

Corso ordinario on - line MAGISTRATURA 11[^] ed. 2017-2018

Lezione C-05

Le obbligazioni in generale 5. Le vicende del rapporto obbligatorio: modificazioni soggettive e cause di estinzione

Sommario: 1. Modificazioni soggettive delle obbligazioni. 1.1. La cessione del credito. 1.1.1. La struttura della cessione: la rilevanza della notifica e dell'accettazione come criterio per stabilire l'efficacia liberatoria del pagamento al cedente... 1.1.1.1. ...e per risolvere i conflitti tra più aventi causa. 1.1.2. Oggetto della cessione. 1.1.3. La cessione in luogo di adempimento. 1.1.4. Cessione del credito e mandato irrevocabile all'incasso. 1.1.5. Surrogazione legale. 1.2. Modificazioni soggettive passive delle obbligazioni. 1.2.1. La delegazione. 1.2.2. L'espromissione. 1.2.3. L'accollo. 1.2.3.1. L'accollo di debito futuro. 2. Cause di estinzione dell'obbligazione. 2.1. Il pagamento traslativo: compatibilità con il principio di causalità e con il principio consensualistico. 2.2. L'adempimento del terzo: la doppia pronuncia delle Sezioni Unite. 2.3. Impegno ad eliminare i vizi della cosa venduta e novazione dell'obbligazione di garanzia. 2.4. Una causa estintiva atipica: l'impossibilità dell'utilizzo della prestazione da parte del creditore. 2.5. Una causa estintiva eventuale: il pagamento al creditore apparente. 2.6. La compensazione con un controcredito contestato. 2.7. L'obbligazione pecuniaria e il luogo dell'adempimento. 3. Arricchimento senza causa della P.A.

Omissis

1.2. Modificazioni soggettive passive dell'obbligazione

Per quel che concerne le modificazioni soggettive passive dell'obbligazione, si è già detto che le forme disciplinate dalla legge (delegazione, espromissione, accollo) sono espressione di un fenomeno successorio e non novativo, come dimostrato dall'esistenza di una norma (l'art. 1235 c.c.) che richiama la novazione, sottolineandone l'alterità rispetto alle forme tipizzate di successione debitoria, alle quali peraltro rinvia ai fini della disciplina.

In secondo luogo, nella delegazione, nell'espromissione e nell'accollo, è concettualmente chiaro che **si ha successione in senso pieno e proprio soltanto in caso di liberazione del debitore originario**, che, a sua volta, necessita non della mera accettazione dell'operazione, bensì della espressa dichiarazione del creditore in tal senso. Tale necessità ha una sua chiara giustificazione nel rilievo, sopra svolto, secondo cui mentre la modificazione del soggetto attivo è generalmente indifferente al debitore, quella del soggetto passivo può avere conseguenze notevoli per le possibilità di soddisfo del creditore, in relazione alla maggiore o minore affidabilità o solidità del nuovo debitore.

I fenomeni di circolazione debitoria sono assimilabili per effetti, ma strutturalmente distinti: **la delegazione** richiede, secondo i più, un accordo trilatero (quindi, il consenso tra delegante, delegato e delegatario) e si sostanzia in *un ordine che il vecchio debitore impartisce al nuovo debitore ad assumere un'obbligazione nei confronti del creditore, con accettazione di quest'ultimo* ai fini della liberazione dell'obbligato originario; **l'espromissione** è, invece, *un accordo che intercorre tra il nuovo debitore ed il creditore, al quale è estraneo il vecchio debitore, finalizzato ad assumere l'altrui obbligazione*; ed infine, **l'accollo** è *un accordo tra vecchio e nuovo debitore al quale è normalmente estraneo il creditore*, tanto da configurarsi essenzialmente come un *contratto a favore di terzi*, regolato *mutatis mutandis* dagli artt. 1411 e seg. c.c.

1.2.1. La delegazione

La delegazione, come visto, è uno dei negozi mediante il quale si ottiene la modificazione del soggetto passivo di un rapporto obbligatorio preesistente. In particolare, con la delegazione un debitore (delegante) assegna al suo creditore (delegatario) un nuovo debitore (delegato), il quale viene così incaricato di pagare il debito (ricorre in questo caso lo schema della **delegazione di pagamento o delegatio solvendi**: art. 1269 c.c.) ovvero di obbligarsi a pagare al delegatario (ricorre in questo caso lo schema della **delegazione promissoria o**

delegatio promittendi: art. 1268 c.c.). Di norma tra delegante e delegato ricorre un rapporto che consente al primo di assegnare il secondo come nuovo debitore: questo rapporto viene detto *rapporto di provvista* (ad esempio, il delegato, può essere debitore del delegante). Il rapporto tra delegante e delegatario è invece chiamato *rapporto di valuta*. Quando la delegazione si riferisce ai rapporti sottostanti, si ha la delegazione *titolata* (o *causale*), quando invece ne prescinde si ha la delegazione *pura* (o *astratta*).

Dunque, con la delegazione promissoria si fa 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. Va precisato, come si evince dalla richiamata distinzione tra delegazione titolata e delegazione pura, che non è detto 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, ma 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 ciò si vuole evidenziare 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. Questo 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 (nuova) del delegato sia comunque modellata – quanto ad oggetto e modalità di adempimento – sul debito del delegante (delegazione novativa).

Circa la natura dell'istituto della delegazione promissoria la giurisprudenza più recente ha sancito che si tratta di un *contratto trilaterale*, con forma non sacramentale ed a procedimento formativo non vincolato (in specie, Cass. Civ., sez. I, 11 settembre 2007, n. 19090 ha chiarito che *“l'assunzione dell'obbligazione da parte del delegato, nei termini previsti dall'art. 1268, c.c., non richiede di per sé speciali requisiti di forma, onde neppure può escludersi che essa derivi da accordi conclusi per facta concludentia (essendo richiesta la forma espressa solo per l'eventuale dichiarazione liberatoria formulata dal creditore), ed il perfezionamento del negozio delegatorio può raggiungersi anche attraverso una formazione progressiva e non contestuale, se alla dichiarazione del delegante o del delegato o del delegatario si aggiunge in un momento successivo quella delle altre parti (vedi già, in tal senso, Cass., 20.10.1965, n. 2314). La circostanza che il delegato abbia direttamente indirizzato la propria dichiarazione di adesione al delegante, e non anche al delegatario, non appare perciò tale da escludere il perfezionamento del negozio, una volta che quella dichiarazione sia poi comunque pervenuta allo stesso delegatario e questi la abbia, a propria volta, accettata”*).

Diversamente, la dottrina prevalente (argomentando dall'art.1270, co. 2 c.c., che prevede che la morte o la sopravvenuta incapacità del delegante non incidono sul perfezionarsi dell'operazione) ritiene che si sia in presenza di *una serie di negozi distinti ancorché collegati*: l'ordine delegatorio, consistente, per i più, in un vero e proprio contratto di mandato tra delegante e delegato; il contratto tra delegato e delegatario con cui il primo si obbliga, esternando al creditore di agire su incarico del delegante; l'autorizzazione rivolta dal delegante al delegatario, con la quale si autorizza quest'ultimo a imputare 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 *credendi causa* o *donationis causa*, perché la delegazione è allo scoperto e non esiste un precedente debito che il delegante intenda far assumere al delegato; ma anche in caso di delegazione c.d. passiva, per estinguere un debito del delegante verso il delegatario, qualora essa sia pura, non titolata rispetto al rapporto di valuta, 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.

In caso di delegazione cumulativa l'art. 1268 c.c., circa il vincolo che lega i due debitori, il codice si limita a prevedere 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 tratta di *obbligazione solidale sussidiaria*. **La delegazione non realizza una successione nel debito, ma crea un debito nuovo**, che viene percepito come diverso dal precedente e quindi mancante dell'*eadem res* debita propria della solidarietà, o quanto meno dell'*eadem causa*

obligandi. 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 solido. In realtà, se davvero il legislatore non avesse parlato di solidarietà per la vecchia tesi della necessità di un'unica fonte, avrebbe dovuto fare lo stesso anche per espromissione e acollo cumulativi, nei quali invece si parla espressamente di obbligati in solido nonostante la diversità di fonti, anche in quei casi, delle obbligazioni.

Secondo la ricostruzione più seguita quindi delegante e delegato, nella delegazione cumulativa, *sono obbligati in solido*, il che è del tutto compatibile con l'ordine sussidiario nelle richieste di adempimento, che rientra nelle "modalità varie" dei singoli rapporti consentite dall'art. 1293 c.c.

Stando all'art. 1268, co. 2 c.c., solo il creditore che ha accettato l'obbligazione del terzo ha l'onere della preventiva richiesta al delegato, ma quest'accettazione non è sempre necessaria.

Si può avere anche una delegazione non accettata dal creditore, che semplicemente aggiunge un obbligato in solido rispetto all'originario debitore. In questo caso dal 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 di tale causa "esterna" dovrà farsi menzione nel negozio), fatto comunque salvo il potere di rifiuto del creditore in un termine congruo (si vedrà nella Lezione C14 che contrastata 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 anche se la tesi del procedimento di formazione del contratto è maggioritaria).

1.2.2. L'espromissione

Per espromissione (art. 1272 c.c.) si intende il negozio giuridico mediante il quale un terzo (espromittente) assume non necessariamente di sua iniziativa, ma senza esternare alcun incarico ricevuto dal debitore originario, il debito di un soggetto (espromesso) nei confronti del creditore (espromissario). Elemento essenziale del contratto è che il debitore originario non abbia delegato il terzo, circostanza che differenzia l'istituto dell'espromissione da quello, appunto, della delegazione: il terzo agisce senza alcun incarico dell'obbligato originario.

L'espromissione si distingue anche dall'adempimento del terzo, di cui all'art. 1180 c.c., in quanto – pur essendo comune alle due figure l'adempimento spontaneo di un debito altrui – mentre nella ipotesi dell'adempimento del terzo viene in rilievo *l'attività solutoria* di un soggetto non obbligato nei confronti dell'*accipiens*, viceversa, nell'espromissione vi è la preventiva *assunzione della qualità di debitore*, da parte del terzo, con un atto negoziale. Nella espromissione si verifica infatti una *successione a titolo particolare nel debito*.

Inoltre, condizione imprescindibile, ai fini della sussistenza del contratto di espromissione, è l'esistenza del debito altrui, che deve, quindi, essere precedente rispetto all'assunzione dell'obbligazione dell'espromittente (Cass. Civ., 10 ottobre 2008, n. 26863, nel caso di specie, la Suprema Corte era stata chiamata a qualificare l'impegno di un soggetto a pagare una somma relativa ad una prestazione futura. Si era, quindi, in presenza di un impegno di pagamento rispetto a prestazioni che, al momento dell'assunzione, non erano ancora venute ad esistenza, sebbene facenti parte di un contratto ad esecuzione periodica. Invero, le prestazioni in esame, seppure determinabili nel *quantum*, non lo erano nell'*an*, residuando, perciò, una significativa incertezza in relazione all'esposizione debitoria dell'assuntore. Ebbene, la Cassazione ha escluso che nella fattispecie potesse configurarsi un'espromissione, rilevando la mancanza di una obbligazione preesistente da assumere, da parte del terzo, concludendo, al contrario, per la qualificazione dell'operazione giuridica posta in essere dalle parti come obbligazione di garanzia personale, per futuri possibili debiti dell'obbligato originario (trattandosi, dunque, di promessa unilaterale di garanzia).

Di norma l'espromissione è *cumulativa* (o semplice), per cui l'espromittente si aggiunge come nuovo debitore, obbligato solidalmente con l'espromesso, ma può anche essere *liberatoria* (o privata), quando il creditore dichiara espressamente di liberare l'espromesso, per cui l'espromittente rimane unico obbligato. Se non si è convenuto diversamente, l'espromittente non può opporre al creditore le eccezioni relative ai suoi rapporti col debitore originario, ma soltanto quelle che avrebbe potuto sollevare quest'ultimo, tranne la

compensazione, anche se si sia verificata prima dell'espromissione (art. 1272 c.c.).

La dottrina ormai consolidata la ravvisa nella *causa di assunzione del debito altrui* la causa del negozio con cui l'espromittente si obbliga, in sostituzione o in aggiunta al precedente obbligato, derivando questa conclusione proprio dall'impossibilità di astrarre il negozio dal rapporto di valuta che si va ad assumere. Invero, si osserva, l'espromissione è nel nostro sistema 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).

L'espromissione liberatoria proprio perché la causa negoziale è proprio l'assunzione del debito altrui, che si traduce come detto nel necessario riferimento al rapporto di valuta, viene ricostruita come *un contratto tra terzo espromittente e creditore*, a prestazioni corrispettive, in cui, a fronte dell'obbligarsi del terzo, il creditore libera il debitore originario e la liberazione deve essere prevista espressamente nel contratto.

In caso di espromissione cumulativa, secondo la dottrina maggioritaria, che applica per analogia la norma sulla sussidiarietà della delegazione, trattandosi di norma di diritto regolare, essa importerebbe sempre la degradazione a sussidiaria dell'obbligazione dell'espromesso, e per questo richiederebbe sempre il consenso del creditore, sicché anche questa fattispecie avrebbe 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'espromesso. Altri autori pur negando la sussistenza di un'obbligazione sussidiaria affermano la struttura contrattuale poiché al creditore vien 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'adempimento.

La giurisprudenza è per la natura contrattuale e bilaterale dell'espromissione (Cass., 10 novembre 2008, n. 26863; Cass., 7 dicembre 2012, n. 22166; *contra* Cass., 12 aprile 2006, n. 8622, che parla espressamente di negozio unilaterale recettizio).

Se 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'espromesso) 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, secondo taluni seguendo lo schema dell'art. 133 c.c. ritenuto come negozio unilaterale), 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'altro.

Va adesso affrontato il tema della **distinzione tra fideiussione ed espromissione cumulativa**. Trattasi di tema a lungo dibattuto che è stato oggetto di analisi e soluzioni distinte.

In questa sede giova ricordare che secondo la tesi dominante in giurisprudenza nella espromissione *si subentra nello stesso rapporto obbligatorio*, mentre *con la fideiussione nasce un'obbligazione nuova* (Cass., 24 marzo 1979, n. 1715, per cui "*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).

Si è evidenziato in dottrina che poiché l'obbligazione del fideiussore è accessoria si applicano le norme di cui agli 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 (troveranno anche 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.).

Invece, le norme appena elencate, stante l'assenza di accessorietà che caratterizza la fideiussione, sono inapplicabili all'espromissione cumulativa: 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, 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 liberano, a differenza di quanto accade al fideiussore, perché egli è ormai il debitore principale mentre il fideiussore è rimasto obbligato solo come garante.

C'è poi in dottrina chi individua la distinzione tra espromissione e fideiussione guardandola dal lato della causa: tra causa di assunzione del debito e causa di garanzia fideiussoria, talché mentre nell'espromissione cumulativa il diritto di regresso del terzo assunto che 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 debito.

Concludendo sul punto, è chiara la distinzione effettuale che testimonia la differenza di assetto d'interessi che si realizza: nell'espromissione assumendo e nella fideiussione garantendo il debito altrui, e quindi della sostanziale diversità funzionale tra i due istituti.

Da quanto si è fin qui detto, essendo diversi gli effetti dell'assunzione e della garanzia fideiussoria, si pone il problema di stabilire nel caso concreto a quale tipo di rapporto si è in presenza e ciò dipende dalla qualificazione del contratto o comunque dell'atto negoziale in via interpretativa proprio per stabilire gli effetti che ne discendono come conseguenza. Dunque, bisogna indagare la reale intenzione delle parti con 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 deve tenere conto del fatto che la "*volontà di prestare fideiussione*" deve essere "*espressa*" (art. 1937 c.c.).

1.2.3. L'accollo

L'accollo consiste in una convenzione e, più precisamente, in un contratto (cfr., sul punto, Cass. Civ., sez. 3, 31 gennaio 2012, n. 1352) con cui si opera una modifica soggettiva passiva del rapporto obbligatorio, in virtù della quale il debitore (c.d. accollato) conviene con un terzo (c.d. accollante) che questi assuma il proprio debito nei confronti del creditore (c.d. accollatario).

Esso si distingue dall'espromissione e dalla delegazione poiché mentre tali istituti prevedono un accordo tra il creditore ed un terzo (espromittente e delegato), l'accollo è un contratto tra il debitore accollato e il terzo accollante (salvo, come si vedrà, nell'accollo esterno liberatorio che può atteggiarsi come un accordo trilaterale tra accollato, accollante e accollatario).

L'accollo è un contratto *a causa neutra* 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 cause più varie: l'accollante potrà, ad esempio, assumersi il debito *per spirito di liberalità* (donazione obbligatoria), *per estinguere un suo debito verso l'accollato, cioè solvendi causa* (in luogo dell'adempimento, il terzo si impegna a tenere indenne il creditore da un suo debito, e, a seconda del momento estintivo della precedente obbligazione, si potrà ravvisare una *datio in solutum* o una *novazione*); *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 accollo da parte del compratore del debito da mutuo ipotecario acceso dal venditore in precedenza per comprare, a sua volta, l'immobile).

L'accollo si distingue in accollo interno ed accollo esterno.

L'**accollo interno**, consistente in un accordo tra il debitore e un terzo, mediante il quale quest'ultimo si obbliga nei confronti del debitore *senza assumere alcuna obbligazione nei confronti del creditore*. Trattasi di figura non prevista dalla legge, ma ritenuta ammissibile – ai sensi dell'art. 1322, comma 2, c.c. – in quanto finalizzata a perseguire interessi meritevoli di tutela; questo tipo di accollo 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. Quindi, il creditore non potrà pretendere alcun pagamento dall'accollante.

L'**accollo esterno**, previsto dall'art. 1273 c.c., divergente dal primo in quanto *destinato ad essere portato a conoscenza del creditore* (e degli altri terzi), per avere effetti anche nei suoi confronti, tanto che, come si vedrà, viene strutturato come un contratto a favore di terzo, con la conseguenza che, pur se estraneo al contratto, il creditore potrà pretendere l'adempimento dall'accollante (solo da questo se accollo liberatorio ovvero anche da questo se accollo cumulativo).

Volendo approfondire l'analisi della disciplina della figura in esame, può dirsi che nell'ambito dell'*accollo interno*:

- il creditore rimane del tutto estraneo all'accordo negoziale al punto tale di poterne, addirittura, ignorare l'esistenza, posto che i relativi effetti sono limitati ai rapporti interni tra debitore (accollato) e terzo (accollante);
- il creditore non può pretendere l'adempimento dall'accollante;
- quest'ultimo risponde dell'adempimento soltanto nei confronti dell'accollato;
- l'accollante non può opporre al creditore eccezioni fondate sul contratto in base al quale l'assunzione è avvenuta, anche se non è comunque tenuto a pagare rispondendo solo nei confronti del debitore originario accollato; piuttosto nel caso di inerzia dell'accollato, che negligenzemente non faccia valere le sue ragioni nei confronti dell'accollatario, così aggravando la sua posizione contrattuale, cioè di chi si è accollato il peso economico del debito, ricorre il rimedio risolutorio dell'accollo e risarcitorio per violazione del dovere di buona fede, la c.d. *exceptio doli generalis*;
- se l'accollante adempie nei confronti del creditore, lo fa in nome proprio e non invece del debitore originario, come qualsiasi terzo;
- la convenzione di accollo è modificabile in qualsiasi momento;
- anche in caso di accollo interno (e a maggior ragione in caso di accollo esterno o allo scoperto) il pagamento eseguito dall'accollante estingue sia il proprio debito verso l'accollato, che il debito di quest'ultimo verso l'accollatario, producendosi l'effetto estintivo di entrambe le obbligazioni, automaticamente, con questo unico pagamento (Cass. sez. I, n. 6795/2012).

Con riguardo, invece, all'*accollo esterno*:

- l'accordo è destinato ad essere portato a conoscenza del creditore, posto che accollato ed accollante intendono renderlo "efficace" nei suoi confronti;
- il creditore, una volta venuto a conoscenza dell'intervenuto accollo, può aderire ovvero negare la sua adesione;
- ai sensi dell'art. 1273 c.c. dopo l'adesione la convenzione di accollo diviene immodificabile, mentre nulla si dice in relazione al caso in cui la stessa non intervenga;
- dopo l'adesione del creditore, l'accollante risponde dell'adempimento nei confronti del creditore medesimo;
- l'accollante può – giusta il disposto del comma 4 dell'art. 1273 c.c. - "*opporre al creditore eccezioni fondate sul contratto in base al quale l'assunzione è avvenuta*" (tuttavia va precisato che 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'accollato (oltre naturalmente a quelle fondate sul contratto di accollo), e si avrà *successione a titolo particolare nel debito*, se invece le parti hanno costruito l'accollo *come novativo*, estinguendo il precedente debito e sostituendolo con una nuova obbligazione, le eccezioni fondate sul debito originario non potranno più essere sollevate; il regime delle garanzie, indipendentemente dal tipo di accordo, sarà invece lo stesso, disciplinato dall'art. 1275 c.c.: estinzione salvo che chi le ha prestate non acconsenta espressamente a mantenerle).

Ulteriore distinzione, limitatamente alla fattispecie a carattere "esterno", si ha poi tra:

- *accollo cumulativo*, nell'ambito del quale *l'accollante si aggiunge al vecchio debitore*, in

rapporto di solidarietà passiva;

- *accollo liberatorio*, in virtù del quale *il debitore originario viene liberato* dall'obbligo di adempiere la prestazione.

Nel silenzio delle parti, l'accollo si presume cumulativo, atteso che è necessaria una manifestazione di volontà espressa da parte del creditore per liberare il debitore originario.

Da tale distinzione discende che, se dopo l'adesione del creditore l'accollato adempie nei confronti del creditore medesimo, a seconda del tipo di accollo cambieranno le conseguenze.

Segnatamente, in caso di accollo cumulativo l'accollato adempie in qualità di debitore in solido (eventualmente con il diritto di regresso di cui all'art. 1299, c.c.), mentre nell'ipotesi di accollo liberatorio, adempie come qualsiasi terzo (art. 1180, comma 1, c.c., eventualmente con surrogazione per volontà del creditore ex art. 1201, c.c.).

Dunque, l'accollo interno e l'accollo cumulativo non incidono sull'obbligazione originaria tra accollato e creditore accollatario, non potendo realizzare né una successione nel debito, né una novazione soggettiva, successione che invece si ha nel caso di accollo esterno liberatorio.

In tutti i casi comunque l'obbligazione "accollata" serve solo a determinare, per relationem, l'oggetto dell'obbligazione che l'accollante si va ad assumere verso l'accollato in virtù del contratto tra gli stessi intercorso (retto da una sua causa del tutto autonoma). L'oggetto della prestazione dovuta dall'accollante è, cioè, determinabile con riferimento alla prestazione dovuta dall'accollato al creditore.

Quanto alle modalità con cui *effettuare la c.d. liberazione*, stando al dettato legislativo, essa può avvenire in due modi distinti:

- in virtù di una clausola espressa prevista già in sede di stipulazione del contratto di accollo (in questo caso si tratterebbe di un contratto trilaterale, mentre nell'accollo cumulativo il diritto si acquista per effetto della semplice stipulazione tra accollante ed accollato, mentre il consenso del creditore serve a rendere irrevocabile la stipulazione a suo favore);

- indipendentemente da quanto pattuito da accollato ed accollante, allorché il creditore espressamente dichiara – anche in un momento ampiamente successivo al perfezionamento dell'accollo – di voler liberare il debitore originario (al riguardo, si veda Cass., sez. 3, 31 gennaio 2012, n. 1352, secondo cui *"Nell'accollo liberatorio, l'accertamento dell'esistenza e della portata della dichiarazione del creditore di liberare il debitore originario, necessaria ai sensi dell'art. 1273, secondo comma, cod. civ., va compiuto previa verifica dell'esistenza di un contratto di accollo già stipulato tra debitore originario e terzo, mentre, per il caso in cui si deduca che il creditore abbia espresso un'autorizzazione preventiva al debitore a stipulare con un terzo il predetto accollo a determinate condizioni, la liberazione stessa presuppone il riscontro che l'accollo sia stato poi effettivamente concluso alle condizioni previste in detta autorizzazione"*).

Posto che tale volontà liberatoria può manifestarsi successivamente all'adesione e persino indipendentemente dalle altrui intese negoziali, ad avviso di attenta dottrina sembra potersi affermare che la definizione di "accollo liberatorio" dovrebbe essere utilizzata in senso stretto soltanto con riferimento alla fattispecie di "accollo liberatorio per condizione espressa della stipulazione", ossia in relazione a quel tipo di accollo nel quale la liberazione del debitore originario è voluta dalle parti del contratto di accollo ma è subordinata alla (mera) adesione del creditore. Viceversa non dovrebbe parlarsi di "accollo liberatorio" – ma forse più propriamente di "liberazione del debitore originario" – quando la liberazione promani da una autonoma decisione del creditore – conseguente a un accollo cumulativo (ossia, non espressamente condizionato alla liberazione del debitore originario), cui abbia fatto seguito una specifica richiesta di liberazione da parte del debitore accollato – formalizzata in una "dichiarazione espressa" del creditore medesimo.

La liberazione si configura diversamente a seconda che discenda da una dichiarazione espressa del creditore (nel caso dell'accollo cumulativo) o dalla mera adesione del creditore stesso nel caso di accollo liberatorio per condizione espressa della stipulazione: come evidenziato da Cass. Civ., sez. II, 24 febbraio 2010, n. 4482, in armonia con gli insegnamenti di attenta dottrina, nell'accollo esterno cumulativo, l'adesione del creditore alla convenzione – oltre al già citato effetto di rendere il *pactum* irrevocabile – degrada la posizione dell'obbligato originario ad obbligato secondario (operando analogicamente il *beneficium ordinis*, di cui all'art. 1268, comma 2, c.c., in materia di delegazione), con ciò costringendo il creditore medesimo – al fine di conseguire l'adempimento – a rivolgersi dapprima all'accollante (terzo), ed in caso di insoddisfazione, successivamente all'accollato (debitore originario).

Da quanto sin qui detto si ricava che nell'accollo esterno il creditore non è parte del negozio di assunzione del debito altrui ma *terzo beneficiario* degli effetti dello stesso, secondo il meccanismo di funzionamento proprio del *contratto a favore di terzo* (art. 1411 c.c.). L'accollo è cioè ricostruito come un contratto a favore di terzo, tra accollante (promittente) e accollato (stipulante).

Tale opinione non è del tutto pacifica in dottrina e in giurisprudenza.

Stando ad una prima tesi, seguita sia in dottrina che in giurisprudenza, la disposizione dell'art. 1273, co. 4, 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...*") induce 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 accollatario (in questo senso, tra le altre, Cass. 24 maggio 2004, n. 9982 cit., secondo cui "*In base all'art. 1411 c.c. l'accollo esterno si perfeziona con l'accordo tra accollato ed accollante, mentre l'adesione del creditore costituisce elemento ulteriore ed eventuale che comporta l'estensione a lui degli effetti dell'accordo. Pur essendo perfetto e produttivo di effetti indipendentemente dall'adesione del creditore, è solo con questa che l'accollo diventa irrevocabile e genera obbligazioni verso il creditore (Cass. 27.1.1992, n. 861)*") ovvero costituisce un elemento perfezionativo, configurando così l'accollo esterno (cumulativo o liberatorio che sia) come un contratto sempre trilaterale (così, Cass., 24 febbraio 2010, n. 4482).

Secondo questa tesi in ogni ipotesi di solidarietà tra obbligazioni nascenti da fonti diverse, vi è sempre sussidiarietà tra gli obbligati in solido: vi sarebbe sempre cioè un *beneficium ordinis*, in base al quale il creditore dovrebbe chiedere la prestazione prima all'accollante e solo sussidiariamente al debitore originario in applicazione analogica la regola stabilita per la delegazione dall'art. 1268, co. 2, c.c., che degrada l'obbligazione del delegante ad obbligazione sussidiaria. Quindi, non soltanto nell'accollo liberatorio (in cui il consenso del creditore è imprescindibile), ma anche in quello cumulativo, arrecandosi comunque un pregiudizio al creditore (che si trova costretto a chiedere l'adempimento al terzo accollante prima di poter tornare a far valere le proprie ragioni contro il debitore originario), è imprescindibile il consenso del creditore accollatario.

A tale tesi si è mosso il rilievo che il testo del comma 4 dell'art. 1273 c.c. non va sopravvalutato poiché serve solo a delineare il contenuto dell'obbligo dell'accollante (limiti ed eccezioni opponibili), mentre per il resto deve farsi riferimento alla normale disciplina del contratto a favore di terzo, richiamata dal comma 1 dello stesso articolo ("*il creditore può aderire alla convenzione (che quindi già si è perfezionata), rendendo irrevocabile la stipulazione a suo favore*"). Invero, l'interesse del terzo/creditore a non veder modificata (sia pure in senso favorevole) la propria sfera giuridica 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.

Inoltre, si è visto nella Lezione sulle obbligazioni solidali che queste sussistono anche se le obbligazioni derivano da fonti diverse e che la sussidiarietà presuppone una espressa previsione di legge che in tema di accollo manca, anzi è previsto che senza liberazione il debitore rimane obbligato in solido (cfr. art. 1273 co. 3 c.c.).

Ecco allora che secondo l'impostazione ormai prevalente il creditore, pur essendo estraneo alla conclusione dell'accollo (che si conclude tra il accollato ed accollante), non è tenuto a effettuare una vera e propria accettazione (tra le altre, Cass. 24.2.2014, n. 4383; così, in caso di accollo esterno cumulativo, Cass., 31 gennaio 2012, n. 1352, secondo cui l'adesione del creditore serve solo a rendere irrevocabile la stipulazione a suo favore; Cass., 1° agosto 1996, n. 6936).

La sua "adesione" ex art. 1273 c.c. produce gli stessi effetti della dichiarazione del terzo di voler profittare di cui all'art. 1411, comma 2, c.c., con, in più, l'eventuale ed ulteriore effetto della liberazione del debitore originario. In altri termini, il creditore riceve solo vantaggi dall'accollo, per cui acquisterà il diritto verso l'accollato immediatamente ai sensi dell'art. 1411, co. 2, c.c.: 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, co. 1, c.c.).

Circa il rifiuto da parte del creditore, va osservato che sebbene il legislatore non l'abbia

previsto espressamente, in applicazione dei principi generali, si ritiene che il creditore possa "rifiutare" l'accollo in suo favore. Al riguardo, si noti che l'art. 1411, comma 3, c.c. prevede che *"In caso di...rifiuto del terzo di profittarne, la prestazione rimane a beneficio dello stipulante..."*, relegando così l'efficacia dell'accollo nell'ambito dei rapporti "interni" tra accollato e accollante (accollo interno).

1.2.3.1. L'accollo di debito futuro

L'oggetto dell'accollo è la posizione del debitore originario che viene ad essere rilevata dall'accollante.

E' discusso in dottrina se oggetto dell'accollo possa essere un debito futuro. Accogliendo la tesi negativa, non può ritenersi valido il contratto di accollo di debito futuro, con la conseguente invalidità dell'adesione del creditore, nonché dell'inopponibilità allo stesso dell'accollo, mentre, accogliendo la tesi positiva, l'accollo sarebbe valido e produrrebbe i suoi effetti.

I sostenitori della tesi negativa, invocano il dato letterale dell'art. 1273 c.c., e cioè l'inciso *"... convengono che questi assuma il debito dell'altro ..."* che presuppone già l'esistenza del debito, in quanto si tratta di assumere un debito e non di assumere un debito futuro oppure di promettere che in futuro si assumerà il debito di altri. La norma si riferisce ad un accollo successivo alla venuta ad esistenza del debito, o al più contestuale, ma non proiettato nel futuro, perché è possibile "assumere un debito" se già esiste.

Inoltre, si precisa, che lo stesso concetto di accollo, come modifica soggettiva del rapporto obbligatorio, è inconciliabile con la modifica di ciò che ancora non esiste: è possibile modificare i soggetti solo con riferimento ad un'obbligazione già esistente nei suoi presupposti essenziali.

Del resto, ammettendo l'accollo di debito futuro non si spiegherebbe perché il legislatore abbia deciso di ammettere espressamente la vendita di cosa futura, ex art. 1472 c.c., ma non il trasferimento del debito futuro.

I sostenitori della tesi positiva invece evidenziano che se l'ordinamento giuridico ipotizza astrattamente una tendenza alla libertà negoziale, come desumibile dall'art. 1322 c.c., allora, ogni limitazione a tale previsione normativa andrebbe espressamente enunciata dal legislatore, tanto più che il silenzio sul punto dovrebbe portare l'interprete ad optare per i principi generali di libertà e soprattutto di applicabilità anche dell'art. 1348 c.c. dal quale si desume che, salvo espresso divieto, il contratto può avere un oggetto futuro, potendosi, al più, porre un problema di determinabilità ex art. 1346 c.c. che però si deve escludere nel caso in cui il rapporto dal quale deve scaturire il debito esiste ed è esattamente individuato.

La giurisprudenza, in ordine alla questione se oggetto dell'accollo possa essere un debito futuro, l'ha risolta in senso positivo, negando che dall'art. 1273 c.c. possa desumersi un divieto di accollo di debito futuro (tra le altre, Cass., sez. I, 23.9.1994, n. 7831, mentre Cass. n. 4109 del 1974, in passato, si è espressa in senso negativo; *contra*, Cass. n. 1180 del 1982 ha ammesso l'accollo di debito futuro, peraltro limitato all'accollo interno che non è disciplinato dal predetto art. 1273 c.c. e non trova l'ostacolo della lettera di tale norma).

Seguendo la prevalente dottrina, la giurisprudenza maggioritaria ritiene invece che non vi sia alcun ostacolo ad ammettere l'accollo, anche esterno, di un debito futuro. Si evidenzia, al riguardo, che, a parte altre ipotesi di assunzioni dei debiti futuri altrui, come la fideiussione per un debito futuro (art. 1938 c.c., come mod. dall'art. 10 legge 17 febbraio 1992 n. 154), il problema che si pone rispetto all'accollo è il medesimo che attiene a tutti i casi in cui l'oggetto del contratto sia una "prestazione di cose future" ai sensi dell'art. 1348 c.c. che fa salvi i particolari divieti di legge, divieti che devono essere quindi specifici (per esempio: art. 771 per la donazione) o desumibili dalle modalità di perfezionamento o dalla funzione del contratto (si è fatto l'esempio dei contratti reali; così, Cass., sez. I, 23.9.1994, n. 7831 che si è occupata di

un credito che al momento del contratto era futuro, ma corrispondeva ai requisiti di determinabilità ex art. 1346 c.c. poiché la curatela fallimentare aveva già esperito un'azione revocatoria di pagamenti eseguiti dalla società fallita, sicché in caso di vittorioso esito di tale azione, sarebbe nato un credito della predetta curatela per la restituzione di detti pagamenti).

Dunque, in giurisprudenza prevale la tesi che depone nel senso della validità di un accollo di debito futuro, tanto che di recente la Prima Sezione Civile della Corte di Cassazione, sul presupposto dell'ammissibilità in genere dell'accollo di debito futuro, ha chiesto alle Sezioni Unite un intervento chiarificatore sulla questione se la cessione dell'azienda comporti comunque per il cessionario l'accollo dei debiti anche futuri di cui risultino i presupposti e, in particolare, dei debiti che nasceranno dalla sopravvenuta dichiarazione di inefficacia di pagamenti di crediti aziendali risultanti dalla documentazione contabile al momento della cessione dell'azienda (ord. 21.4.2016, n. 8090, leggila in Dispensa).

Omissis