distinzione tra successione nel debito e novazione soggettiva non abbia più spazio nel nostro ordinamento (v. P. RESCIGNO, voce *Delegazione*, cit., 934 s., 980 ss.; A. MAGAZZÙ, *op. cit.*, 156 s.), la dottrina maggioritaria individua una netta differenza proprio per il diverso regime delle eccezioni, per il perdurare o meno dei privilegi che assistono il credito e per il diverso termine di prescrizione dello stesso: v. R. CICALA, *Espromissione*, in *Saggi*, cit., 150 ss.; C. MIRAGLIA, *op. cit.*, 92 s.; C.M. BIANCA, *Diritto civile. 4. L’obbligazione*, cit., 627 ss.; U. LA PORTA, *L’assunzione del debito altrui*, cit., 84 ss. Alcuni dubitano che si possa avere una vera successione nel debito nella delegazione (a differenza che nell’espromissione e nell’accollo) perché l’obbligo del delegato sorgerebbe da un autonomo negozio di assunzione cui non partecipa l’originario debitore (a differenza dell’accollo) e senza che sia sorretto da una causa di assunzione del debito altrui (come l’espromissione), ma fondandosi sempre sulla *causa mandati*, e quindi su rapporti ulteriori con il delegante, che inevitabilmente influirebbero sul debito assunto dal delegato: il debito di quest’ultimo sarebbe sempre, anche nella delegazione titolata rispetto al rapporto di valuta, diverso da quello del delegante, perché risentirebbe di eventuali vizi dello *iussum* delegatorio (v. R. CICALA, *Espromissione*, cit., 159 ss., spec. 171 ss.). Seppure l’argomento comparatistico possa supportare questa ricostruzione (basti dire che in Germania la successione nel debito, *Schuldübernahme* – §414 ss. BGB –, può realizzarsi con contratto tra assuntore e creditore – la nostra espromissione – o con contratto tra assuntore e debitore che il creditore ratifichi – il nostro accollo –, mentre la delegazione – *Anweisung* – è disciplinata in altra sede, al §783), il ragionamento vale per la delegazione pura, che non può dar luogo a successione; ma se il delegante dà mandato di concludere un negozio di assunzione titolato rispetto al rapporto di valuta, questo basta a far sì che il debito assunto sia quello che prima faceva capo al delegante stesso. L’oggetto è il medesimo, il titolo – sotto forma di eccezioni opponibili – sarà quello originario, cambia solo il soggetto passivo del rapporto giuridico; certo, c’è anche il “titolo d’acquisto” rappresentato dal negozio di assunzione e dallo *iussum* che incide sull’obbligo del delegato (al punto che, se manca lo *iussum*, è nullo per difetto causale anche il negozio di assunzione, e questi potrà rifiutarsi di pagare), ma si tratta di un effetto proprio di qualsiasi titolo negoziale d’acquisto derivativo, estensibile anche alla successione in situazioni giuridiche passive, titolo che

consenso del creditore sarà imprescindibile, perché questi non riceve solo il vantaggio dell'obbligarsi del delegato, ma perde il credito che aveva verso il delegante: il negozio che conclude l'operazione delegatoria in questo caso è necessariamente un contratto.

Il discorso è invece differente nella delegazione cumulativa, in cui il delegato si obbliga in aggiunta al debitore originario.

Nonostante la dottrina tradizionale qui non si ponga un problema di successione nel debito o novazione soggettiva, per il fatto che il delegante resta obbligato, in realtà anche nella delegazione cumulativa può accadere che il delegato, su incarico del delegante, titoli il negozio di assunzione rispetto al rapporto di valuta, e quindi si affianchi al delegante, come obbligato in solido, nell'adempimento del medesimo debito (e questo rileverà ad esempio per la prescrizione, i privilegi, le eccezioni opponibili al creditore *ex art.* 1271, 3° comma, c.c.), ovvero che, sempre su incarico del delegante, assuma una nuova obbligazione, avente il medesimo oggetto di quella del delegante ma senza che si verifichi alcuna successione nel debito (l'obbligazione del delegato avrà titolo nel negozio di assunzione e non risentirà mai di eventuali vizi del titolo del debito originario): questo secondo caso si verifica quando la delegazione è pura, o titolata solo rispetto al rapporto di provvista⁶⁵.

In entrambe le ipotesi avremo che, per iniziativa del debitore-delegante, che dà mandato al delegato e autorizza il proprio creditore a conteggiargli la prestazione (*iussum accipiendi*), al creditore viene di fatto assegnato un debitore in più per la medesima prestazione che aveva diritto di ricevere dal debitore originario.

Circa il vincolo che lega i due debitori, il codice si limita a dire che “il creditore che ha accettato l'obbligazione del terzo non può rivolgersi al delegante se prima non ha richiesto al delegato l'adempimento”: si parla solo di sussidiarietà, forse per la vecchia idea che la reputa incompatibile con il vincolo solidale⁶⁶, o forse perché nella forma tipica, quella pura (cfr. l'art. 1271, 2°-3° comma), la delegazione non si presta a realizzare una successione nel debito ma crea un debito nuovo, che

finisce sempre con l'incidere sulla situazione finale dell'avente causa, senza mutarne l'identità sostanziale (per esempio, anche nella cessione del credito il debitore ceduto può sollevare eccezioni fondate su vizi del negozio di cessione, ma nessuno dubita che il rapporto giuridico in cui è subentrato il cessionario sia il medesimo che prima faceva capo al cedente: v., anche per riferimenti, U. STEFINI, *La cessione del credito con causa di garanzia*, Padova, 2007, 198 s.). In materia di assunzione del debito, v. A. DI MAJO, voce *Obbligazioni solidali*, cit., 312 (“[...] l'autonomia del negozio di assunzione non interrompe certamente il collegamento dell'obbligo assunto dal terzo con la *causa obligandi* che connota l'obbligo del debitore originario”); C. MIRAGLIA, *Pluralità di debitori*, cit., 95.

⁶⁵ Questa osservazione è fatta per primo da R. CICALA, *Accollo*, in *Saggi*, cit., 36 s., nota 61; v. pure C. MIRAGLIA, *op. cit.*, 92. Terminologicamente, si tende a riproporre la distinzione tra assunzione novativa o privativa, ma in realtà, nell'assunzione cumulativa del debito, non si può mai avere novazione perché non si estingue l'obbligazione del debitore originario (cfr. U. LA PORTA, *op. cit.*, 85). Un'assunzione cumulativa novativa può aversi, a mio avviso, solo quando, con un accordo trilaterale (quindi non nella delegazione come da noi ricostruita, né nell'espromissione, ma semmai in un accollo in cui si richiederà il consenso del creditore: v. *infra*, n. 6), si pattuisca l'estinzione del precedente rapporto obbligatorio, e la nascita di due obbligazioni in solido facenti capo al vecchio e al nuovo debitore: unica fonte delle obbligazioni solidali sarà l'accollo novativo trilaterale, pertanto si tratterà di una solidarietà nascente da un'unica fonte, con comunanza d'interessi, regolata *in toto* dalle disposizioni generali degli artt. 1292 ss., a differenza della solidarietà che usualmente si ha nell'assunzione cumulativa, che è a interesse unisoggettivo. Sul punto si tornerà parlando di accollo.

⁶⁶ V. *supra*, n. 3.



viene percepito come diverso dal precedente e quindi mancante dell'*eadem res debita* propria della solidarietà, o quanto meno dell'*eadem causa obligandi*⁶⁷. Questo ha indotto parte della dottrina a rilevare che, dal momento che la regola dell'art. 1294 c.c. (solidarietà tra condebitori) non si applica quando le obbligazioni aventi ad oggetto una stessa prestazione nascono da fonti diverse, delegante e delegato non sarebbero debitori in solido⁶⁸.

Secondo la ricostruzione più seguita, tuttavia, delegante e delegato restano obbligati in solido, il che, come visto nel precedente paragrafo, è del tutto compatibile con l'ordine sussidiario⁶⁹. Il problema è semmai quello di individuare la disciplina applicabile, essendo un caso di solidarietà nascente da fonti diverse, in cui in sostanza l'originario debitore resta obbligato in veste di "garante" per non pregiudicare il creditore. Superata la posizione di chi vi applica *in toto* la normativa sulla fideiussione⁷⁰, resteranno regolati in modo diverso dal regime generale degli artt. 1292 ss. regresso e surrogazione, così da far ricadere il peso economico del debito sull'assuntore – sempre che non vi siano diversi accordi "interni" tra delegante e delegato, fondati sul rapporto di provvista che li lega; saranno inapplicabili le norme che postulano una partizione interna del peso economico dell'obbligazione (artt. 1300-1303 c.c.), e novazione, remissione, compensazione, confusione e rinuncia alla solidarietà saranno regolate dalle norme della fideiussione (artt. 1239, 1° comma; 1247, 1° comma; 1253; 1944); si applicheranno invece le norme generali degli articoli 1304-1310 su transazione, giuramento, sentenza, messa in mora, prescrizione e via dicendo; non saranno applicabili le norme in materia di fideiussione strettamente derivanti dall'accessorietà, che manca nel caso in esame, come gli artt. 1939 e 1945 c.c., nonché quelle che derivano dalla particolare struttura dell'obbligazione fideiussoria, quali gli artt. 1952, 1953, 1955 e 1957 c.c.⁷¹.

⁶⁷ V. C. MIRAGLIA, *op. cit.*, 95 s.: ma se davvero il legislatore non avesse parlato di solidarietà per il vecchio preconcetto della necessità di un'unica fonte, avrebbe dovuto fare lo stesso anche per espromissione e accollo cumulativi, nei quali invece si parla espressamente di obbligati in solido.

⁶⁸ Così G. BISCONTINI, *Solidarietà fideiussoria*, cit., 69 ss.

⁶⁹ In luogo di molti, v. P. RESCIGNO, voce *Delegazione*, cit., 947 ss.; B. GRASSO, *Surrogazione legale e solidarietà*, cit., 96 ss., spec. nota 60, il quale ritiene che, essendo la sussidiarietà modalità accessoria e accidentale della solidarietà, la prima presupponga sempre la seconda; R. ROLLI, *L'espromissione e la liberazione del debitore originario*, Padova, 1995, 58 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile. 4. L'obbligazione*, cit., 651 s., secondo cui se la delegazione cumulativa è titolata rispetto alla valuta, si ha solidarietà, mentre se la delegazione è astratta, non potendo il delegato opporre al delegatario le medesime eccezioni che potrebbe opporre il delegante, si avrebbe una semplice connessione tra obbligazioni, che nasce dall'incarico delegatorio. A me sembra che anche nella delegazione "pura", se il delegante ha autorizzato il creditore a conteggiare a scomputo del suo debito l'eventuale adempimento del delegato (con il c.d. *iussum accipiendi*, v. *supra*), le obbligazioni sono solidali, anche se uno dei due debitori in solido non può opporre le stesse eccezioni dell'altro (questo in sé non esclude la solidarietà: v. l'art. 1297, 1° comma, c.c.), perché comunque avremo due soggetti tenuti alla medesima *res debita*, in modo che l'adempimento dell'uno libera anche l'altro; viceversa, non si ha solidarietà quando non solo la delegazione è pura, ma l'intenzione del delegante, quale risulta dallo *iussum accipiendi* rivolto al creditore, sia quella di far pervenire l'attribuzione al delegatario ad altro titolo (per fargli una liberalità, per precostituirsi una ragione di credito, e via dicendo).

⁷⁰ Così F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, cit., 41 ss., con alcune eccezioni. Basti dire che manca l'accessorietà propria della fideiussione, dal momento che l' "invalidità" dell'obbligazione del delegato assuntore non comporta invalidità dell'obbligazione del garante ex art. 1939 c.c.: se nella delegazione liberatoria l'obbligazione addirittura "rivate" se sia dichiarata nulla o annullata quella dell'assuntore (art. 1276), non vi può essere un trattamento peggiore per il creditore qualora l'assunzione sia cumulativa. Per questa considerazione, v. G.F. CAMPOBASSO, *Coobbligazione cambiaria*, cit., 358.

⁷¹ Si rinvia all'accurata analisi di G.F. CAMPOBASSO, *op. cit.*, 346 ss. Per una diversa ricostruzione, v. C. MIRAGLIA, *op. cit.*, 97 ss.

Il punto della questione è che, seguendo l'orientamento che vede automaticamente degradare a sussidiaria la responsabilità del debitore originario in ogni caso di assunzione del debito altrui, il creditore subirebbe sempre un sacrificio patrimoniale: sarebbe cioè sempre costretto a ritardare l'esercizio della pretesa creditoria nei confronti del suo debitore, per andare a chiedere la prestazione ad un terzo delegato, che lui non ha scelto e che potrebbe sempre rivelarsi assolutamente insolubile. Di qui l'adesione alla tesi dominante, che richiede sempre l'accettazione del delegatario, anche nell'ipotesi di delegazione cumulativa, nonostante questa si limiti ad aggiungere un obbligato, a rafforzare la garanzia del creditore (come sempre fa il meccanismo d'attuazione solidale)⁷².

Se, all'opposto, si parte dalla nozione generale di solidarietà tratteggiata nei paragrafi precedenti, e si considera che la solidarietà, ancorché nascente da fonti diverse, è sempre caratterizzata dalla *libera electio* da parte del creditore, a meno che la legge o le parti non abbiano diversamente disposto, ecco che allora la prospettiva cambia, e acquista senso anche il dettato letterale dell'art. 1268, 2° comma: solo il creditore che *ha accettato l'obbligazione del terzo* ha l'onere della preventiva richiesta al delegato, ma quest'accettazione non è sempre necessaria⁷³.

Si può avere cioè una delegazione non accettata dal creditore, che semplicemente gli aggiunge un obbligato in solido rispetto all'originario debitore-delegante. Qui dall'obbligarsi del terzo delegato il creditore riceve solo benefici, e il suo consenso risulta superfluo: basterà un contratto concluso secondo l'art. 1333 c.c., o addirittura un semplice atto d'obbligo unilaterale recettizio, fondato sulla *causa solvendi* del mandato ricevuto dal delegante, e fatto comunque salvo il potere di rifiuto del creditore in un termine congruo⁷⁴.

La riflessione dottrinale ha da anni superato il principio del necessario consensualismo nel realizzare attribuzioni patrimoniali, traslative od obbligatorie. Contro le tradizionali obiezioni fondate sul principio di relatività del contratto e di intangibilità delle sfere patrimoniali, nonché sulla necessità

⁷² Quella della necessaria contrattualità del negozio di assunzione delegatoria tra delegato e delegatario, è l'opinione della giurisprudenza costante: oltre alle sentenze che ribadiscono la necessità di un accordo trilaterale (v. *supra*, nota 52), si veda Cass., 19 settembre 2008, n. 23864, in *Riv. not.*, 2010, 780 (s.m.), con nota di A.M. PEDRON, a proposito del caso di una delegazione di pagamento in cui il delegato si obblighi verso il creditore, in cui si richiede l'accettazione da parte di quest'ultimo; *contra*, tuttavia, Cass., 17 maggio 2000, n. 6387, in *Giur. it. Mass.*, 2000, 1042, e in *Fall.*, 2001, 410 ss., con nota di F. FONNESU, dove la promessa del delegato viene ricostruita come atto unilaterale. In dottrina, v. U. LA PORTA, *L'assunzione del debito altrui*, cit., 375 ss., che però ammette, per la delegazione titolata rispetto alla valuta, il ricorso alla struttura dell'art. 1333 c.c.

⁷³ In questo senso C.M. BIANCA, *Diritto civile. 4. L'obbligazione*, cit., 643 s., che fa leva sul modo d'operare della delegazione cambiaria; cfr. altresì A. TOMASSETTI, *Assunzione unilaterale ed espromissione "ex lege"*, cit., 57 ss., in materia di espromissione; nonché A. PALMA, *La natura sussidiaria dell'obbligazione solidale nell'accollo cumulativo accettato dal creditore*, in *Corr. giur.*, 2004, 1180 ss., spec. 1185, in materia di accollo.

⁷⁴ Come noto, varia è l'interpretazione data all'art. 1333 c.c., in cui non tutti ravvisano un particolare modo di conclusione del contratto, ma piuttosto un vero e proprio negozio unilaterale (PINO, *Il contratto con prestazioni corrispettive*, Padova, 1963, 61; C.M. BIANCA, *Diritto civile. 3. Il contratto*, Milano, 2000, 260 s.), un "negozio unilaterale con struttura a rilievo bilaterale" (G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, 121 ss., 196), o un negozio che realizza un'attribuzione unilaterale (L.V. MOSCARINI, *Il contratto a favore di terzi – Artt. 1411-1413*, in *Cod. Civ. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, 2ª ed., Milano, 2012, 11). Prevale tuttavia la tesi del procedimento di formazione del contratto (v. C. DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972, 126 s.; F. CARRESI, *Il contratto con obbligazioni a carico del solo proponente*, in *Riv. dir. civ.*, 1974, I, 401 ss.; R. SACCO, *La conclusione dell'accordo*, in R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, tomo 1°, in *Tratt. di diritto civile*, diretto da R. Sacco, 3ª ed., Torino, 2004, 243 ss., spec. 259 ss.).



del consenso per realizzare qualsiasi effetto reale (art. 1376), si tende ormai ad ammettere non solo la possibilità di obbligarsi unilateralmente al di fuori dei casi tipici previsti dagli artt. 1987 e seguenti c.c., purché vi sia un idoneo fondamento causale della promessa unilaterale (estendendo così l'art. 1322 c.c. – autonomia contrattuale – anche ai negozi unilaterali, in virtù del richiamo operato dall'art. 1324 c.c.)⁷⁵, ma addirittura la possibilità di trasferire diritti, reali o personali, senza il consenso dell'acquirente, facendo solo salvo il suo potere di rifiuto, sempre che naturalmente anche qui sussista un idoneo fondamento causale⁷⁶.

Il principio di relatività insomma è da decenni oggetto di un progressivo ridimensionamento, nei casi in cui si tratti di produrre effetti favorevoli ad un beneficiario⁷⁷, sulla base degli spunti offerti da istituti codicistici come la remissione del debito, il contratto unilaterale⁷⁸, il contratto a favore di terzo⁷⁹: ciò porta a concludere che anche l'atto d'obbligo del delegato nella delegazione cumulativa abbia struttura unilaterale, che esso sia irrevocabile nel momento in cui giunge a conoscenza del creditore, ma soggetto a rifiuto "impeditivo" entro un termine congruo, secondo lo schema generale approntato dall'art. 1333 c.c. (sempre che, con un'adesione espressa o con il semplice esercizio del diritto, il delegatario non consumi il suo potere di rifiuto)⁸⁰.

Resta, pertanto, un'ipotesi distinta, e derogatoria rispetto al regime normale delle obbligazioni in solido, quella prevista dall'art. 1268, 2° comma, c.c.: se la delegazione è accettata dal creditore, e solo in questo caso, l'obbligazione del delegante resta solidale, ma degrada a sussidiaria. La struttura contrattuale è qui indispensabile, perché il creditore subisce il pregiudizio del *beneficium ordinis*, ed occorre quindi anche una sua dichiarazione di volontà, con la quale aderisce all'operazione delegatoria che ha avuto impulso dal delegante con il conferimento dell'incarico, accettando di considerare quale debitore principale il delegato⁸¹.

⁷⁵ Si parla di "promesse interessate": cfr. G. CASTIGLIA, *Promesse unilaterali atipiche*, in *Riv. dir. comm.*, 1983, I, 327 ss.; C. MANZINI, *Il contratto gratuito atipico*, in *Contratto e impresa*, 1986, 909 ss.; F.M. D'ETTORE, *Intento di liberalità e attribuzione patrimoniale. Profili di rilevanza donativa delle obbligazioni di fare gratuite*, Padova, 1996, 32 ss., spec. nota 57, 186 ss.; in giurisprudenza, v. Cass., 14 novembre 1994, n. 9562, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 1920 ss. V. inoltre A. DI MAJO, *Le promesse unilaterali*, Milano, 1989, 57, per l'idea secondo cui la riserva di legge dell'art. 1987 c.c., in materia di promesse unilaterali, riguarda solo le promesse astratte, mentre, se c'è una valida causa per obbligarsi, vale il principio di autonomia privata dell'art. 1322; peraltro già G. BRANCA (*Delle promesse unilaterali (artt. 1987-1991)*), in *Delle obbligazioni (Art. 1960-1991)*, in *Comm. Cod. Civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1959, 354) notava che la diffidenza del legislatore verso le promesse unilaterali deriva dalla loro ambiguità sotto il profilo causale.

⁷⁶ Il caso più studiato è quello del c.d. "pagamento traslativo": v. per tutti C. DONISI, *op. cit.*, 282 ss.; A. CHIANALE, *Obbligazione di dare e atti traslativi* solvendo causa, nota a Cass., 12 giugno 1987, n. 5147, e Cass., 21 dicembre 1987, n. 9500, in *Riv. dir. civ.*, 1989, II, 234 ss.; F. GAZZONI, *Babbo Natale e l'obbligo di dare*, nota a Cass., 9 ottobre 1991, n. 10612, in *Giust. civ.*, 1991, I, 2896 ss.

⁷⁷ V. C. DONISI, *op. cit.*, 135.

⁷⁸ V. già G. BENEDETTI, *op. cit.*, 197 ss.

⁷⁹ V. L.V. MOSCARINI, *Il contratto a favore di terzi*, cit., 1 ss.

⁸⁰ Per la struttura del negozio attributivo a favore di terzo, ricalcata a seconda dei casi su quanto previsto dagli artt. 1333 o 1411 c.c., v. L.V. MOSCARINI, *op. cit.*, 59 ss., e, per il tema che ci interessa della delegazione cumulativa, 139 ss., spec. 143 s.

⁸¹ V. B. GRASSO, *Assunzione cumulativa del debito*, cit., 148 ss., che sottolinea come il delegatario, accettando come obbligato il delegato che si obbliga solo a causa del mandato ricevuto, mostra di voler aderire all'assetto d'interessi predisposto dal delegante, ed

Rispetto all'orientamento dottrinale oggi accolto dalla giurisprudenza di legittimità, risulta configurabile, in ultima analisi, una modalità in più di delegazione cumulativa: quella non accettata dal creditore e senza sussidiarietà tra delegante e delegato. Ma non vedo ragioni per non ammettere la fattispecie.

Non esiste alcun problema di compatibilità causale perché, come visto sopra, la delegazione (a differenza dell'espromissione) non si fonda sulla causa di assunzione del debito altrui, ma sullo *iussum* delegatorio, sulla *causa mandati*⁸²: è un modo di far pervenire un'attribuzione patrimoniale al delegatario attraverso il delegato, e così come potrebbero in astratto mancare rapporti debitori preesistenti (delegazione allo scoperto), così è del tutto possibile che si deleghi un terzo soggetto ad obbligarsi a fianco del debitore originario, senza alcuna sussidiarietà, così rafforzando la pretesa creditoria. Né si dica che in questo modo si sconfini nella causa di garanzia propria della fideiussione: è vero che dal punto di vista fattuale viene realizzata una "prestazione di garanzia" a favore del creditore, che vede appunto rafforzato il suo credito, ma il negozio unilaterale con cui il delegato si obbliga non si fonda mai sulla causa di garanzia accessoria propria della fideiussione⁸³, bensì sull'incarico ricevuto, che funge da causa esterna della prestazione del delegato.

D'altra parte, questa volta dal punto di vista effettuale, non si può nemmeno dire che in questo modo si esca dall'effetto dell'assunzione del debito altrui, che secondo certa dottrina unificherebbe delegazione, espromissione e accollo, e consisterebbe nel far proprio il peso economico del debito *almeno verso il creditore* (nel senso che i rapporti interni tra debitore originario e terzo assuntore restano irrilevanti, per cui i due potrebbero accordarsi in modo che il peso economico del debito resti in capo al primo)⁸⁴: anche nella delegazione cumulativa questo spostamento dovrebbe sempre esserci, e si tradurrebbe proprio nel beneficio di preventiva richiesta al terzo assuntore (il delegato)⁸⁵.

Si tratta a mio avviso di concettualizzazioni che, se hanno il pregio della ricostruzione sistematica, rischiano di non riuscire a comprendere tutta la realtà varia e molteplice che si può presentare agli operatori del diritto.

Posto che nella delegazione, come detto, l'effetto di assunzione è meramente eventuale (basti pensare che non è detto che esista il debito tra delegante e delegatario, se la delegazione è allo scoperto), è il concetto stesso di assunzione del debito altrui che può essere inteso diversamente.

è quindi naturale che si rivolga per l'adempimento "innanzitutto a chi egli aveva accettato quale esecutore del programma del delegante" (ivi, 150).

⁸² Si tratta cioè di uno schema effettuale fondato sul mandato delegatorio, che può servire a realizzare i più svariati assetti d'interessi: vale insomma lo stesso ragionamento svolto da P. SCHLESINGER (*Recensione a Pietro P. Rescigno – Studi sull'accollo*, cit., 652) per l'accollo e la cessione del credito, visti come particolari effetti giuridici che possono essere retti di volta in volta da una causa di scambio, di liberalità, solutoria, *credendi*, e via dicendo.

⁸³ Tanto è vero che la disciplina della solidarietà cambia rispetto alla fideiussione: v. *supra*. Per il confronto con la fideiussione, si rinvia altresì a quanto si dirà nel successivo paragrafo in tema di espromissione.

⁸⁴ Così R. CICALA, *Espromissione*, in *Saggi*, cit., 113 ss.

⁸⁵ V. U. LA PORTA, *L'assunzione del debito altrui*, cit., 17 ss.



Stando al significato letterale della parola “assunzione”, essa, in senso stretto, dovrebbe indicare una successione a titolo particolare nel debito altrui: sia che ciò avvenga con liberazione del debitore originario, sia che avvenga con l’assunzione dello stesso debito da parte di un terzo che si affianca al creditore originario. È vero che l’assunzione deve esserci almeno verso il creditore, ma si tratta di una questione di titolarità del rapporto obbligatorio sul lato passivo, in cui lo spostamento del peso economico è del tutto irrilevante⁸⁶: basta che il creditore si trovi davanti un nuovo debitore nello stesso rapporto obbligatorio (con possibilità quindi di opporre le stesse eccezioni).

Quindi anche la delegazione cumulativa non sussidiaria (perché non accettata dal creditore) può tranquillamente realizzare un’assunzione del debito altrui quando è titolata rispetto al rapporto di valuta, perché il delegato “assume” lo stesso debito del delegante; se invece è pura, o titolata solo rispetto alla provvista, la fattispecie è sicuramente ammissibile (anzi, la delegazione pura è la figura tipica prevista dal legislatore all’art. 1271, 2°-3° comma), il delegato è obbligato comunque in solido con il delegante in base ad un negozio giustificato causalmente dal precedente mandato (per cui siamo ancora nello schema causale della delegazione e non di un contratto di garanzia), ma il suo debito è un debito nuovo, anche se ha lo stesso oggetto di quello del delegante, e non si dovrebbe propriamente parlare di assunzione del debito altrui⁸⁷.

Allo stesso modo, parlando della delegazione liberatoria, è improprio, a rigore, parlare di assunzione privativa o novativa, a seconda che si realizzi una successione nel debito o una novazione soggettiva, nonostante che questa terminologia sia usata correntemente in dottrina e serva a rendere più nitida la distinzione tra le due fattispecie: mi sembra piuttosto che di assunzione del debito altrui si debba parlare solo nel primo caso, perché se la precedente obbligazione viene estinta e ne nasce una nuova con debitore diverso, la semplice connessione causale tra l’obbligarsi del delegato e la liberazione del delegante non vale a creare quell’identità sostanziale del rapporto, che sola può permettere di parlare di “assunzione del debito altrui”⁸⁸.

5. Il problema causale riveste invece un’importanza assoluta nell’espromissione. Come noto, in questo caso un terzo, espromittente, assume – non necessariamente di sua iniziativa, ma piuttosto

⁸⁶ Lo stesso accade nell’espromissione: quello che conta è che l’espromittente assuma la titolarità del debito verso il creditore, poi su chi ricada il peso economico del debito è questione interna, che discende dai rapporti che legano espromittente ed espromesso; solo nell’accollo, che è sempre un modo di realizzare un’attribuzione patrimoniale dall’accollante all’accollato assumendosene il debito, si riscontra sempre anche lo spostamento del peso economico. V. *infra*, nn. 5-6.

⁸⁷ In questo senso C.M. BIANCA, *Diritto civile. 4. L’obbligazione*, cit., 628.

⁸⁸ Parla espressamente di “assunzione novativa” R. CICALA, *op. ult. cit.*, 117 s., pur notando che si va oltre il significato letterale delle parole; con tale espressione si vuole indicare semplicemente l’estinzione dell’obbligazione precedente con costituzione di un nuovo rapporto obbligatorio avente il medesimo oggetto. Per una diversa ricostruzione del rapporto tra trasferimento, assunzione e successione nel debito, v. U. LA PORTA, *op. cit.*, 409 ss.

senza esternare alcun incarico ricevuto dal debitore originario nel negozio di assunzione⁸⁹ – il debito dell'espromesso: qui c'è sempre assunzione del debito altrui, visto che l'espromissione va sempre titolata rispetto al rapporto di valuta, e l'espromittente potrà sempre sollevare contro il creditore tutte le eccezioni che avrebbe potuto sollevare il debitore espromesso, se non sono a lui personali e se non derivano da fatti successivi all'espromissione (art. 1272, 3° comma, c.c.)⁹⁰.

Il negozio con cui l'espromittente si obbliga, in sostituzione o in aggiunta al precedente obbligato, non è fondato su una *causa mandati*; i rapporti con l'espromesso attengono ai motivi del negozio e non assumono rilevanza nei rapporti col creditore⁹¹, a meno di richiamarli espressamente (e si avrà allora un'espromissione titolata rispetto al rapporto di provvista). La causa del negozio (vedremo se contratto o negozio unilaterale) va cercata altrove: e la dottrina ormai consolidata la ravvisa nella causa di assunzione del debito altrui, derivando questa conclusione proprio dall'impossibilità di astrarre il negozio dal rapporto di valuta che si va ad assumere⁹².

Il riferimento espresso ad un preesistente rapporto obbligatorio, che si vuole assumere così com'è, con il suo oggetto, il suo termine d'adempimento, le sue eccezioni opponibili e via dicendo,

⁸⁹ V. R. CICALA, *Delegazione ed espromissione*, in *Saggi*, cit., 57 ss.; ID., *Espromissione*, ivi, 137 ss.

⁹⁰ Come detto nel paragrafo precedente, ritengo più opportuno identificare il concetto di assunzione del debito altrui con quello di successione nel debito, ed escludere invece che si possa parlare di assunzione in senso stretto nelle ipotesi di novazione soggettiva: l'espromissione non solo non sarà in genere novativa (così C.M. BIANCA, *Diritto civile. 4. L'obbligazione*, cit., 672), ma, a mio avviso, non può mai esserlo, proprio perché la necessaria titolazione rispetto al rapporto di valuta (che fonda, come vedremo, la causa del negozio) implica successione a titolo particolare nel debito, non per atto dispositivo del titolare (il debitore originario, che resta estraneo), ma per espressa disposizione del legislatore (anche in Germania, del resto, l'espromissione è uno dei casi di *Schuldübernahme*, prevista al §414 BGB). È la causa stessa dell'espromissione che, a differenza di delegazione e acollo (che si fondano sulla *causa mandati* o sulla causa del contratto sottostante tra accollante e accollato), impone di vedervi sempre una successione nel debito: solo in quanto si subentri nello stesso debito dell'espromesso, l'obbligazione dell'espromittente è fondata causalmente; e oltretutto una novazione (ancorché soggettiva) non può prescindere dal consenso del debitore, che c'è nell'acollo e nella delegazione (ove si esprime nello *iussum* delegatorio), mentre manca nell'espromissione. Né vale, a mio avviso, ad escludere che ci sia successione nel debito, il fatto che l'espromittente non possa sollevare le eccezioni che avrebbe potuto opporre il debitore espromesso, se derivanti da fatti successivi all'espromissione (così invece U. LA PORTA, *Brevi note sulla c.d. espromissione invertita*, in *Riv. not.*, 1996, I, 742 ss.): è una disposizione dettata da finalità pratiche, che deriva dal fatto che comunque l'obbligazione dell'espromittente nasce da una fonte diversa rispetto a quella del debitore originario, rappresentata proprio dal negozio di espromissione, il quale segna anche i limiti oggettivi della successione nel debito (esso viene assunto così come è al momento dell'espromissione); del resto anche nella delegazione si è visto che il delegato si obbliga con un negozio autonomo, che risente dell'incarico delegatorio, senza che questo possa impedire di parlare di successione nel debito (v. *supra*, nota 64). Nell'espromissione privativa, dopo quel momento il debitore originario è liberato, estraneo quindi al rapporto obbligatorio in cui è subentrato l'espromittente, e la norma si concilia quindi con l'avvenuta successione nel debito. In quella cumulativa, dopo l'espromissione l'espromesso resta obbligato solo come garante dell'adempimento dell'espromittente, ed è quindi naturale che un'eventuale causa di estinzione non soddisfattoria successiva (ad esempio una remissione) non incida sul diritto ormai acquisito dal creditore nei confronti del terzo espromittente; ma il fatto che continuino ad essere opponibili tutte le cause estintive precedenti e gli eventuali vizi del negozio fonte dell'obbligazione del debitore originario, depone chiaramente a favore della successione nel debito. Si tenga poi presente che saranno sempre opponibili, anche dopo l'espromissione, l'adempimento da parte del debitore originario o le altre vicende estintive soddisfattorie, che liberano anche l'espromittente per l'operare del meccanismo della solidarietà (in seguito al combinato disposto degli artt. 1272, 1° comma, e 1292 c.c.).

⁹¹ Cfr. N. DI GIOVINE, *Note sulla causa del negozio di espromissione cumulativa*, in *Dir. e giur.*, 1965, 593 ss., spec. 602 s.

⁹² V. R. CICALA, *Espromissione*, in *Saggi*, cit., 157 ss. (ove si dice che “nel nostro sistema l'espromissione è il solo mezzo negoziale predisposto appositamente per l'assunzione dell'altrui debito”, mentre delegazione e contratto a favore di terzo sono congegni negoziali impiegabili per realizzare anche risultati diversi: ivi, 159), spec. 164 ss.; S. RODOTÀ, voce *Espromissione*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, 786 ss.; U. LA PORTA, *Brevi note sulla c.d. espromissione invertita*, cit., 740 ss.; ID., *L'assunzione del debito altrui*, cit., 10, 127 ss.; *contra*, T. MANCINI, *La delegazione, l'espromissione e l'acollo*, cit., 506 s., che ritiene, sulle orme di P. RESCIGNO, che possa rinvenirsi una causa generica di assunzione del debito altrui, mentre la causa specifica sia da trovare nel rapporto tra espromittente e debitore espromesso, che però – stante il dettato dell'art. 1272 – emergerebbe solo ove espressamente richiamata, rimanendo altrimenti l'espromissione un “negozio astratto” (sic). Anche la giurisprudenza segue la dottrina prevalente: v. Cass., 7 dicembre 2012, n. 22166, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 1388; Trib. Napoli, 6 giugno 2013, inedita (consultabile su *De Jure*).



basta a reggere causalmente l'obbligazione dell'espromittente: ugualmente a quanto l'interesse ad estinguere un preesistente debito altrui vale a reggere causalmente il negozio – perché di negozio si tratta, non essendo un atto dovuto⁹³ – dell'adempimento del terzo. Si può dire che, sul piano causale, la delegazione di debito sta alla delegazione di pagamento (entrambe sorrette dalla *causa mandati*) come l'espromissione sta all'adempimento del terzo (entrambi sorretti dalla causa di assunzione/estinzione del debito altrui).

È stato infatti da tempo sottolineato che il fatto che ci sia già un interesse riconosciuto dal diritto al creditore, basta a giustificare causalmente l'assunzione da parte di un terzo di obbligazioni volte a garantire o assumere il debito altrui (fideiussione e, appunto, espromissione), o anche il compimento di atti dispositivi che abbiano comunque il fine di garantire (costituzione di diritti reali di garanzia) o estinguere il debito (*datio in solutum*, adempimento del terzo)⁹⁴: il fatto che la promessa sia collegata all'obbligazione preesistente, così da risentirne dei vizi e delle vicende modificative o estintive (questo vale per l'accessorietà fideiussoria, così come per l'opponibilità delle eccezioni fondate sulla valuta nell'espromissione), basta a far sì che l'obbligazione assunta dall'espromittente sia fondata causalmente, e non necessiti né di un corrispettivo da parte del creditore, né della forma donativa, né di uno *iussum* come è nella delegazione⁹⁵. Del resto la struttura dell'espromissione è molto simile a quella della fideiussione: un negozio tra terzo e creditore, al quale il debitore resta estraneo e del quale potrebbe non sapere nulla, con cui il terzo nell'un caso si fa garante e nell'altro assume il debito altrui⁹⁶.

Riprendendo argomenti già svolti nel paragrafo precedente, l'espromissione liberatoria – privativa, e non novativa, proprio perché la causa negoziale è proprio l'assunzione del debito altrui,

⁹³ Per la natura negoziale dell'adempimento del terzo, v. R. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, 156 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile. 4. L'obbligazione*, cit., 288.

⁹⁴ V. R. SACCO, *La causa*, in R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, tomo 1°, cit., 797, che però vi aggiunge anche l'accollo, che non sembra reggersi sulla causa di assunzione dell'obbligo altrui; R. CICALA, *Espromissione*, cit., 166 ss.

⁹⁵ Proprio sul terreno delle garanzie del credito si può cogliere questo aspetto: mentre la fideiussione e gli altri contratti costitutivi di garanzie accessorie (contratto costitutivo di pegno o di ipoteca, cessione del credito in garanzia) si fondano causalmente "da soli", quando questa accessorietà si spezza, come nel contratto autonomo di garanzia, la prestazione del garante deve essere giustificata in altro modo (un corrispettivo o un mandato da parte del debitore garantito), tanto che è forse più opportuno parlare in quest'ultimo caso di *prestazione di garanzia*, piuttosto che di contratto fondato su di una *causa di garanzia*. V. *supra*, nota 50.

⁹⁶ Sicuramente restano fuori dalla causa negoziale dell'espromissione i rapporti con il debitore originario, che influiranno semmai sulla possibilità per l'espromittente di rivalersi sull'espromesso: come messo in luce dalla dottrina che più si è occupata delle vicende dell'obbligazione, nell'espromissione è essenziale l'assunzione del debito verso il creditore, mentre nei rapporti interni tra espromesso ed espromittente non è detto che ci sia uno spostamento del peso economico del debito, al contrario di quanto accade nell'accollo (v. R. CICALA, *Delegazione ed espromissione*, cit., 80 ss.; ID., *Espromissione*, cit., 134 ss.). L'espromittente può intervenire ad assumersi il debito dell'espromesso: su incarico di quest'ultimo (non esternato al creditore nel negozio di assunzione, se no si ha delegazione), e gli spetterà la rivalsa a titolo di *actio mandati contraria*; per fargli credito, e avrà allora diritto alla restituzione di quanto prestato a titolo di mutuo; per estinguere un suo debito verso l'espromesso, e si avrà una *datio in solutum* che dovrà essere accettata dal debitore originario, e che non lo legittimerà ad alcuna rivalsa verso quest'ultimo; senza che esista un sottostante rapporto di provvista, e allora questo si creerà con l'espromissione, e il terzo avrà diritto di rivalersi sul debitore originario a titolo di *negotiorum gestio* o di ingiustificato arricchimento; per spirito di liberalità, nel qual caso il terzo espromittente, rinunciando a ogni rivalsa verso l'espromesso, realizzerà una donazione indiretta. Tutto ciò non muta tuttavia la causa dell'espromissione quale si atteggia nei rapporti con il creditore.

che si traduce come detto nel necessario riferimento al rapporto di valuta – viene ricostruita dal punto di vista strutturale come un contratto tra terzo espromittente e creditore, a prestazioni corrispettive, in cui, a fronte dell’obbligarsi del terzo, il creditore libera il debitore originario⁹⁷: la liberazione deve essere prevista espressamente nel contratto, altrimenti – se successiva o anche contestuale ma autonoma rispetto al negozio espromissorio – ha natura remissoria, distinta dall’espromissione (che resta cumulativa, secondo la regola generale dell’art. 1272, 1° comma, c.c.), e con applicazione della normativa degli articoli 1236 ss. (quindi, a tacer d’altro, il debitore originario avrebbe il potere di opporsi alla remissione in un congruo termine)⁹⁸.

Diverso il discorso per l’espromissione cumulativa: secondo la dottrina più consolidata, che applica per analogia la norma sulla sussidiarietà della delegazione⁹⁹, essa importerebbe sempre la degradazione a sussidiaria dell’obbligazione dell’espromesso, e per questo richiederebbe sempre il consenso del creditore. Anche questa fattispecie avrebbe insomma invariabilmente struttura contrattuale, secondo alcuni per il fatto che anche qui sarebbero riconoscibili due prestazioni corrispettive: l’assunzione del debito da parte dell’espromittente, in solido con l’espromesso, e l’impegno del creditore a rivolgersi prima all’espromittente, e solo in caso di richiesta infruttuosa all’espromesso¹⁰⁰. Si osserva però da parte di altri sostenitori della tesi della contrattualità, che in realtà la preventiva richiesta non è un obbligo bensì un onere, e non vi si può ravvisare un corrispettivo della prestazione dell’espromittente – che si fonda causalmente sulla rilevata assunzione del debito altrui – ma piuttosto un effetto automatico della solidarietà “disuguale”, nascente da fonti diverse¹⁰¹. In ogni caso, la struttura contrattuale sarebbe richiesta dal fatto che il creditore non beneficia solo di effetti favorevoli, ma gli verrebbe imposto dalla stessa causa di assunzione del debito altrui, che regge l’espromissione, l’onere di considerare l’assuntore come debitore principale e quindi di chiedere innanzitutto a lui l’adempimento¹⁰².

⁹⁷ V. per tutti S. RODOTÀ, *op. cit.*, 787; R. CICALA, *Espromissione*, cit., 107 ss. Gran parte della dottrina parla di contratto a favore di terzo, nel senso che l’espromesso sarebbe il terzo beneficiario della prestazione del promittente, che sarebbe il creditore; ma l’impossibilità di configurare un potere di rifiuto del debitore espromesso o un potere di revoca da parte dello stipulante-espromittente induce a respingere questa ricostruzione: cfr. S. RODOTÀ, *op. cit.*, 786.

⁹⁸ V. R. CICALA, *op. ult. cit.*, 104 ss., spec. 110 ss., ove il giusto rilievo secondo cui nella remissione il creditore compie semplicemente una rinunzia abdicativa dal suo diritto, valutata con sfavore dall’ordinamento, che gli antepone l’eventuale interesse del debitore a non essere liberato, mentre nell’espromissione liberatoria egli dispone del credito scambiandolo con l’obbligazione dell’espromittente, e ciò non può essere impedito dal debitore originario (similmente a quanto accade nell’adempimento del terzo, dove l’opposizione del debitore non elimina il potere del creditore di ricevere la prestazione dal terzo). Nello stesso senso R. ROLLI, *L’espromissione e la liberazione del debitore originario*, cit., 79 ss.; A. TOMASSETTI, *Assunzione unilaterale ed espromissione “ex lege”*, cit., 70 ss.

⁹⁹ A partire, come detto, da P. RESCIGNO, *Studi sull’accollo*, cit., 68 ss.

¹⁰⁰ V. N. DI GIOVINE, *op. cit.*, 600 s.; S. RODOTÀ, *op. cit.*, 787.

¹⁰¹ V. *supra*, n. 3. In questo senso: E. CECI, *La contrattualità dell’espromissione cumulativa*, in *Rass. dir. civ.*, 1989, 296 ss.; R. CICALA, *op. ult. cit.*, 108, 131 ss.

¹⁰² Più recentemente, aderisce alla tesi della necessaria degradazione a sussidiaria dell’obbligazione dell’espromesso U. LA PORTA (*L’assunzione del debito altrui*, cit., 10 ss., 31 ss.), il quale tuttavia non vede in tale degradazione una controprestazione imposta al creditore, ma una semplice limitazione dell’effetto favorevole costituito dall’acquisto del credito verso l’espromittente, e ritiene quindi possibile utilizzare la struttura negoziale dell’art. 1333 c.c. La giurisprudenza è per la natura contrattuale e bilaterale dell’espromissione: v. per tutte Cass., 5 marzo 1973, n. 609, in *Giust. civ.*, 1973, I, 937 ss.; Cass., 21 novembre 1983, n. 6935, in *Giust. civ. Mass.*, 1983, 2377; Cass., 16 aprile 1988, n. 2997, in *Giust. civ. Mass.*, 1988, 729; Cass., 5 aprile 2001, n. 5076, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, 716;



Se, al contrario, si accoglie l'idea che la sussidiarietà deve essere prevista dalla legge o accettata dal creditore, rappresentando un'eccezione alla regola generale della *libera electio*, ecco che – accanto all'espromissione cumulativa in cui il creditore accetta di considerare l'assuntore come debitore principale, e fa quindi degradare a sussidiaria l'obbligazione dell'espromesso¹⁰³ – è configurabile un'espromissione cumulativa per atto unilaterale dell'espromittente, recettizio nei confronti del creditore (per consentirgli il rifiuto, a tutela dell'intangibilità della sua sfera patrimoniale), con cui l'espromittente si limita ad assumere il debito in solido col precedente debitore, di modo che il creditore possa chiedere la prestazione indifferentemente all'uno o all'altro¹⁰⁴.

Né si dica che in questo modo non si ha vera assunzione del debito altrui, ma un contratto di garanzia assimilabile alla fideiussione: posto che un rafforzamento della garanzia creditoria è connaturato al meccanismo d'attuazione solidale, e si ravvisa quindi anche nell'assunzione cumulativa del debito, qui esso non assurge a causa del negozio di espromissione, ma rileva al più come conseguenza fattuale e indiretta. E in ogni caso la differenza garanzia/assunzione cumulativa non può certo discendere dalla inversa sussidiarietà delle due obbligazioni (nell'espromissione sarebbe l'obbligazione dell'espromesso a rimanere in una posizione sussidiaria, mentre nella fideiussione sarebbe l'obbligazione del terzo garante ad essere sussidiaria rispetto a quella del debitore garantito), tanto più che, come ormai sottolineato più volte, neanche l'obbligazione fideiussoria può di per sé ritenersi sussidiaria¹⁰⁵.

Il tema della distinzione tra fideiussione ed espromissione cumulativa è stato a lungo dibattuto, e fatto oggetto di analisi spesso parziali e fuorvianti.

contra, tuttavia, Cass., 12 aprile 2006, n. 8622, in *Riv. giur. sarda*, 2009, 277, con commento di N. ORTU, che parla espressamente di negozio unilaterale recettizio.

¹⁰³ In questo caso si può discutere se il consenso del creditore all'espromissione porti sempre con sé la degradazione a sussidiaria dell'obbligazione dell'espromesso, o se occorra che ciò sia previsto espressamente nel negozio di assunzione (cioè in una clausola del contratto di espromissione). A mio avviso, vista la causa di assunzione del debito altrui che regge l'espromissione, la semplice accettazione dell'espromissario dovrebbe implicare sussidiarietà, implica cioè la volontà di reputare debitore principale, ormai, l'espromittente, rimanendo l'espromesso in una posizione defilata di garante: il creditore, insomma, se accetta l'assetto d'interessi proposto dal terzo, non può poi esigere la prestazione immediatamente dal suo originario debitore (è chiara la differenza rispetto alla fideiussione, in cui la causa di garanzia che regge il contratto porta al rafforzamento della pretesa creditoria, ma non impone naturalmente al creditore di rivolgersi prima al garante).

¹⁰⁴ V. C. DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, cit., 258; G. CASTIGLIA, *Promesse unilaterali atipiche*, cit., 351 ss.; A. TOMASSETTI, *Assunzione unilaterale ed espromissione "ex lege"*, cit., 57 ss.; Id., *Espromissione cumulativa*, in *Obbl. e contr.*, 2006, 452 ss.; L.V. MOSCARINI, *Il contratto a favore di terzi*, cit., 143 s. Anche nella fideiussione, per l'effetto esclusivamente favorevole nei confronti del creditore, si ammette ormai la struttura unilaterale (ricorrendo o meno alla discussa modalità di perfezionamento di cui all'art. 1333 c.c.): v. A. RAVAZZONI, *La fideiussione*, cit., 118, nota 59, e 157 ss.; M. FRAGALI, voce *Fideiussione*, cit., 350; G. CASTIGLIA, *op. cit.*, 357 s.; G. BOZZI, *La fideiussione*, Milano, 1995, 10 s.; A. GIUSTI, *La fideiussione e il mandato di credito*, cit., 110 ss.; L.V. MOSCARINI, *op. cit.*, 22 ss. La giurisprudenza è costante nel ritenere applicabile alla fideiussione l'art. 1333 c.c.: v. già Cass., 20 maggio 1959, n. 1507, in *Giur. it.*, 1960, I, 1, 26 ss.; più recentemente, Cass., 1° ottobre 1993, n. 9777, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 1536 ss., con nota di G. CHINÈ. Nel senso che sia possibile ravvisare la fonte del rapporto fideiussorio in un negozio unilaterale: Cass., 18 settembre 1974, n. 2502, in *Foro it. Rep.*, voce *Fideiussione e mandato di credito*, n. 8; Cass., 12 aprile 1984, n. 2356, in *Giust. civ.*, 1985, I, 466 ss.; Cass., 13 febbraio 2009, n. 3525, in *Giust. Civ. Mass.*, 2009, 226.

¹⁰⁵ V. *supra*, nn. 2-3.

Si è detto che nell'assunzione si subentra nello stesso rapporto obbligatorio, mentre con la fideiussione nascerebbe un'obbligazione nuova¹⁰⁶; ma è evidente che anche nell'espromissione cumulativa, che pure è sempre titolata rispetto al rapporto di valuta e realizza una successione a titolo particolare nel debito¹⁰⁷, l'obbligazione dell'espromittente nasce dal negozio di assunzione, da una fonte diversa rispetto al debito originario, dei cui eventuali vizi risentirà; quindi il rapporto obbligatorio, ancorché ad attuazione solidale, non può essere considerato unico¹⁰⁸.

Si è allora cercato di individuare la distinzione sul piano pratico, effettuale, vedendo indizi di una successione nel debito, con definitiva traslazione del peso economico del debito in capo all'assuntore, nella previsione di un corrispettivo che "elida definitivamente il sacrificio patrimoniale derivante dall'assunzione", o nella mancata previsione di un diritto di regresso verso il debitore originario (solo però nei casi in cui non si sia comunque detto espressamente di volersi obbligare come fideiussore ex art. 1937 c.c.)¹⁰⁹.

Anche questa distinzione non può essere accettata, perché è ormai chiaro che per aversi assunzione del debito basta che formalmente ci sia un'assunzione del debito *verso il creditore*, mentre non sempre rileva che ci sia anche uno spostamento del peso economico del debito nei rapporti interni: questo accade, come si dirà, nell'accollo – che realizza sempre un'attribuzione patrimoniale da accollante ad accollato e si innesta su un rapporto contrattuale tra i due – ma non sempre nell'espromissione cumulativa, visto che i rapporti interni tra espromittente ed espromesso restano fuori dal congegno causale del negozio, che riguarda solo espromittente ed espromissario.

Nell'espromissione si devono tenere nettamente distinti i due piani.

Da un lato, nei rapporti col creditore, il negozio di fonda sempre sulla causa di assunzione, e i rapporti tra espromittente ed espromesso restano confinati nella sfera dei motivi irrilevanti, tranne che si faccia espresso riferimento al rapporto di provvista, nel qual caso l'espromittente potrà opporre al creditore tutte le eccezioni fondate sul rapporto tra lui e il debitore originario.

Dall'altro lato, nei rapporti interni tra espromittente ed espromesso, non si ravvisa sempre uno spostamento del peso economico del debito: questo accade se l'assuntore interviene per spirito di liberalità, o per estinguere un suo debito verso il debitore originario, ma la situazione cambia se egli

¹⁰⁶ Posizione diffusa soprattutto nella giurisprudenza. V. Cass., 24 marzo 1979, n. 1715, in *Rep. Foro it.*, 1979, voce *Obbligazioni in genere*, n. 52: "Il criterio discrezionale fra espromissione e fideiussione [...] va ravvisato nel fatto che, nella prima, si verifica per l'intervento dell'espromittente un mero arricchimento, o mutamento dal lato passivo (ove il creditore dichiara di liberare l'originario debitore) di un rapporto obbligatorio che resta unico, e rispetto al quale è irrilevante la sussistenza o meno del proposito dell'espromittente di garantire il debito altrui; nella seconda, invece, essenziale e caratterizzante è il sorgere di un nuovo rapporto obbligatorio fra creditore e fideiussore, in posizione accessoria rispetto a quello preesistente, nonché la finalità di garantire l'adempimento della obbligazione altrui, quale causa negoziale giustificativa della costituzione del nuovo rapporto". Nello stesso senso Cass., 20 febbraio 1982, n. 1081, in *Rep. Foro it.*, 1982, voce *Obbligazioni in genere*, n. 36.

¹⁰⁷ Cfr. *supra*, nota 90.

¹⁰⁸ V. F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, cit., 45 ss.

¹⁰⁹ Così F. DI SABATO, *Fideiussione e negozi di assunzione del debito altrui: criteri d'interpretazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, II, 490 ss.



interviene solo perché ha ricevuto un mandato dal debitore originario (gli spetterà allora la *actio mandati contraria*), o per fargli credito (e matura in questo caso un diritto alla restituzione di quanto avrà prestato al creditore), o semplicemente quando i due si siano accordati perché il peso economico continui a gravare sul debitore originario, prevedendo il diritto di regresso nell'ipotesi di adempimento dell'espromittente (stipulando un contratto di acollo interno)¹¹⁰. Tutto questo secondo gruppo di circostanze resta fuori dal negozio di assunzione, non assume alcuna rilevanza per il creditore, ed influisce solo sui rapporti tra debitore e assuntore, sulla disciplina del regresso e della surrogazione tra debitori in solido: e non può valere a tracciare una distinzione con la fideiussione, dove pure, peraltro, i rapporti tra garante e debitore garantito restano fuori dal contratto di fideiussione, che si perfeziona con il creditore.

Se proprio si vuol fondare sui rapporti interni tra terzo e debitore una distinzione tra causa di assunzione del debito e causa di garanzia fideiussoria, si può solo dire che mentre nell'espromissione cumulativa il diritto di regresso di chi adempie può esserci o meno, a seconda dei rapporti intercorrenti tra espromittente ed espromesso, nella fideiussione il garante che paga ha immancabilmente il diritto di rivalersi sul debitore garantito, a titolo di regresso o surrogazione, perché mai può gravare su di lui in via definitiva il peso economico del debito¹¹¹.

In ogni caso, non sembra che la degradazione a sussidiaria dell'obbligazione originaria faccia parte di quella "minima unità effettuale" che caratterizza la funzione di assunzione del debito altrui¹¹²: si ricorda che si tratta di un aspetto marginale e accessorio – compatibile con l'art. 1293 c.c. – rispetto alla modalità d'attuazione solidale del rapporto (se si va oltre, arrivando al beneficio della preventiva escussione, si spezza il vincolo di solidarietà¹¹³), che deve scaturire da un'apposita disposizione di legge o da una convenzione col creditore, e dal quale a mio avviso non può ricavarsi una chiara distinzione funzionale tra espromissione cumulativa e fideiussione.

¹¹⁰ V. per queste problematiche R. CICALA, *Delegazione ed espromissione*, cit., 80 ss., spec. nota 61; e soprattutto ID., *Espromissione*, cit., 137 ss., spec. 143 s. Addirittura si potrebbe prevedere che il peso economico del debito passi all'espromittente solo in parte, riconoscendo il suo diritto ad un regresso solo parziale: occorrerebbe pattuire la quota di obbligazione solidale spettante ad espromittente ed espromesso, e l'obbligazione sarebbe comunque a interesse unisoggettivo nei rapporti con il creditore (realizzando sempre un'assunzione del debito nei suoi confronti), ma richiederebbe l'applicazione, in quanto compatibile, della disciplina generale della solidarietà in tema di regresso (artt. 1298-99) e surrogazione (art. 1203, n. 3). C'è da dire, tuttavia, che il legislatore, nel disciplinare l'istituto, ha considerato il caso più frequente (come ha fatto per la delegazione, dettando una disciplina che ben si attaglia alla delegazione su debito, ma non sempre si concilia con quella allo scoperto), in cui il peso economico del debito passa interamente all'espromittente, e l'espromesso rimane obbligato solo come garante nell'interesse altrui: proprio per il fatto che l'espromesso non ha una parte di condebito, l'art. 1272, 3° comma, c.c. vieta infatti all'assuntore di eccepire la compensazione che avrebbe potuto opporre il debitore originario, conformemente in realtà a quanto previsto in generale per le obbligazioni solidali (art. 1302 c.c.: *ciascuno dei debitori in solido può opporre in compensazione il credito di un condebitore solo fino alla concorrenza della parte di quest'ultimo*). Per questa riflessione, v. ancora R. CICALA, *Espromissione*, cit., 132 s.

¹¹¹ Per questa osservazione, v. G. BISCONTINI, *Assunzione di debito e garanzia del credito*, cit., 68 ss., 159 ss., spec. 168.

¹¹² Così invece U. LA PORTA, *L'assunzione del debito altrui*, cit., 17 ss.

¹¹³ V. *supra*, n. 3. L'Autore che fonda sulla causa di assunzione la necessaria degradazione a sussidiaria dell'obbligazione originaria, tra l'altro, accoglie una nozione di sussidiarietà ancora più blanda, quella che si traduce nella c.d. "preventiva attesa" (U. LA PORTA, *op. ult. cit.*, 57 ss.), per la quale è dubbio che possa persino parlarsi di sussidiarietà (v. nuovamente *supra*, n. 3).

È vero che la distinzione va fatta non ragionando su problemi strutturali (unicità o meno del rapporto obbligatorio) né sui motivi delle parti (a cui vanno ricondotti i rapporti tra espromittente e debitore espromesso), bensì sul piano funzionale, dell'assetto d'interessi che terzo e creditore vogliono realizzare con il negozio di espromissione (o solo il terzo, ammettendo che l'espromissione senza sussidiarietà, come la fideiussione, possa realizzarsi con un negozio unilaterale): tuttavia la differenza tra l'assumere il debito verso il creditore (con un negozio che ha la medesima causa del negozio di adempimento del terzo), divenire cioè obbligato in solido alla medesima prestazione dovuta dal debitore precedente, ponendosi con questo in un rapporto di quasi perfetta parità, rispetto all'intervenire come garante in via accessoria, si concreta in differenze effettuali tutt'altro che marginali, e ben più rilevanti dell'aspetto della preventiva richiesta o "attesa".

L'obbligazione del fideiussore è accessoria: si applicheranno le norme degli artt. 1939, 1941 e 1945 c.c., e qualsiasi causa di invalidità o inefficacia del rapporto originario si rifletterà sempre – con l'eccezione dell'incapacità del debitore garantito – sull'obbligazione del fideiussore, in qualunque momento sopravvenga. Oltretutto troveranno applicazione quelle norme, proprie della fideiussione, da cui si evince che il fideiussore è obbligato in una posizione defilata rispetto al debitore garantito, quali gli artt. 1952, 1953, 1955 e 1957 c.c.

All'opposto, essendo fuori dall'accessorietà fideiussoria, le norme viste risulteranno inapplicabili al caso dell'espromissione cumulativa¹¹⁴. Con questa il terzo assume il debito così com'è al momento dell'assunzione, rappresentando il debito originario l'oggetto dell'assunzione, e potrà sì opporre al creditore le stesse eccezioni dell'espromesso (in ciò risiede come visto il concetto di assunzione del debito altrui come successione a titolo particolare), ma solo fino al momento dell'espromissione stessa (art. 1272, 3° comma, c.c.): gli eventuali fatti modificativi o estintivi nei confronti dell'originario debitore intervenuti dopo l'espromissione non lo libereranno (a differenza di quanto accade al fideiussore), perché lui è ormai il debitore principale mentre l'espromesso è rimasto obbligato solo come garante¹¹⁵ (ancorché neanche quest'ultimo sia propriamente un fideiussore, mancandone la tipica accessorietà: in caso di nullità dell'espromissione, ovviamente, il

¹¹⁴ Così come all'accollo cumulativo: v. P. RESCIGNO, *Studi sull'accollo*, 73 ss.

¹¹⁵ V. B. CARPINO, *Espromissione cumulativa e fideiussione*, cit., 399; U. LA PORTA, *Brevi note sulla c.d. espromissione invertita*, cit., 749; A. TOMASSETTI, *Espromissione per obbligazione futura e fideiussione*, in *Obbl. e contr.*, 2009, 509 ss. La nullità del titolo dell'obbligazione assunta sarà ovviamente opponibile al creditore, perché porta alla nullità dell'espromissione non solo per mancanza dell'oggetto (il debito da assumere) ma per mancanza di causa (esattamente come accade alla novazione se non esisteva l'obbligazione originaria, ai sensi dell'art. 1234 c.c.). Quanto al regime delle eccezioni, fuori dalla disciplina speciale dettata dall'art. 1272, 3° comma, per la quale v. sopra nel testo, opera la regola generale dettata in materia di solidarietà dal'art. 1297 c.c. (inopponibilità delle eccezioni personali agli altri obbligati in solido), e non quella, figlia dell'accessorietà fideiussoria, dell'art. 1945 (possibilità di opporre tutte le eccezioni che spettano al debitore principale, salvo quella derivante dall'incapacità). Per l'applicazione della normativa generale in materia di obbligazioni solidali, ove non derogata nella sede specifica (e, si deve aggiungere, ove non incompatibile con la natura di solidarietà "a interesse unisoggettivo" propria dell'assunzione cumulativa del debito), v. C. MIRAGLIA, *op. cit.*, 69.



debitore originario non è liberato, avendo la sua obbligazione una fonte antecedente e non potendo risentire di un'attività negoziale cui è rimasto estraneo¹¹⁶).

Applicandosi le regole generali della solidarietà, e valutata comunque la realizzazione dell'interesse giuridico-economico sotteso all'espromissione, resteranno opponibili l'adempimento da parte del debitore originario, nonché, si ritiene, le altre cause estintive di tipo satisfattorio¹¹⁷ (con l'eccezione della compensazione, ai sensi dell'art. 1272, 3° comma, il che si spiega con il fatto che in genere l'espromesso non ha più alcuna parte nel debito nei rapporti interni, e quindi l'espromittente non può portare in compensazione un eventuale controcredito dell'espromesso nei confronti del creditore, conformemente alla regola dell'art. 1302 c.c.¹¹⁸: tuttavia si ritiene che, una volta eccepita la compensazione da parte del debitore originario ed estinta la sua obbligazione, l'espromittente possa eccepire a sua volta la propria liberazione, per l'avvenuta soddisfazione della pretesa creditoria¹¹⁹).

In generale, nel caso normale – preso in considerazione dal legislatore – in cui nei rapporti interni il peso economico del debito sia stato traslato sull'espromittente (il quale, in caso di pagamento, non avrà regresso verso l'espromesso, trattandosi di solidarietà nel suo solo interesse *ex art.* 1298, 1° comma, c.c. e priva di parziarietà interna¹²⁰), non si applicheranno le disposizioni degli articoli 1300-1303 e 1311-1313 c.c.¹²¹, ma solo quelle che non presuppongono la divisione interna del debito (artt. 1304-1310 c.c.). Ecco perché, ad esempio, l'eventuale remissione fatta nei confronti del debitore originario dopo l'espromissione non libera l'espromittente come dovrebbe essere secondo l'art. 1301, 1° comma; del resto, essendo rimasto l'espromesso obbligato come semplice

¹¹⁶ Critica l'assimilazione del debitore espromesso al fideiussore G.F. CAMPOBASSO (*Coobbligazione cambiaria*, cit., 358: v. *supra*, nota 70, per l'argomento tratto dall'art. 1276 c.c.). Mi sembra quindi errato ritenere che l'espromesso possa far valere le eccezioni che potrebbe far valere l'espromittente, *ex art.* 1945, tra cui la compensazione con un credito vantato dallo stesso espromittente (ormai debitore principale) verso il creditore, ai sensi dell'art. 1247, 1° comma, c.c. (così invece G. BISCONTINI, *Assunzione di debito e garanzia del credito*, cit., 101): il debitore espromesso rimane sì vincolato come garante, ma non è sicuramente una garanzia accessoria come quella nascente da una fideiussione; la sua obbligazione ha una fonte pregressa, ed egli non può avvantaggiarsi, ai danni del creditore, per effetto di un'espromissione cui non ha partecipato, cumulativa e non privativa (che non richiede il consenso del creditore proprio per il fatto che gli arreca solo vantaggi).

¹¹⁷ V. C.M. BIANCA, *Diritto civile. 4. L'obbligazione*, cit., 669; A. TOMASSETTI, *Espromissione per obbligazione futura e fideiussione*, cit., 510.

¹¹⁸ V. *supra*, nota 110; sulla mancanza di un apprezzabile interesse a concludere un'espromissione avente ad oggetto un debito compensabile, se si consentisse all'espromittente di sollevare l'eccezione di compensazione già spettante al debitore originario, v. U. LA PORTA, *L'assunzione del debito altrui*, cit., 147 ss., spec. 150.

¹¹⁹ In questo senso A. TOMASSETTI, *loc. ult. cit.*, ove pure si trova un'analisi dettagliata delle varie vicende dell'obbligazione originaria e del loro propagarsi sull'assunzione del terzo. Si ricordi che qualora la compensazione sia già stata eccepita dal debitore originario *prima* dell'espromissione, con conseguente estinzione del rapporto obbligatorio, l'espromissione stessa è nulla per mancanza di causa.

¹²⁰ V. *supra*, n. 2. Anche sotto questo profilo la situazione è perfettamente invertita rispetto alla fideiussione, anch'essa solidarietà a interesse unisoggettivo, ma nel solo interesse del debitore principale, cosicché, come già rilevato, il fideiussore avrà sempre regresso e surrogazione verso il debitore garantito.

¹²¹ Secondo la dottrina che più si è occupata del tema, tali norme si applicano solo alle obbligazioni soggettivamente complesse, scaturenti da una *eadem causa obligandi* e caratterizzate da una vera comunione nel debito: v. F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, cit., 60 ss., 242 ss.

garante, si può applicare la regola prevista per la rinuncia alle garanzie agli articoli 1238-39 c.c. (essa cioè non incide sul debito principale)¹²².

Se, come pure è possibile, il peso economico nei rapporti interni non viene traslato sull'espromittente (si pensi a un'espromissione cumulativa fatta su incarico dell'espromesso non esternato, o per fargli credito, o anche solo senza alcun pregresso accordo tra i due), *verso il creditore* l'espromissione farà nascere comunque una solidarietà a interesse unisoggettivo, con l'espromittente successore nel debito e l'espromesso garante (la disciplina sarà sempre quella appena vista); ma la situazione si differenzierà radicalmente nei rapporti interni, potendosi avere un diritto di regresso totale o parziale, o di surrogazione *ex art.* 1203 n. 3 c.c., a seconda degli accordi intercorsi tra espromittente ed espromesso¹²³.

Da quanto si è detto, risulta evidente che gli effetti dell'assunzione e della garanzia fideiussoria sono in sostanza diversi, senza dover postulare la sussidiarietà dell'obbligazione originaria nel caso dell'assunzione¹²⁴. È vero che la qualificazione va fatta *ex ante* e gli effetti ne discendono come conseguenza¹²⁵: ma la chiara distinzione effettuale è testimonianza della differenza di assetto d'interessi che si realizza, da un lato, assumendo e, dall'altro, garantendo il debito altrui, e quindi della loro sostanziale diversità funzionale¹²⁶.

Certo, per capire quale sia la reale intenzione delle parti, servirà un'attenta analisi del negozio: nel dubbio, si deve probabilmente propendere per la fideiussione, che produce effetti "meno gravosi per l'obbligato" ai sensi dell'art. 1371 c.c.; anche se questo criterio va temperato ricordando che la "volontà di prestare fideiussione" deve essere "espressa" (art. 1937 c.c.)¹²⁷.

¹²² V. G.F. CAMPOBASSO, *op. cit.*, 272 ss.; A. TOMASSETTI, *loc. ult. cit. Contra*, G. BISCONTINI, *Assunzione di debito*, cit., 97, secondo il quale la remissione a favore dell'espromesso, anche successiva all'espromissione, fa venir meno l'oggetto dell'assunzione e travolge l'obbligazione dell'espromittente: l'Autore trascura a dire il vero il chiaro disposto dell'art. 1272, che vieta di opporre le eccezioni fondate sul rapporto di valuta dopo l'espromissione, proprio perché l'espromissione ha ad oggetto il debito *esistente al momento dell'assunzione*, e pur determinando per legge successione nel debito (per il disposto della norma che impedisce di astrarla dal rapporto di valuta), costituisce comunque fonte diversa rispetto a quella dell'obbligazione originaria: dal momento dell'assunzione, insomma, salvi gli effetti della solidarietà, l'obbligazione dell'espromittente vive di vita propria (a differenza di quanto accade per l'obbligazione del fideiussore, che dipende sempre da quella del debitore principale). Per questa ragione l'eventuale remissione del debito dell'espromesso, così come la risoluzione del contratto da cui trae origine la sua obbligazione, se successive al momento dell'assunzione, non incidono sul credito verso l'espromittente.

¹²³ V. R. CICALA, *Espromissione*, cit., 143 s. Caso ulteriore e diverso da quello che stiamo esaminando, è quello in cui il terzo si assuma *anche verso il creditore* una parte soltanto del debito altrui, cioè realizzando un'"espromissione" il cui oggetto è solo una parte del debito altrui. In questo caso, ancorché l'assunzione sia solo cumulativa (cioè per una parte del debito l'assuntore si affianca come debitore in solido al debitore originario), mi sembra che, per il fatto che si va ad incidere sulla struttura del rapporto obbligatorio originario, non si possa prescindere dal consenso sia del creditore che del vecchio debitore (il quale potrebbe vedersi costretto ad adempiere una prestazione ridotta quantitativamente rispetto a quella consapevolmente assunta in origine, il che non è detto si traduca sempre in un vantaggio). In ogni caso si esce dall'espromissione tipicamente prevista dal legislatore, per rientrare nella struttura dell'accollo (v. *infra*).

¹²⁴ Nemmeno nella forma del beneficio della preventiva attesa, che mi sembra esuli dalla sussidiarietà e si spieghi in altro modo, con l'oggetto cioè dell'obbligazione che si è assunta: v. *supra*, n. 3.

¹²⁵ Così S. RODOTÀ, voce *Espromissione*, cit., 788.

¹²⁶ V. G. BISCONTINI, *op. ult. cit.*, 74.

¹²⁷ Per queste conclusioni, v. P. RESCIGNO, *Studi sull'accollo*, cit., 77; F. DI SABATO, *Fideiussione e negozi di assunzione*, cit., 497 s., secondo il quale, a soddisfare il dettato dell'art. 1937, basta anche la sola enunciazione dello scopo di garanzia; S. RODOTÀ, voce *Espromissione*, cit., 788.



Non resta quindi che confermare le conclusioni cui siamo giunti: la degradazione a sussidiaria dell'obbligazione originaria non caratterizza causalmente l'assunzione del debito altrui, e quindi l'assunzione cumulativa nell'espromissione, così come nella delegazione di debito, non necessita del consenso del creditore, ma basta che gli sia comunicato il negozio di assunzione e sia fatto salvo il suo potere di rifiuto¹²⁸.

6. Veniamo infine all'accollo, che, tra i casi di successione nel debito/novazione soggettiva, è il più frequente nella pratica, e quello nel quale si è sviluppato l'orientamento giurisprudenziale da cui abbiamo preso le mosse, fautore della necessaria sussidiarietà dell'accollo cumulativo.

Va premessa qualche breve considerazione sulla sua natura giuridica, struttura negoziale e funzione, che sole possono permettere di dare una risposta al problema che sia coerente con la trattazione svolta sin qui.

Nella dottrina tedesca in tema di accollo (privativo, non cumulativo, che esula dalla disciplina generale della *Schuldübernahme*), il campo si è diviso tra i sostenitori della c.d. *Verfügungstheorie*, secondo cui l'accollo come contratto tra debitore ed assuntore sarebbe un negozio di disposizione del debito, inefficace in quanto proveniente da un non legittimato (il debitore), finché non intervenga la ratifica del titolare attivo del rapporto, cioè del creditore (è questa la tesi maggioritaria, che sarebbe stata accolta al §415 BGB; l'intervento del creditore sarebbe applicazione del negozio autorizzatorio di cui al §185, 2° comma, BGB); e i sostenitori della c.d. *Angebotstheorie* (teoria dell'offerta), secondo cui invece l'accollo sarebbe costituito da una proposta di contratto rivolta da debitore e assuntore (o anche solo dall'assuntore) al creditore, il quale perfezionerebbe il contratto con la sua *accettazione*, per cui l'accordo tra accollante e accollato altro non sarebbe che un semplice negozio preparatorio rispetto al vero contratto di assunzione, tra terzo e creditore, assimilabile alla nostra espromissione¹²⁹.

Nel nostro ordinamento, la teoria dell'offerta è stata sostenuta da una dottrina minoritaria e molto criticata¹³⁰: dalla disciplina della cessione del contratto (art. 1406 c.c.) e dall'ambiguo dettato dell'art. 1273, 4° comma, si fa discendere che il consenso del creditore sia indispensabile al

¹²⁸ La giurisprudenza è orientata in senso contrario, richiedendo sempre l'accettazione del creditore: v. *supra*, nota 102, per riferimenti.

¹²⁹ Per una ricostruzione delle due teorie e per riferimenti, v. R. CICALA, voce *Accollo*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 289 s.

¹³⁰ È la tesi che si trova proposta in P. RESCIGNO, *Studi sull'accollo*, cit., 240 ss. (e già in A. FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milano, 1947, 301 ss. si parla di negozio aperto all'adesione del creditore, e non di negozio a favore di terzo), peraltro fortemente criticata già al suo apparire: v. P. SCHLESINGER, *Recensione a Pietro Rescigno – Studi sull'accollo*, cit., 651 ss.; R. CICALA, *Accollo*, oggi in *Saggi*, cit., 21 ss.; nonché, più recentemente, G.F. CAMPOBASSO, voce *Accollo*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, 3 ss.; R. ROLLI, *L'accollo*, in *Le obbligazioni – L'obbligazione in generale*, art. 1173-1320 c.c., a cura di M. Franzoni, Torino, 2004, 853 ss. La teoria dell'offerta riaffiora a volte nella giurisprudenza, incline a vedere nell'adesione del creditore un elemento perfezionativo del contratto di accollo: si veda la recente Cass., 24 febbraio 2010, n. 4482, cit.

perfezionamento della fattispecie, e che non sia ravvisabile un contratto a favore di terzo perché mancherebbe il *favor* giuridico per il creditore, che non acquisterebbe un nuovo diritto ma solo un vantaggio “puramente economico” (accollo cumulativo) o “casuale” (accollo liberatorio). Tutto ciò nel quadro ricostruttivo di un autonomo negozio di accollo, retto (come l’espromissione) da una causa tipica di “assunzione del debito altrui”¹³¹.

La tesi invece che ha finito col prevalere, forte di un espresso riferimento contenuto nella Relazione al Codice (n. 589), è quella che ricostruisce l’accollo come contratto a favore di terzo, tra accollante (promittente) e accollato (stipulante)¹³²: si dice che la similitudine con la cessione del contratto (nella quale c’è sempre un accollo delle passività inerenti alla posizione contrattuale) porta semmai a ritenere che in entrambi i casi l’adesione del creditore sia piuttosto una *condizione di efficacia* nei suoi confronti dell’accollo, e non elemento perfezionativo di una fattispecie trilatera¹³³, tanto più che l’art. 1273, 1° comma, c.c. dice che l’adesione del creditore rende irrevocabile la stipulazione a suo favore, richiamando proprio la disciplina del contratto a favore di terzo; che il vantaggio non è squisitamente economico perché l’accollatario acquista una ragione di credito verso un soggetto nuovo che si aggiunge al precedente debitore (accollo cumulativo), o per lo meno acquista il *favor* del potere di scelta tra accollante ed accollato (nell’accollo liberatorio)¹³⁴; che in caso di revoca della stipulazione a favore del creditore o di rifiuto di quest’ultimo di profittarne, “la prestazione resta a beneficio dello stipulante” ai sensi dell’art. 1411, 4° comma, c.c., rimanendo obbligato l’accollante, nei rapporti interni, a tenere indenne l’accollato, pur senza assumere il suo debito verso il creditore, “convertendosi” così l’accollo esterno in accollo interno¹³⁵; che, tuttavia, perché ci sia accollo esterno, a favore del creditore (terzo), è necessario che sia chiara la volontà delle parti di obbligare l’accollante verso l’accollatario, non potendo la semplice adesione del creditore

¹³¹ V. P. RESCIGNO, *op. cit.*, 92. Tra l’altro, secondo questa ricostruzione, l’accollo nascerebbe sempre come accollo interno, come spostamento del peso del debito tra le parti, e l’efficacia esterna sarebbe uno sviluppo eventuale, nel caso di comunicazione e adesione del creditore; massime giurisprudenziali tralasciate, tra cui anche la criticata Cass., 24 maggio 2004, n. 9982, cit., hanno sviluppato l’affermazione, ritenendo che ogni accollo interno darebbe sempre al creditore la possibilità di aderire e di acquistare il diritto verso il terzo, ma la dottrina prevalente ritiene che questo non accada, essendo imprescindibile la volontà delle parti di attribuire il diritto al creditore (così già P. RESCIGNO, *ivi*, 10, 15, 52, 199; E. FERRANTE, *Accollo e responsabilità sussidiaria*, cit., 266).

¹³² V. l’ampia trattazione svolta da R. CICALA, *Accollo*, in *Saggi*, cit., 21 ss.

¹³³ Così R. CICALA, *Accollo*, cit., 22, il quale ritiene che anche nell’accollo liberatorio (e quindi nella normale cessione del contratto) il consenso creditorio sia sempre e soltanto *condicio juris* d’efficacia e mai elemento perfezionativo, perché la liberazione dell’originario debitore non discenderebbe mai dal negozio di accollo, ma da un’autonoma dichiarazione unilaterale del creditore; ecco perché l’Autore giunge a vedere sempre nell’accollo privativo un accollo condizionato alla liberazione del debitore originario – che deve sempre scaturire da un autonomo negozio del creditore – e non un accollo che prevede in sé la liberazione dell’accollato, e che pertanto necessiterebbe sempre del consenso perfezionativo da parte del creditore (cfr. R. CICALA, *Il negozio di cessione del contratto*, cit., 183 s., 208 ss.). *Contra* però U. MAJELLO, voce *Contratto a favore di terzo*, in *Digesto (disc. priv.)*, Sez. civ., IV, Torino, 1989, 248, che reputa appunto il consenso del creditore elemento perfezionativo della fattispecie allorché si realizzi la liberazione del debitore originario.

¹³⁴ La critica che non si attribuisce al terzo un diritto nuovo, in realtà, anche a prenderla per buona, non sarebbe decisiva, tra l’altro, per l’accollo liberatorio novativo e per quello cumulativo con costituzione di un’obbligazione nuova in capo al terzo: qui infatti non c’è successione a titolo particolare nel debito, ma attribuzione all’accollatario di un credito nuovo nei confronti dell’accollante.

¹³⁵ V. R. CICALA, *op. ult. cit.*, 26; diversa anche in questo caso la posizione di U. MAJELLO (*loc. cit.*), secondo cui è vero che l’accollante resta obbligato nei confronti dell’accollato, ma non naturalmente alla prestazione di assunzione del suo debito, quanto piuttosto alla prestazione originariamente dovuta ai sensi del contratto che li lega. V. *infra* nel testo.



trasformare un accollo meramente interno in accollo esterno¹³⁶; che persino la disciplina delle eccezioni è la stessa dell'art. 1413 c.c., potendo l'accollante opporre al creditore tutte le eccezioni "fondate sul contratto in base al quale l'assunzione è avvenuta", e non altre eccezioni fondate su suoi personali rapporti con l'accollato¹³⁷.

L'inquadramento nella struttura negoziale del contratto a favore di terzo è insomma quasi unanime¹³⁸, ovviamente per quanto concerne il c.d. "accollo esterno", che è l'unico disciplinato nel codice e che è l'unico nel quale l'accollante si obbliga verso il creditore accollatario, realizzando successione nel debito o novazione soggettiva¹³⁹. Il c.d. "accollo interno" non è altro che un contratto ad effetti obbligatori tra accollante e accollato, variamente fondato causalmente, nel quale il terzo non diviene debitore del creditore originario, ma semplicemente si obbliga verso l'accollato a rifondergli quanto questi sarà costretto a pagare al suo creditore, o a dargli una provvista con cui adempiere al suo debito, o addirittura ad intervenire lui stesso presso il creditore con un adempimento del terzo o un'espromissione: in ogni caso questo tipo di accordo non è volto a produrre effetti a favore del terzo, e certo non muta la sua natura di contratto *inter partes* per il fatto che il creditore vi aderisca (la sua adesione sarebbe cioè inutile e mai potrebbe fargli acquistare un diritto verso l'accollante)¹⁴⁰.

Nonostante quindi l'accollo "esterno" si possa descrittivamente accostare alle altre fattispecie viste di assunzione del debito altrui, la struttura negoziale e la stessa natura giuridica sono sensibilmente diverse rispetto a delegazione ed espromissione: tanto che è lecito dubitare dell'utilità di ricostruire una nozione unitaria di assunzione del debito altrui, soprattutto trattando dell'assunzione cumulativa, visto che le disposizioni comuni ai tre istituti (artt. 1275, 1276 e in parte 1274 c.c.) si riferiscono solo all'assunzione liberatoria.

¹³⁶ V. *supra*, nota 130: non solo le parti possono escludere espressamente l'efficacia esterna, ma se nulla dicono l'accollo è inidoneo a produrre effetti per il creditore. V. E. FERRANTE, *op. cit.*, 266; U. LA PORTA, *L'assunzione del debito altrui*, cit., 290 s.; B. GRASSO, *Delegazione, espromissione e accollo*, cit., 117 s.

¹³⁷ È vero che nell'accollo privativo o cumulativo con successione nel debito l'accollante potrà opporre le eccezioni fondate sul rapporto di valuta che va ad assumere, ma solo perché tale rapporto è stato richiamato nel contratto di accollo, onde l'accollante risponderà sempre "nei limiti entro cui ha assunto il debito" (art. 1273, 4° comma): cfr. nuovamente R. CICALA, *op. ult. cit.*, 33 ss.

¹³⁸ Tra la dottrina più recente, si vedano G. GIACOBBE – D. GIACOBBE, *Della delegazione, dell'espromissione e dell'accollo* (art. 1268-1276), in *Comm. Cod. Civ. Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1992, 92 ss.; U. LA PORTA, *op. ult. cit.*, 208 ss.; B. GRASSO, *op. ult. cit.*, cit., 99 ss. L'orientamento è pacifico in giurisprudenza: v. Cass., 23 febbraio 1979, n. 1217, in *Giust. civ.*, 1979, I, 1254 ss.; Cass., 1° agosto 1996, n. 6936, nella motivazione, inedita, consultabile su *De Jure*; Cass., 11 aprile 2000, n. 4604, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, 783; Cass., 24 maggio 2004, n. 9982, cit.

¹³⁹ Sempre che tale distinzione possa ancora ammettersi, essendo ormai disciplinato specificamente il regime delle eccezioni e delle garanzie in caso di assunzione del debito altrui (v. *supra*, nota 64), anche nell'accollo, come nella delegazione, è possibile che l'accollante subentri nel debito dell'accollato richiamando espressamente il rapporto di valuta, realizzando una vera e propria successione a titolo particolare nello stesso rapporto (è l'ipotesi normale), ovvero che si costituisca in capo all'accollante un'obbligazione nuova (novazione soggettiva), ancorché dello stesso contenuto, con conseguenze in merito a prescrizione e privilegi generali: tutto dipende da quanto previsto nel contratto che determina l'accollo. Si ricorda che invece questo non può accadere, secondo la ricostruzione che ci sembra preferibile, nell'espromissione, che si regge causalmente sull'assunzione del debito altrui, e che pertanto non può che realizzare una successione nel debito. V. *supra*, n. 5.

¹⁴⁰ Per riferimenti, v. *supra*, note 131 e 136. *Contra*, nel senso che l'accollo avrebbe per natura efficacia esterna, e sarebbe necessaria una espressa previsione pattizia per escluderla, anziché per determinarla, C. LAZZARA, *Accollo e liberazione del debitore originario*, cit., 1305; G.F. CAMPOBASSO, voce *Accollo*, cit., 1.

Ad ogni modo nell'accollo non si ha una serie di negozi collegati volti a far assumere al terzo un'obbligazione fondata sulla *causa mandati*; né un negozio tra terzo e creditore fondato sulla causa di assunzione di un pregresso debito altrui; nemmeno, a mio avviso, si può parlare di un vero e proprio negozio giuridico causalmente autonomo¹⁴¹. Semplicemente, siamo di fronte a una struttura negoziale neutra (come è neutra la struttura della stipulazione a favore di terzo¹⁴²), che permette di realizzare una particolare attribuzione patrimoniale da accollante ad accollato, che non si traduce in un trasferimento di diritti o nella costituzione di un'obbligazione in suo favore, bensì nell'accollarsi delle passività; l'accollo è insomma un particolare effetto attributivo, derivante da un contratto tra terzo e debitore, che potrà essere retto dalle giustificazioni causali più svariate¹⁴³. L'accollante potrà ad esempio assumersi il debito¹⁴⁴ per spirito di liberalità (donazione obbligatoria); per estinguere un suo debito verso l'accollato (*datio in solutum*); per scambiarlo con un'attribuzione corrispettiva in suo favore (è il caso classico dell'acquisto di un immobile, in cui una parte del prezzo è pagata sotto forma di un accollo del debito da mutuo ipotecario¹⁴⁵).

Questo spiega perché l'accollante sia obbligato “nei limiti in cui si è assunto il debito”, e perché possa sempre sollevare verso il creditore tutte le eccezioni fondate sul contratto in base al quale si è accollato il debito altrui: l'assunzione del debito è un'attribuzione giustificata dal sottostante contratto tra i due, e l'eventuale invalidità, inefficacia o scioglimento di questo implica il venir meno di tutte le attribuzioni patrimoniali (anche a favore di terzo) che ne costituiscono l'oggetto. Ciò è in linea con quanto normalmente si ritiene per il contratto a favore di terzo, che ha una sua causa (di solito lo scambio tra stipulante e promittente), e in cui la prestazione che il promittente dovrebbe eseguire a favore dello stipulante viene per così dire “deviata” a favore di un terzo soggetto (sulla base dell'“interesse dello stipulante”, che altro non è se non la causa che regge l'attribuzione al terzo, la causa della clausola con cui lo stipulante devia al terzo alcuni degli effetti – favorevoli – del negozio)¹⁴⁶:

¹⁴¹ Per questa ricostruzione, che fonda l'accollo sulla causa di assunzione del debito altrui, così identificando la causa del negozio con il suo effetto (ma in questo modo avvicinandosi molto alla teorizzazione di un negozio astratto tra accollante e accollato), v. P. RESCIGNO, *Studi sull'accollo*, cit., 92, 158.

¹⁴² Parla di “schema generale di contratto con efficacia esterna” U. MAJELLO, *op. cit.*, 237.

¹⁴³ V. R. CICALA, voce *Accollo*, cit., 289 ss.; ID., *Accollo*, in *Saggi*, cit., 41 ss.; P. SCHLESINGER, *Recensione a P. Rescigno*, cit., 652, ove il parallelismo con la cessione del credito, anch'essa effetto e non negozio; più recentemente, v. A. PALMA, *La natura sussidiaria*, cit., 1179; F. DI SABATO, *Spunti per una riflessione sulla causa dei negozi di assunzione del debito altrui*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, II, 60 ss.; U. LA PORTA, *L'assunzione del debito altrui*, cit., 230 ss., 268; B. GRASSO, *Delegazione, espromissione e accollo*, cit., 103 ss., spec. 108.

¹⁴⁴ Per comodità, si usa qui il termine assunzione in modo generico, non limitato cioè all'assunzione strettamente intesa, quale successione a titolo particolare nel debito, ma esteso all'ipotesi della novazione soggettiva, in cui nasce un'obbligazione del tutto nuova in capo all'accollante, per quanto avente il medesimo contenuto di quella originaria dell'accollato.

¹⁴⁵ In questo caso si può pattuire una normale obbligazione da prezzo, e configurare l'accollo come prestazione in luogo dell'adempimento (cioè un autonomo contratto – perché tale è la *datio in solutum* – collegato alla vendita), oppure inserire la prestazione dell'accollante nel sinallagma, e quindi vedervi fin da principio il corrispettivo (o una parte del corrispettivo) dell'alienazione: in questa ipotesi si potrà discutere, anche a seconda della quantità di prezzo corrisposta “sotto forma di accollo”, e della natura, pecuniaria o meno, del debito che si va ad assumere, se si tratti ancora di un contratto di vendita o prevalga la natura della permuta.

¹⁴⁶ V. U. MAJELLO, *op. cit.*, 240; M. TAMPONI, *Il contratto a favore di terzo*, in *Il contratto in generale*, tomo VI, in *Tratt. di dir. priv.*, diretto da M. Bessone, XIII, Torino, 2000, 375 ss.



nell'accollo il terzo si accorda con il debitore perché l'attribuzione che contrattualmente gli dovrebbe si traduca nell'assumere il suo debito verso il creditore (l'interesse dello stipulante è qui la *causa solvendi*)¹⁴⁷.

Tutto questo spiega anche perché, a differenza di delegazione ed espromissione, in cui i rapporti tra terzo assunto e debitore originario possono essere i più svariati, e non sempre influiscono sull'assunzione *verso il creditore*¹⁴⁸, nell'accollo debba esserci sempre lo spostamento del peso economico del debito da accollato ad accollante: solo così l'accollante riesce a realizzare l'attribuzione patrimoniale, a suo carico e a favore dell'accollato, oggetto del contratto intercorso tra i due¹⁴⁹.

Pertanto l'accollo non può mai essere astratto dal rapporto di provvista che lega il terzo al debitore, perché questo ne costituisce il fondamento causale, similmente a come l'espromissione non può mai essere astratta dal rapporto di valuta, in quanto si fonda causalmente sull'assunzione del debito altrui (rappresentato proprio dal rapporto di valuta)¹⁵⁰.

All'opposto, il rilievo del rapporto di valuta discenderà dall'obbligazione che l'accollante si è assunto nel contratto di accollo: se – come normalmente accade – le parti hanno richiamato specificamente l'obbligazione originaria che viene assunta dall'accollante, egli potrà far valere contro il creditore tutte le eccezioni che avrebbe potuto far valere l'accollato¹⁵¹ (oltre naturalmente a quelle fondate sul contratto di accollo), e si avrà successione a titolo particolare nel debito¹⁵²; se invece le parti hanno costruito l'accollo come novativo, estinguendo il precedente debito e sostituendolo con

¹⁴⁷ In una vendita immobiliare, ad esempio, si potrebbe pattuire che una parte del prezzo debba essere versata direttamente al creditore del venditore-stipulante, e si avrebbe un normale contratto a favore di terzo (al quale viene attribuito un credito verso il compratore-promittente), in cui la stipulazione a favore del terzo è retta pur sempre dalla *causa solvendi*, senza che però ci sia alcun accollo. C'è accollo quando invece si pattuisce che l'acquirente subentri nel debito del venditore (in questo caso il rapporto di valuta andrà espressamente richiamato onde poter opporre le relative eccezioni, e si avrà successione nel debito) o si costituisca una nuova obbligazione a suo carico avente lo stesso contenuto di quella originariamente dovuta (accollo novativo).

¹⁴⁸ Si pensi alla delegazione non titolata rispetto alla provvista, o addirittura in assenza di un rapporto di provvista (delegazione allo scoperto); o all'espromissione ugualmente non titolata rispetto alla provvista, o addirittura senza spostamento interno del peso del debito: v. *supra*, nn. 4-5.

¹⁴⁹ V. nuovamente R. CICALA, *Accollo*, in *Saggi*, cit., 51 ss.; U. LA PORTA, *op. ult. cit.*, 241 ss. *Contra* P. SCHLESINGER, *Recensione a* Pietro P. Rescigno – Studi sull'accollo, cit., 653, che ipotizza un accollo senza spostamento del peso economico del debito: sarebbe il caso, ad esempio, di un accollante che si assume il debito in virtù di un contratto di mandato con l'accollato, obbligandosi ad assumere il debito verso il creditore, quindi attribuendo a quest'ultimo un diritto nei suoi confronti, ma riservandosi di pretendere poi dall'accollato i “mezzi necessari per l'esecuzione del mandato” (art. 1719 c.c.). A me sembra che si rientri in pieno nella delegazione di debito, accogliendo l'orientamento, qui seguito, per cui l'atto di assunzione del debito verso il creditore anche nella delegazione possa essere unilaterale. V. *supra*, n. 4.

¹⁵⁰ V. *supra*, n. 5.

¹⁵¹ Si ritiene però applicabile per analogia la normativa in tema di espromissione (C.M. BIANCA, *Diritto civile. 4. L'obbligazione*, cit., 682): quindi non sarà possibile opporre le eccezioni personali all'accollato, né la compensazione che avrebbe potuto opporre il debitore originario (perché nell'accollo il peso economico del debito si sposta sempre sull'accollante, mentre con la compensazione si finirebbe con l'utilizzare un debito dell'accollato per liberarsi: v. B. GRASSO, *Delegazione, espromissione e accollo*, cit., 111), né le eccezioni successive all'accollo. V. *supra*, nota 90.

¹⁵² Anche per l'accollo si obietta che la possibilità di sollevare tutte le eccezioni fondate sul contratto di accollo (art. 1273, 4° comma) fa sì che il debito assunto non sia lo stesso debito originario, e quindi che non possa parlarsi di successione nel debito (così R. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., 277); ma come detto questo non è che un portato della naturale incidenza del negozio traslativo sul diritto acquistato a titolo derivativo (v. *supra*, nota 64, nonché R. CICALA, *Accollo*, in *Saggi*, cit., 48 s.).

una nuova obbligazione, le eccezioni fondate sul debito originario non potranno più essere sollevate. Come noto, il regime delle garanzie sarà invece lo stesso, disciplinato dall'art. 1275 c.c. (estinzione salvo che chi le ha prestate non acconsenta espressamente a mantenerle), mentre cambieranno nei due casi la prescrizione, i privilegi generali che assistono il credito, eventuali patti *de non petendo* o clausole compromissorie stipulati tra creditore e debitore originario¹⁵³.

Così tratteggiate struttura e funzione del contratto di accollo come contratto a favore di terzo, bisogna tuttavia rilevare che l'ambigua disposizione dell'art. 1273, 4° comma, c.c. ("In ogni caso il terzo è obbligato verso il creditore *che ha aderito alla stipulazione* nei limiti in cui ha assunto il debito [...]") porta la giurisprudenza e parte della dottrina a ritenere che l'accollo si discosti dalla disciplina generale dell'art. 1411 c.c., e l'assunzione del debito sia comunque assoggettata alla *condicio juris* d'efficacia costituita dall'adesione del creditore accollatario¹⁵⁴: l'art. 1411 richiederebbe che l'acquisto del diritto da parte del terzo verso il promittente si verificasse "per effetto della stipulazione", ma la norma è interpretata dalla migliore dottrina nel senso di una connessione causale piuttosto che di una coincidenza cronologica, ammettendosi la subordinazione a termine o condizione¹⁵⁵.

Ora, parlare in ogni caso di condizione d'efficacia riferendosi al consenso del creditore mi sembra sia, alla luce di quanto si è detto nei precedenti paragrafi, in alcuni caso eccessivo, in altri riduttivo.

Partiamo dal caso dell'accollo privativo (non quello in cui il creditore, contestualmente o successivamente, "dichiari espressamente di liberare" il debitore originario – in cui l'accollo resta cumulativo, ma al più collegato con un negozio remissorio¹⁵⁶ – bensì quello in cui la liberazione del debitore originario "costituisce condizione espressa della stipulazione", ai sensi dell'art. 1273, 2° comma, c.c.).

¹⁵³ V., anche per riferimenti, R. CICALA, voce *Accollo*, cit., 286 s.

¹⁵⁴ In questo senso si è spesso pronunciata la giurisprudenza: v., in luogo di molte, Cass., 27 gennaio 1992, n. 861, in *Giust. Civ. Mass.*, 1992, 101; Cass., 24 maggio 2004, n. 9982, cit.; Cass., 24 febbraio 2010, n. 4482, cit., in cui si parla addirittura di elemento perfezionativo; ma ritiene diversamente, in caso di accollo cumulativo, Cass., 31 gennaio 2012, n. 1352, in *Giust. Civ.*, 2012, I, 926 ss., secondo cui l'adesione del creditore serve solo a rendere irrevocabile la stipulazione a suo favore (e così già Cass., 1° agosto 1996, n. 6936, cit.). In dottrina, v. per tutti R. CICALA, *Accollo*, in *Saggi*, cit., 27 s., che dubita peraltro che l'efficacia dell'adesione retroagisca al momento della stipulazione; R. ROLLI, *L'accollo*, cit., 853 ss.; U. LA PORTA, *L'assunzione del debito altrui*, cit., 213 ss.; B. GRASSO, *op. ult. cit.*, 101 ss.; *contra* tuttavia G.F. CAMPOBASSO, voce *Accollo*, cit., 4, il quale invita a non sopravvalutare il 4° comma dell'art. 1273, che servirebbe solo a delineare il contenuto dell'obbligo dell'accollante (limiti ed eccezioni opponibili), mentre per il resto dovrebbe farsi riferimento alla normale disciplina del contratto a favore di terzo, richiamata dal comma 1° della disposizione (il creditore *può* aderire, rendendo irrevocabile la stipulazione a suo favore). L'Autore, a mio avviso giustamente, fondandosi sul concetto di stipulazione a favore di terzo, rileva che "l'interesse del terzo a non veder modificata (sia pure in senso favorevole) la propria sfera giuridica – preoccupazione che è indubbiamente alla base della tesi dell'efficacia differita – è tutelato dal legislatore non già elevando la manifestazione di volontà di questi a momento perfezionativo della fattispecie acquisitiva (se non del negozio), bensì attraverso il riconoscimento del potere di respingere, mediante rifiuto (art. 1411, 3° co., c.c.), l'attribuzione patrimoniale a suo favore".

¹⁵⁵ V. U. MAJELLO, *op. cit.*, 241; M. TAMPONI, *op. cit.*, 387; L.V. MOSCARINI, *op. cit.*, 61, nota 2.

¹⁵⁶ V. per tutti C. LAZZARA, *Accollo e liberazione del debitore originario*, cit., 1311 s.



Parte della dottrina¹⁵⁷, facendo leva sul dettato letterale dell'art. 1273, 2° comma, c.c. (*L'adesione del creditore importa liberazione del debitore originario solo se ciò costituisce condizione espressa della stipulazione [...]*) vi vede un contratto tra accollante e accollato, condizionato ad un'autonoma dichiarazione unilaterale di adesione da parte del creditore, con la quale questi libera il precedente debitore: il contratto di accollo non sarebbe insomma il negozio che estingue l'obbligazione dell'accollato, ma sarebbe condizionato a tale estinzione; comunque aggraverebbe la posizione del creditore, in quanto aumenterebbe le eccezioni opponibili dal debitore (quelle fondate sul contratto di accollo ex art. 1273, 4° comma), e per questa ragione l'adesione dell'accollatario sarebbe ciò che per un verso determina la liberazione del debitore originario, e per un altro condiziona l'efficacia dell'accollo pure tra accollante e accollato¹⁵⁸.

A me sembra che, in questo caso, vedere nell'accettazione creditoria una semplice condizione d'efficacia dell'accollo sia piuttosto riduttivo, e si debba invece parlare di un vero e proprio consenso negoziale, indispensabile al perfezionamento dell'accollo, che si attegga quindi a fattispecie a struttura trilaterale¹⁵⁹. In primo luogo questo accade necessariamente nell'accollo che sia stato previsto come *novativo*, dal momento che la novazione soggettiva, producendo l'immediata estinzione dell'obbligazione novata, richiede sempre il consenso del creditore quale elemento perfezionativo. Ma anche nell'accollo propriamente privativo (che porta cioè a successione nel debito), il ricorso all'elemento accidentale della condizione solleva diversi problemi¹⁶⁰.

A livello concettuale, è dubbio se la condizione di liberazione dell'originario debitore sia condizione volontaria o *condicio juris*, attenendo ad ogni ipotesi di accollo privativo, e se il fatto dedotto in condizione sia la liberazione in sé o l'atto di adesione ad un accollo liberatorio (non è chiaro peraltro come l'atto di adesione, che semplicemente condizionerebbe l'efficacia dell'accollo, valga anche a liberare il debitore originario, se tale liberazione non sia espressamente prevista come clausola del contratto, ma sia solo un evento dedotto in condizione); oltretutto verrebbe meno

¹⁵⁷ V. per tutti A. FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, cit., 302; R. CICALA, *Accollo*, in *Saggi*, cit., 30 ss., che quindi ritiene essere sempre l'accollo un negozio a struttura bilaterale, in cui il creditore non diventa mai parte, ancorché venga liberato il debitore originario, come accade per regola generale nella cessione del contratto (dall'Autore ricostruita non come negozio trilaterale, ma come negozio tra cedente e cessionario, in cui l'adesione del contraente ceduto resta semplice *condicio juris* d'efficacia: si tratta di posizione minoritaria in dottrina e assolutamente respinta in giurisprudenza).

¹⁵⁸ Tra la dottrina recente, v. U. LA PORTA, *L'assunzione del debito altrui*, cit., 214 ss.; 281 ss.

¹⁵⁹ Naturalmente non si tratta di una semplice questione nominalistica: la struttura sarà quella della "teoria dell'offerta" e non quella del contratto a favore di terzo; la formazione del contratto potrà essere interrotta dalla sopravvenuta morte o incapacità di accollante e accollato, prima che l'accollatario abbia accettato, ex art. 1330 c.c.; eventuali incapacità o vizi della volontà del creditore che aderisce, non incidono solo sull'efficacia del contratto che determina l'accollo (non consentendo l'avverarsi dell'evento condizionante), ma sulla validità dello stesso. Per la struttura trilaterale dell'accollo liberatorio: v. C. LAZZARA, *op. cit.*, 1313 (ove riferimenti alla dottrina tedesca, che per perfezionare la *Schuldübernahme* richiede sempre il consenso del creditore), 1321 ss.; e cfr. L.V. MOSCARINI, *op. cit.*, 36 ss., 59 ss. (ove si rileva la contraddittorietà del concetto stesso di contratto a favore di terzo "con adesione"), 142.

¹⁶⁰ Senza contare che i lavori preparatori del Codice indicano che il legislatore ha utilizzato la parola "condizione" non in senso tecnico, ma come sinonimo di "clausola contrattuale", come in "condizioni generali di contratto", per cui dovrebbe bastare la espressa previsione della liberazione dell'accollato all'interno del contratto di accollo: v. C. LAZZARA, *op. cit.*, 1315, nota 60.

l'autonomia concettuale tra accollo cumulativo e privativo, considerando quest'ultimo come accollo – per regola generale – cumulativo, ma subordinato alla condizione della liberazione dell'accollato¹⁶¹.

Sono tuttavia sul piano pratico gli effetti più evidenti. Nella prassi l'accollo privativo prevede la liberazione dell'accollato come clausola del contratto (aperto all'adesione del creditore) e non come condizione in senso tecnico: anche reputando che si possa dedurre in condizione la liberazione – ma in questo caso l'accollo sarà un normale accollo cumulativo, sotto la condizione sospensiva che intervenga (o risolutiva che non intervenga) una remissione da parte del creditore – non si vede perché negare alle parti la possibilità di prevedere la liberazione come normale clausola contrattuale all'interno di un contratto di accollo, a questo punto a struttura trilaterale. La fattispecie non stride assolutamente con il disposto dell'art. 1273 (specie alla luce dei lavori preparatori, che non parlano affatto di condizione), e si rientra proprio nell'accollo privativo strettamente inteso.

Diversa la struttura dell'accollo cumulativo, in cui il terzo diventa obbligato in solido con l'accollato (art. 1273, 3° comma, c.c.), sia che realizzi una successione dell'accollante nello stesso debito dell'accollato (come accade normalmente, richiamando nel contratto il rapporto di valuta che si va ad assumere, che ne costituisce l'oggetto), sia che si crei in capo al terzo un debito nuovo, ancorché con lo stesso oggetto e modalità esecutive del precedente¹⁶².

Qui la struttura del contratto a favore di terzo è pienamente realizzata, e vedere nell'adesione del terzo una condizione di efficacia dell'acquisto del credito verso l'accollante sembra eccessivo.

Come ormai si spera di aver chiarito, non si può parlare di automatica degradazione a sussidiaria dell'obbligazione dell'accollato: i due restano obbligati in solido in via assolutamente paritaria nei rapporti col creditore. Anche se indirettamente si rafforza la garanzia del creditore, nell'accollo è ancora più chiara la differenza rispetto alla fideiussione, perché come detto il peso economico del debito deve sempre, necessariamente, passare all'accollante – in virtù del contratto che lo lega all'accollato e che giustifica l'attribuzione patrimoniale realizzata con l'accollo –, cosicché il terzo assunto non avrà mai azione di regresso né surrogazione legale verso l'originario debitore; l'opposto accade al fideiussore, che invece è solo un garante, e sul quale mai può gravare il peso economico del debito che va a garantire. Oltretutto la causa di garanzia accessoria che fonda la

¹⁶¹ Così ancora C. LAZZARA, *op. cit.*, 1316 ss.; ma si veda su questo punto la critica di R. CICALA, *Accollo*, in *Saggi*, cit., 31 s., nota 47, che ritiene fuorviante il ricorso alle categorie preconette di accollo cumulativo e privativo, ritenendo che l'accollo sia unico, come negozio di assunzione del debito altrui, mentre la liberazione dell'originario debitore deriverebbe da un negozio autonomo.

¹⁶² Salva la disciplina delle garanzie che sarà quella dell'art. 1275 c.c. Come già notato in tema di espromissione, la dottrina parla, anche nel caso dell'accollo cumulativo, di "assunzione novativa": in realtà l'accollante si vede obbligato *ex novo*, ma senza estinzione dell'obbligazione dell'accollato, per cui non si può parlare di novazione soggettiva. Si potrebbe invece parlare propriamente di novazione soggettiva nell'ipotesi – del tutto residuale – in cui accollante, accollato e accollatario (sarebbe indispensabile il consenso del creditore, e la struttura sarebbe la stessa dell'accollo privativo) si accordassero per estinguere l'obbligazione originaria, e costituire una nuova con accollante e accollato debitori in solido, al posto del singolo debitore originario. Si tenga presente che in questo e unico caso (la fattispecie si può realizzare nell'accollo, ma non nella delegazione né nell'espromissione, strutturalmente incompatibili con un simile accordo trilaterale), le due obbligazioni solidali avranno una stessa fonte, e si applicheranno le norme generali sulla solidarietà a interesse comune, piuttosto che quelle che disciplinano la solidarietà "a interesse unisoggettivo" (v. *supra*, n. 2).



fideiussione è completamente diversa dalla causa che fonda l'assunzione del debito altrui a mezzo dell'accollo, che è la causa (varia) del contratto tra accollante e accollato¹⁶³.

Il creditore riceve solo vantaggi dall'accollo, per cui acquisterà il diritto verso l'accollato immediatamente ai sensi dell'art. 1411, 2° comma, c.c.¹⁶⁴: sarà un diritto caducabile per effetto della revoca da parte dello stipulante o del rifiuto da parte dello stesso accollatario – unica tutela concessa all'intangibilità della sua sfera patrimoniale – e si consoliderà definitivamente con la dichiarazione di volerne approfittare (art. 1273, 1° comma, c.c.).

Si tratta di una conclusione opposta rispetto alle recenti sentenze di legittimità, ma più coerente con la ricostruzione strutturale dell'accollo¹⁶⁵, con una giurisprudenza costante nell'utilizzare lo schema dell'art. 1411 c.c.¹⁶⁶, e con l'idea che la sussidiarietà non sia mai conseguenza automatica della pluralità di fonti delle obbligazioni solidali. Oltretutto meno pregiudizievole per l'accollatario, il cui consenso è irrilevante per l'acquisto del diritto.

Si pensi all'ipotesi di accollo di mutuo cumulativo non accettato dalla banca mutuante (come è nella normalità dei casi): sulla base del contratto di accollo esterno ad essa comunicato¹⁶⁷, la banca potrebbe comunque chiedere l'adempimento all'accollante, anche quando il debitore originario fosse, ad esempio, insolvente.

Accogliendo invece la soluzione della Cassazione – e così nei fatti è accaduto dopo il 2004 – l'ente finanziatore, per non vedersi pregiudicato dalla sussidiarietà nell'esercizio del diritto di credito di cui già disponeva verso il debitore originario, magari a fronte di un accollante scarsamente solvibile, è costretto o a non aderire *in toto* all'accollo, che rimane quindi inefficace nei suoi confronti (al più si può ritenere che in questo caso esso si “converta” in accollo interno, ma ciò non è pacifico, visto che non è intervenuta una revoca della stipulazione né un espresso rifiuto del terzo beneficiario); oppure, ad intervenire nella stipulazione (che a questo punto assume una struttura trilaterale),

¹⁶³ Sulla differenza fra garanzia e assunzione del debito, e per gli analoghi problemi in materia di espromissione, si rinvia a quanto detto *supra*, al n. 5.

¹⁶⁴ V. G.F. CAMPOBASSO, voce *Accollo*, cit., 4.

¹⁶⁵ La fattispecie del contratto a favore di terzi “con adesione” è considerata dalla prevalente dottrina fattispecie deviante e contraddittoria, perché non vi sarebbe alcuna deroga al principio di relatività dei contratti, che costituisce invece il *proprium* della contrattazione a favore di terzo: v. L.V. MOSCARINI, *op. cit.*, 61 ss., nonché 51 ss. relativamente al contratto di trasporto di cose, nel quale il destinatario ha sì diritto alla consegna della merce, ma dietro sua richiesta e dietro l'esecuzione di prestazioni di natura patrimoniale (art. 1689 c.c.: tale contratto non si attaglierebbe pertanto allo schema del contratto a favore di terzi).

¹⁶⁶ V. chiaramente Cass., 15 maggio 1964, n. 1186, in *Foro pad.*, 1964, I, 673 ss.; Trib. Roma, 10 luglio 1970, in *Foro it.*, 1970, I, 2225 ss.; Cass., 8 agosto 1996, n. 6936, cit.; segna, di recente, un ritorno a questa impostazione Cass., 8 febbraio 2012, n. 1758, cit.

¹⁶⁷ Secondo la dottrina più consolidata in materia di contratto a favore di terzo, perché l'effetto favorevole si produca, non serve che il contratto venga partecipato al terzo (a meno che così non sia previsto nel contratto stesso), visto che l'effetto si produce per effetto della stipulazione, anche prima e indipendentemente dal fatto che il terzo ne sia venuto a conoscenza: v. U. MAJELLO, *op. cit.*, 241; M. TAMPONI, *op. cit.*, 388. Altri Autori viceversa reputano indispensabile che il negozio venga portato a conoscenza del beneficiario, per dargli modo di rifiutare o aderire all'attribuzione, optando quindi per la recettività: v. L.V. MOSCARINI, *op. cit.*, 85; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2009, 953.

imponendo però l'inserimento nel contratto di una clausola con cui si esclude ogni sussidiarietà del debito dell'accollato rispetto a quello dell'accollante¹⁶⁸.

Cosa resti dell'accollo esterno come stipulazione *a favore* di terzo in una simile ricostruzione non è chiaro; e oltretutto il modello di accollo così tratteggiato (con adesione del creditore e degradazione a sussidiaria dell'obbligazione del debitore originario) sarebbe del tutto residuale, quasi mai riscontrabile nella prassi.

Si deve invece ritenere che, indipendentemente dal consenso, il creditore si trovi di fronte due obbligati in solido, per fonti diverse, dei quali solo l'accollante si addossa il peso economico del debito, senza poter quindi agire in regresso verso l'accollato, il quale invece avrà sempre il diritto di regresso per l'intero verso l'accollante, nel caso in cui il creditore esiga da lui la prestazione. Questo, come ormai dovrebbe essere chiaro, non consente di ritenere applicabili le norme generali sulla solidarietà che implicano una parziarietà interna del debito (artt. 1300-1303 e 1311-1313 c.c.), ma solo quelle degli articoli 1304-1310 c.c.; l'accollato rimarrà vincolato come semplice garante (ancorché non accessorio), e la sua eventuale liberazione non soddisfattiva (si pensi all'autonoma dichiarazione remissoria di cui all'art. 1273, 2° comma, c.c.) non libererà l'accollante dall'obbligazione¹⁶⁹.

La disciplina insomma è la stessa dell'espromissione cumulativa, anche in merito al regime delle eccezioni opponibili dall'accollante. Salvo il caso dell'accollo novativo, questi può opporre tutte le eccezioni fondate sul rapporto di valuta che potrebbe opporre il debitore originario, tranne: quelle a lui personali (estrane al debito che si assume), in conformità del resto alla regola generale dell'art. 1297 c.c.; la compensazione, non solo perché l'accollato non ha più parte nel debito (art. 1302), ma anche perché, a differenza dell'espromissione, l'accollo deve sempre realizzare un'attribuzione patrimoniale all'accollato, e questo non accadrebbe se l'assuntore usasse un debito di quest'ultimo per liberarsi¹⁷⁰; quelle, infine, derivanti da cause estintive non soddisfattorie successive all'accollo, perché quello è il momento in cui si definisce l'oggetto del contratto di accollo, cioè il debito che si va ad assumere (si applica, insomma, per analogia l'art. 1272, 3° comma, c.c. dettato per l'espromissione¹⁷¹).

Resta da analizzare un ultimo caso: l'accollo cui il creditore "aderisce".

Solo questo è il caso in cui può esserci degradazione a sussidiaria dell'obbligazione dell'accollato, perché, come rilevato, la sussidiarietà o è imposta dalla legge, o deve trovare la sua

¹⁶⁸ Si vedano le puntuali osservazioni di E. FERRANTE, *op. cit.*, 270 ss.

¹⁶⁹ Più in generale – come già visto per delegazione ed espromissione – novazione, remissione, compensazione, confusione e rinuncia alla solidarietà saranno regolate dalle norme della fideiussione, non strettamente legate alla sua natura di garanzia accessoria: artt. 1238-39; 1247, 1° comma; 1253; 1944 c.c. V. G.F. CAMPOBASSO, *Coobbligazione cambiaria*, cit., 347 ss.

¹⁷⁰ V. B. GRASSO, *Delegazione, espromissione e accollo*, cit., 111.

¹⁷¹ Così C.M. BIANCA, *Diritto civile. 4. L'obbligazione*, cit., 682.



fonte nell'autonomia privata, attraverso un accordo tra debitore e creditore. E allora il problema è determinare se questa adesione importi sempre sussidiarietà, come è per legge nella delegazione (art. 1268, 2° comma, c.c.), e come sembra potersi dire per l'espromissione, visto che questa si fonda esclusivamente sulla causa di assunzione del debito altrui *verso il creditore*, e una sua adesione non può che denotare la volontà di accettare l'espromittente come nuovo debitore "principale"; o se, all'opposto, non basti una semplice adesione, ma serva un'adesione ad un accollo che già preveda espressamente, con un'apposita clausola, la degradazione a sussidiaria dell'obbligazione dell'accollato, ovvero una dichiarazione di volontà autonoma rivolta al debitore originario (un po' come accade per la dichiarazione liberatoria di cui all'art. 1273, 2° comma).

La questione è opinabile, tuttavia mi sembra più prudente accedere alla seconda ricostruzione, visto che qui la legge non dice nulla, a differenza di quanto previsto per la delegazione, e non è la causa di assunzione del debito verso il creditore a reggere l'operazione, bensì la causa del contratto tra accollante e accollato: il creditore si limita a ricevere un beneficio (il credito verso l'accollante) da un contratto tra altri intercorso, e la sua dichiarazione potrebbe essere solo espressione della volontà di rendere irrevocabile la stipulazione a suo favore, come detto dall'art. 1273, 1° comma, consumando il potere di revoca dello stipulante, oltre che il proprio potere di rifiuto.

Perché ci sia degradazione a sussidiaria dell'obbligazione originaria, vista la ricostruzione data della solidarietà come meccanismo volto innanzitutto a tutelare l'interesse creditorio, mi sembra che serva una manifestazione di volontà in tal senso del creditore, che potrà risiedere o nell'adesione ad un accollo che già preveda espressamente tale degradazione, ovvero in una autonoma dichiarazione di volontà, contestuale o meno all'atto di adesione¹⁷².

¹⁷² Dovrebbe trattarsi di un negozio unilaterale recettizio indirizzato all'accollato, visto che gli si attribuisce un beneficio e gli si deve dare modo di rifiutare; irrilevante è invece il consenso dell'accollante, dal momento che questi non può dolersi del fatto che il creditore debba chiedere la prestazione prima a lui, visto che con il contratto di accollo ha accettato comunque di assumersi il peso economico del debito così come definito nel contratto, e, se anche a pagare fosse l'accollato, questi avrebbe sempre diritto di regresso per l'intero nei suoi confronti. In ogni caso, almeno nell'accollo con successione nel debito, la prestazione non potrà mai essergli richiesta prima della scadenza del debito originario, che costituisce l'oggetto del contratto di accollo (v. quanto detto *supra*, n. 3, circa la c.d. "preventiva attesa").