

COMMENTARIO  
DEL  
CODICE CIVILE

Diretto da  
Enrico Gabrielli

DEI CONTRATTI IN GENERALE

a cura di  
Emanuela Navarretta  
Andrea Orestano

# COMMENTARIO DEL CODICE CIVILE

Diretto da  
Enrico Gabrielli

articoli  
1387-1424

## DEI CONTRATTI IN GENERALE

\*\*\*

a cura di  
Emanuela Navarretta e Andrea Orestano

artt. 1387-1424



€ 100,00 I.V.A. INCLUSA

**UTET**  
GIURIDICA

**UTET**  
GIURIDICA



# COMMENTARIO DEL CODICE CIVILE

diretto da

**ENRICO GABRIELLI**

*Professore Ordinario di Diritto civile nell'Università di Roma "Tor Vergata"*

**UTET**  
GIURIDICA

# DEI CONTRATTI IN GENERALE

a cura di

**Emanuela Navarretta**

*Professore Ordinario di Diritto privato nell'Università di Pisa*

**Andrea Orestano**

*Professore Ordinario di Diritto privato nell'Università di Perugia*

**artt. 1387-1424**

Lucia Bozzi – Silvia Brandani – Stefano Delle Monache – Valentina Di Gregorio  
Matilde Girolami – Andrea Orestano – Stefano Pagliantini  
Mauro Paladini – Maddalena Rabitti

**UTET**  
GIURIDICA

© 2012 Wolters Kluwer Italia S.r.l.  
Strada I, Palazzo F6 - 20090 Milanofiori Assago (MI)

---

Redazione UTET Giuridica:  
Corso Vittorio Emanuele II, 44 - 10123 Torino  
Sito Internet: [www.utetgiuridica.it](http://www.utetgiuridica.it)  
e-mail: [info@wkigiuridica.it](mailto:info@wkigiuridica.it)

---

UTET GIURIDICA® è un marchio registrato e concesso in licenza da UTET S.p.A. a Wolters Kluwer Italia S.r.l.

---

I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica, di riproduzione e di adattamento totale o parziale, con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche), sono riservati per tutti i Paesi.

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633.

Le riproduzioni diverse da quelle sopra indicate (per uso non personale – cioè, a titolo esemplificativo, commerciale, economico o professionale – e/o oltre il limite del 15%) potranno avvenire solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da AIDRO, Corso di Porta Romana, 108 - 20122 Milano - e-mail: [segreteria@aidro.org](mailto:segreteria@aidro.org) e sito web [www.aidro.org](http://www.aidro.org)

---

L'elaborazione dei testi, anche se curata con scrupolosa attenzione, non può comportare specifiche responsabilità per eventuali errori o inesattezze.

---

*Project editor:* Maria Cristina Bozzo  
*Redazione:* Wilma Armando, Manuela Orsi  
*Editing:* Editrix - Torino  
*Ufficio tecnico:* Giuseppe Milano  
*Composizione:* Sinergie Grafiche S.r.l. - Milano  
*Stampa:* L.E.G.O. S.p.A. - Lavis (TN)

ISBN 978-88-598-0561-8

# INDICE

## LIBRO QUARTO DELLE OBBLIGAZIONI

### TITOLO II DEI CONTRATTI IN GENERALE

#### CAPO VI DELLA RAPPRESENTANZA

<b>Art. 1387</b> – <i>Fonti della rappresentanza</i> di STEFANO DELLE MONACHE .....	<i>p.</i>	5
1. Osservazioni generali .....	»	5
2. Rappresentanza volontaria e rappresentanza degli incapaci .....	»	7
3. Rappresentanza volontaria e rappresentanza organica .....	»	10
<b>Art. 1388</b> – <i>Contratto concluso dal rappresentante</i> di STEFANO DELLE MONACHE .....	»	13
1. L'agire rappresentativo e la sua funzione. Prime delimitazioni .....	»	14
2. Inessentialità dell'agire per conto altrui al concetto di rappresentanza. La rappresentanza nell'interesse esclusivo del rappresentante. Ancora sulla funzione dell'istituto: la rappresentanza quale strumento di sostituzione nell'attività giuridica .....	»	16
3. La centralità della spendita del nome altrui ( <i>contemplatio domini</i> ) .....	»	21
4. Le modalità della spendita del nome altrui .....	»	24
5. La rappresentanza di persona non nominata, ma determinata .....	»	30
6. La rappresentanza di persona la cui determinazione è rimessa ad un atto di volontà del rappresentante (rappresentanza <i>in incertam personam</i> ) .....	»	34
7. ( <i>Segue</i> ). Rappresentanza <i>in incertam personam</i> e contratto per sé o per persona da nominare .....	»	35
8. La configurazione dogmatica del fenomeno rappresentativo .....	»	39
9. Ancora sulla spendita del nome altrui: struttura e vizi .....	»	44
10. La c.d. rappresentanza indiretta .....	»	45
11. L'ambito di applicazione della rappresentanza. La rappresentanza nella conclusione dei contratti .....	»	47
12. ( <i>Segue</i> ). Il negozio giuridico unilaterale e gli atti giuridici simili ai negozi .....	»	52

## Indice

13. Rappresentanza e trattative precontrattuali .....	p.	54
14. La rappresentanza passiva .....	»	57
15. Il <i>nuncius</i> .....	»	59
<b>Art. 1389 – Capacità del rappresentante e del rappresentato</b>		
di STEFANO DELLE MONACHE .....	»	62
1. Qualche cenno storico .....	»	62
2. Le implicazioni dell'art. 1389 c.c. sul piano della ricostruzione teorica dell'istituto della rappresentanza .....	»	64
3. Ulteriori regole operazionali .....	»	67
4. I contratti vietati al rappresentato .....	»	69
<b>Art. 1390 – Vizi della volontà</b>		
di STEFANO DELLE MONACHE .....	»	70
1. La disciplina dei vizi del volere. Rappresentanza e arbitraggio .....	»	70
2. ( <i>Segue</i> ). Rappresentanza e biancosegno .....	»	74
3. La predeterminazione del contenuto del contratto da parte del <i>dominus</i> . Rappresentante e <i>nuncius</i> . I vizi della procura .....	»	75
<b>Art. 1391 – Stati soggettivi rilevanti</b>		
di STEFANO DELLE MONACHE .....	»	78
1. Gli stati soggettivi del rappresentante .....	»	79
2. La possibile rilevanza degli stati soggettivi del <i>dominus</i> .....	»	80
<b>Art. 1392 – Forma della procura</b>		
di STEFANO DELLE MONACHE .....	»	83
1. La procura come fonte del potere di rappresentanza. Natura e caratteri della procura .....	»	83
2. Rapporto rappresentativo e rapporto gestorio: l'astrattezza della procura .....	»	87
3. ( <i>Segue</i> ). La procura c.d. isolata .....	»	92
4. La forma della procura .....	»	94
5. La subprocura .....	»	96
<b>Art. 1393 – Giustificazione dei poteri del rappresentante</b>		
di STEFANO DELLE MONACHE .....	»	99
1. Facoltà o obbligo del terzo di chiedere la giustificazione del potere rappresentativo: il problema dei negozi formali .....	»	99
2. Il potere del terzo di respingere senza indugio l'atto proveniente dal rappresentante che non giustifichi il suo potere .....	»	103
<b>Art. 1394 – Conflitto d'interessi</b>		
di STEFANO DELLE MONACHE .....	»	106
1. Profili introduttivi: il rilievo della cura dell'interesse del <i>dominus</i> nella rappresentanza .....	»	106
2. La nozione di conflitto d'interessi e la più generale figura dell'abuso di rappresentanza .....	»	108
3. ( <i>Segue</i> ). Il conflitto d'interessi come situazione dinamica. L'art. 1394 c.c. contempla l'ipotesi di un abuso qualificato del potere rappresentativo .....	»	114
4. La collusione tra rappresentante e terzo .....	»	117

<b>Art. 1395 – Contratto con se stesso</b>	
di STEFANO DELLE MONACHE .....	p. 119
1. La figura del contratto con se stesso e le sue delimitazioni .....	» 119
2. Il contratto con se stesso come accordo. Contratto con se stesso ed entrata del commissionario nel contratto .....	» 121
3. Le condizioni di validità del contratto con se stesso: l'autorizzazione specifica del rappresentato .....	» 125
4. ( <i>Segue</i> ). La determinazione del contenuto del contratto in modo da escludere la possibilità di un conflitto d'interessi .....	» 128
 <b>Art. 1396 – Modificazione ed estinzione della procura</b>	
di MATILDE GIROLAMI .....	» 130
1. Forma e contenuto della revoca .....	» 131
2. Mezzi idonei e terzi .....	» 134
3. Il permanere in vita di una situazione in realtà estinta: il <i>modus operandi</i> della revoca .....	» 136
4. La procura irrevocabile .....	» 139
5. Il 2° co.: le altre cause di estinzione della procura .....	» 140
 <b>Art. 1397 – Restituzione del documento della rappresentanza</b>	
di MATILDE GIROLAMI .....	» 143
1. <i>Ratio</i> della norma e suo significato nel contesto della disciplina della rap- presentanza .....	» 143
 <b>Art. 1398 – Rappresentanza senza potere</b>	
di MATILDE GIROLAMI .....	» 144
1. Eccesso di potere, difetto di rappresentanza e abuso di rappresentanza .....	» 144
2. Conseguenze giuridiche dell'agire rappresentativo senza poteri: l'inefficacia dell'atto .....	» 147
3. Natura e fondamento della responsabilità del <i>falsus procurator</i> .....	» 153
4. La rappresentanza apparente .....	» 158
 <b>Art. 1399 – Ratifica</b>	
di MATILDE GIROLAMI .....	» 168
1. Natura e contenuto della ratifica .....	» 168
2. Forma della ratifica .....	» 173
3. Atti ratificabili; in particolare la ratifica dei negozi unilaterali e degli atti pro- cessuali .....	» 177
4. Retroattività della ratifica e posizione dei terzi .....	» 182
5. Limiti temporali della ratifica .....	» 183
 <b>Art. 1400 – Speciali forme di rappresentanza</b> .....	» 186
1. Rinvio .....	» 186

## CAPO VII

## DEL CONTRATTO PER PERSONA DA NOMINARE

<b>Art. 1401 – Riserva di nomina del contraente</b>	
di VALENTINA DI GREGORIO .....	» 187
1. Origine e natura giuridica del contratto per persona da nominare .....	» 187
2. La teoria della rappresentanza. La rappresentanza eventuale .....	» 190



## Indice

3. La teoria del negozio condizionato .....	p. 195
4. La teoria del doppio contratto e le altre teorie: concentrazione soggettiva, facoltà alternativa di sostituzione nel rapporto, surrogazione, autorizzazione .....	» 198
5. La riserva di nomina .....	» 201
5.1. Requisiti soggettivi e significati dell'espressione per sé o per persona da nominare .....	» 201
5.2. Limiti di applicazione della riserva di nomina .....	» 206
5.3. Riserva di nomina e contratto preliminare .....	» 209
5.4. Prelazione agraria e contratto per persona da nominare .....	» 214
6. Contratto per persona da nominare, contratto a favore di terzo, cessione del contratto. Caratteri distintivi .....	» 217
7. L'aggiudicazione per persona da nominare (artt. 579 e 583 c.p.c.) .....	» 221
<b>Art. 1402 – Termine e modalità della dichiarazione di nomina</b> di VALENTINA DI GREGORIO .....	» 224
1. La facoltà di nomina .....	» 224
2. La dichiarazione di nomina: natura e contenuto .....	» 229
3. Il termine .....	» 233
4. Procura e accettazione .....	» 236
<b>Art. 1403 – Forme e pubblicità</b> di VALENTINA DI GREGORIO .....	» 238
1. Pubblicità della dichiarazione di nomina, della procura e dell'accettazione .....	» 239
2. Pubblicità e trascrizione .....	» 242
<b>Art. 1404 – Effetti della dichiarazione di nomina</b> di VALENTINA DI GREGORIO .....	» 245
1. La retroattività della nomina .....	» 245
2. Gli effetti della dichiarazione di nomina e la legittimazione .....	» 248
<b>Art. 1405 – Effetti della mancata dichiarazione di nomina</b> di VALENTINA DI GREGORIO .....	» 251
1. Generalità .....	» 251

## CAPO VIII

## DELLA CESSIONE DEL CONTRATTO

<b>Art. 1406 – Nozione</b> di MAURO PALADINI .....	» 255
1. Introduzione .....	» 255
2. Requisiti oggettivi della cessione .....	» 257
3. Causa della cessione .....	» 258
4. Oggetto .....	» 261
5. Forma .....	» 264
6. Figure affini .....	» 265
7. Il subcontratto .....	» 267
<b>Art. 1407 – Forma</b> di MAURO PALADINI .....	» 271
1. Struttura trilaterale della cessione e ruolo del consenso del ceduto .....	» 271
2. La cessione tramite girata .....	» 274

<b>Art. 1408 – Rapporti fra contraente ceduto e cedente</b>	
di MAURO PALADINI .....	p. 275
1. Effetti della cessione .....	» 275
2. La cessione non liberatoria .....	» 277
<b>Art. 1409 – Rapporti fra contraente ceduto e cessionario</b>	
di MAURO PALADINI .....	» 279
1. Eccezioni opponibili dal ceduto .....	» 279
2. Eccezioni opponibili dal cessionario .....	» 281
3. Eccezioni del contratto di cessione .....	» 283
<b>Art. 1410 – Rapporti fra cedente e cessionario</b>	
di MAURO PALADINI .....	» 283
1. Garanzia della validità .....	» 283
2. Vizi del contratto di cessione .....	» 286
<b>CAPO IX</b>	
<b>DEL CONTRATTO A FAVORE DI TERZI</b>	
<b>Art. 1411 – Contratto a favore di terzi</b>	
di LUCIA BOZZI .....	» 287
1. Cenni storici e comparatistici .....	» 287
2. Contratto a favore di terzo e relatività degli effetti del contratto .....	» 298
3. La nozione di terzo. Contratto a favore di terzo e figure affini: contratto per persona da nominare e rappresentanza. La determinazione del terzo .....	» 302
4. L'interesse dello stipulante. Il contratto a favore di terzo come schema generale di contratto .....	» 305
5. Carattere gratuito o oneroso della stipulazione a favore di terzo. Contratto a favore di terzo e liberalità indiretta .....	» 311
6. Acquisto del diritto da parte del terzo .....	» 317
7. “Accettazione” e rifiuto del terzo .....	» 320
8. Potere di revoca e di modifica dello stipulante .....	» 324
9. Rapporto tra promittente e terzo. Il diritto all'adempimento della prestazione: azione ed eccezioni .....	» 330
10. Il contratto a favore di terzo come schema generale di contratto: contratto a favore di terzo e diritti reali .....	» 332
11. Casistica. Ipotesi problematiche. a) Accollo. b) Trasporto. c) Assicurazione per conto altrui e per conto di chi spetta. d) Contratto con effetti protettivi nei confronti del terzo; in particolare: il contratto di prestazioni sanitarie. e) Patti parasociali .....	» 339
<b>Art. 1412 – Prestazione al terzo dopo la morte dello stipulante</b>	
di LUCIA BOZZI .....	» 356
1. Il contratto a favore di terzo con prestazione da eseguirsi dopo la morte dello stipulante. L'esercizio del potere di revoca da parte dello stipulante .....	» 356
2. Tra negozio <i>mortis causa</i> e <i>post mortem</i> : contratto a favore di terzo e patti successori .....	» 360
<b>Art. 1413 – Eccezioni opponibili dal promittente al terzo</b>	
di LUCIA BOZZI .....	» 361
1. Eccezioni opponibili .....	» 361

## Indice

CAPO X  
DELLA SIMULAZIONE

<b>Art. 1414 – Effetti della simulazione tra le parti</b>	
di ANDREA ORESTANO .....	p. 365
1. Premessa .....	» 365
2. La simulazione quale ipotesi di contrasto fra volontà e dichiarazione o fra dichiarazioni contrapposte .....	» 367
3. La rilevanza, strutturale e funzionale, dell'accordo simulatorio .....	» 371
4. (Segue). La distinzione dell'accordo simulatorio rispetto all'atto simulato .....	» 375
5. I rapporti fra l'accordo simulatorio e l'atto simulato .....	» 381
6. (Segue). Il contratto simulato e l'esecuzione dell'accordo simulatorio .....	» 388
7. L'“inefficacia” del contratto simulato .....	» 394
8. (Segue). La nullità del contratto simulato e i così detti effetti per i terzi .....	» 398
9. (Segue). L'inadeguatezza della nullità rispetto al fenomeno simulatorio .....	» 402
10. La disciplina applicabile all'accordo simulatorio e al contratto simulato. In particolare: lo scioglimento per mutuo consenso dell'accordo simulatorio .....	» 409
11. La simulazione relativa .....	» 414
12. L'interposizione fittizia .....	» 423
13. (Segue). Interposizione fittizia e interposizione reale .....	» 426
14. L'ambito della simulazione: gli atti unilaterali .....	» 432
15. (Segue). La simulazione in ambito societario (cenni); la simulazione di atti non negoziali; la simulazione della data dell'atto .....	» 437
 <b>Art. 1415 – Effetti della simulazione rispetto ai terzi</b>	
di ANDREA ORESTANO .....	» 440
1. Premessa .....	» 440
2. Gli aventi causa dal titolare apparente: la legittimazione di quest'ultimo a disporre del diritto .....	» 441
3. (Segue). La fattispecie legale di acquisto e l'efficacia relativa del contratto simulato .....	» 445
4. (Segue). La buona fede (e la trascrizione) .....	» 448
5. L'ambito della tutela del terzo e la tutela del simulato alienante .....	» 455
6. I terzi nei cui confronti la simulazione è inopponibile .....	» 456
7. I terzi pregiudicati dalla simulazione .....	» 461
 <b>Art. 1416 – Rapporti con i creditori</b>	
di ANDREA ORESTANO .....	» 467
1. Premessa .....	» 467
2. I creditori del simulato alienante .....	» 468
3. I creditori del titolare apparente .....	» 471
4. I conflitti fra i creditori del simulato alienante e quelli del simulato acquirente ..	» 476
 <b>Art. 1417 – Prova della simulazione</b>	
di ANDREA ORESTANO .....	» 482
1. Premessa .....	» 482
2. I caratteri dell'azione .....	» 482
3. (Segue). La legittimazione, la rilevabilità di ufficio e il contraddittorio .....	» 487
4. (Segue). La prescrizione .....	» 493
5. La prova della simulazione per le parti .....	» 498
6. La prova della simulazione per i terzi .....	» 512

CAPO XI  
DELLA NULLITÀ DEL CONTRATTO

<b>Art. 1418 – Cause di nullità del contratto</b>	
di MADDALENA RABITTI .....	p. 521
1. Premessa .....	» 521
2. L'art. 1418 c.c. tra storia e dogma .....	» 522
3. I limiti della tesi tradizionale .....	» 528
4. Interesse tutelato e invalidità negoziale .....	» 534
5. Dalla nullità codicistica alle nullità speciali di protezione .....	» 537
6. Il parametro del giudizio di nullità: le norme imperative .....	» 540
7. Contratto illecito e norma penale .....	» 546
8. L'oggetto del giudizio di nullità: i difetti strutturali .....	» 552
9. Contrarietà a norme imperative, ordine pubblico e buon costume .....	» 564
10. Divieto di risultato e illiceità del contratto .....	» 571
11. Contrarietà a buona fede e nullità virtuale di protezione .....	» 577
12. Nullità e abuso del diritto .....	» 584
13. La nullità testuale .....	» 587
<b>Art. 1419 – Nullità parziale</b>	
di MADDALENA RABITTI .....	» 589
1. Nullità parziale e principio di conservazione del contratto .....	» 589
2. Clausole nulle e sostituzione di diritto .....	» 598
3. La nullità parziale necessaria .....	» 602
<b>Art. 1420 – Nullità nel contratto plurilaterale</b>	
di MADDALENA RABITTI .....	» 606
1. Ambito di applicazione e finalità della norma .....	» 606
<b>Art. 1421 – Legittimazione all'azione di nullità</b> .....	» 610
<b>Art. 1422 – Imprescrittibilità dell'azione di nullità</b>	
di STEFANO PAGLIANTINI .....	» 610
INTRODUZIONE. L'ART. 1421 C.C.: STORIA DI UNA DISPOSIZIONE CONTROVERSA	
1. Premessa: l'azione di nullità tra <i>Feststellungsklage</i> ed esecuzione .....	» 611
2. Le ragioni di una omissione: la c.d. inutilità dell'azione di nullità .....	» 616
3. La rilevabilità della nullità tra inesistenza e contratto illecito: da regola non scritta di <i>species</i> ad attributo di un intero genere .....	» 619
4. La rilevabilità come vicenda complemento dell'inesistenza di un diritto per l'operare di un fatto impeditivo? .....	» 625
5. ( <i>Segue</i> ). Critica .....	» 626
6. L'art. 1421 c.c. tra interesse autonomo (delle parti) al mero accertamento e pregiudizialità-dipendenza c.d. negativa (dei terzi). L'eccezionalità <i>sui generis</i> della previsione .....	» 631
7. L'inconclusa <i>voxata quaestio</i> sulla natura della sentenza di nullità: il pluralismo lessicale degli interpreti .....	» 637
PARTE I. L'AZIONE DI NULLITÀ TRA LEGITTIMAZIONE ED INTERESSE	
1. Le perplessità della tradizionale (o immediata?) lettura dell'art. 1421 c.c. ....	» 641

## Indice

2. La pretesa legittimazione <i>in re ipsa</i> delle parti: critica di un dogma tralatizio. Di due interpretazioni possibili: <i>Rechtsschutzbedürfnis</i> quale filtro selettivo delle controversie immeritevoli e l'abuso del diritto di azione .....	p. 643
3. Fattispecie testuali di <i>Schikanerie</i> .....	» 649
4. ( <i>Segue</i> ). Due figure emblematiche contigue: i negozi risolutori di contratti formali e le scritture allografe .....	» 653
5. Le nuove nullità a legittimazione relativa e il caso (equivoco) dell'art. 36, 3° co., c. cons. La questione connessa dell'incompletezza di disciplina tra nullità di protezione virtuale e canone dell'interesse in concreto .....	» 657
6. La legittimazione dei terzi: l'utilità specifica apprezzabile della riflessione. La classe dei creditori .....	» 660
7. ( <i>Segue</i> ). ... e quella degli aventi causa .....	» 664

## PARTE II. LA RILEVABILITÀ D'UFFICIO

1. I limiti alla rilevabilità d'ufficio: un primo catalogo di dieci casi .....	» 667
2. Domanda giudiziale di risoluzione per inadempimento e rilievo incidentale della nullità: una questione ancora controversa (tra equivoci ed <i>obiter dicta</i> ) .....	» 672
3. Rilevabilità officiosa, principio del contraddittorio e domanda di accertamento incidentale della nullità .....	» 678
4. I poteri processuali del giudice nella c.d. nullità di protezione (art. 36, 3° co., c. cons.): il mutevole argomentare della Corte di Giustizia .....	» 683
5. Il caso <i>Mostaza Claro c. Centro Mòvil Milenium sl</i> (C-168/05) .....	» 686
6. Le sentenze <i>Pannon GSM Zrt. c. E. S. Gyorfı</i> (C-243/08) ed <i>Asturcom Telecomunicaciones S. L. c. Rodriguez Nogueira</i> (C-40/08) .....	» 688
7. Rilevabilità <i>ope iudicis</i> e convalidabilità delle clausole vessatorie .....	» 691
8. La tassonomia delle cc.dd. invalidità comunitarie: convalida e fattispecie di irrinunciabilità dei diritti .....	» 696
9. ( <i>Segue</i> ). L'art. 143 c. cons. ....	» 697
10. Statuto normativo (diverso?) per le nullità di protezione domestiche? .....	» 699

**Art. 1423 – Inammissibilità della convalida**

di STEFANO PAGLIANTINI e SILVIA BRANDANI .....	» 701
1. Sulla presunta insanabilità del negozio nullo .....	» 701
2. Conferma e convalida: due istituti diversi .....	» 707
3. Spunti per un diverso modo di intendere l'art. 1423 c.c. ....	» 714

**Art. 1424 – Conversione del contratto nullo**

di MADDALENA RABITTI .....	» 718
1. L'istituto della "conversione sostanziale": nozione e ambito di operatività .....	» 718
2. L'art. 1424 c.c.: testo e interpretazione .....	» 722
3. Casistica .....	» 725
4. Ciò che è nullo produce effetti? .....	» 726
5. La volontà dei contraenti .....	» 728
6. Il rapporto di continenza .....	» 732
7. La conversione del contratto nullo tra conservazione del negozio e tutela dell'affidamento .....	» 733
8. I limiti di operatività della conversione .....	» 735

## AUTORI

<b>Lucia Bozzi</b>	Professore Associato di Diritto privato nell'Università di Foggia
<b>Silvia Brandani</b>	Professore Aggregato di Diritto di famiglia nell'Università di Siena
<b>Stefano Delle Monache</b>	Professore Ordinario di Diritto civile nell'Università di Padova
<b>Valentina Di Gregorio</b>	Professore Associato di Diritto privato nell'Università del Molise
<b>Matilde Girolami</b>	Professore Associato di Diritto privato nell'Università di Padova
<b>Andrea Orestano</b>	Professore Ordinario di Diritto privato nell'Università di Perugia
<b>Stefano Pagliantini</b>	Professore Ordinario di Diritto privato nell'Università di Siena
<b>Mauro Paladini</b>	Professore Associato di Diritto privato nell'Università di Brescia
<b>Maddalena Rabitti</b>	Professore Ordinario di Diritto dell'economia nell'Università Roma Tre

## CAPO VIII

### DELLA CESSIONE DEL CONTRATTO

#### Art. 1406 – Nozione

*[1] Ciascuna parte può sostituire a sé un terzo nei rapporti derivanti da un contratto con prestazioni corrispettive, se queste non sono state ancora eseguite, purché l'altra parte vi consenta.*

---

commento di Mauro Paladini

**Sommario:** 1. Introduzione. - 2. Requisiti oggettivi della cessione. - 3. Causa della cessione. - 4. Oggetto. - 5. Forma. - 6. Figure affini. - 7. Il subcontratto.

#### 1. Introduzione

La disciplina della cessione del contratto costituisce una novità del codice civile del 1942, anche in confronto agli altri ordinamenti europei<sup>1</sup>.

Per quanto nel *code civil*, e quindi nel codice del 1865, si siano in seguito intraviste alcune ipotesi testuali di cessione del contratto<sup>2</sup>, tali figure rappresentavano cessioni improprie<sup>3</sup> del mero credito alla prestazione tipica. Le origini dell'istituto devono essere rinvenute, invece, nel commercio di derrate,

<sup>1</sup> Oltre all'evidente assenza nel *code civil* per ragioni storiche, nel BGB, in ossequio alla *Zerlegungskonstruktion*, non fu disciplinato per legge l'istituto: cfr. ANDREOLI M., *La cessione del contratto*, Padova, 1951, 26; CICALA R., *Il negozio di cessione del contratto*, Napoli, 1962, 7 s.; ANELLI F., *La cessione del contratto*, in *Tratt. Rescigno-Gabrielli*, I, *I contratti in generale*, a cura di Gabrielli E., 2<sup>a</sup> ed., Torino, 2006, 1310 s. La riemersione concettuale dell'istituto può riscontrarsi, da ultimo, nel *Draft CFR*, all'art. III.-5:302 dove, pur ribaditane l'unità, si rinvia alle disposizioni sulle singole modificazioni soggettive.

<sup>2</sup> Frutto della riqualificazione operata *a posteriori* (in primo luogo PULEO S., *La cessione del contratto*, Milano, 1939, 16 sulla cessione della locazione), mentre in origine vanno piuttosto ricondotte a peculiari cessioni del credito. Sul ruolo della cessione della locazione nell'evoluzione, invece, del subcontratto cfr. *infra* il commento al § 7.

<sup>3</sup> Cfr. ASCOLI A., *Cessione del contratto*, nota a Cass. Firenze, 11.1.1918, in *Riv. dir. civ.*, 1918, 84.

ove si avvertì l'esigenza d'una celere rivendita delle merci dal produttore ai consumatori<sup>4</sup>, evitando la proliferazione di successivi accordi contrattuali; in altri termini, anziché procedere ad una serie di subacquisti – col corollario di successive consegne delle voluminose merci e dell'immediato pagamento del corrispettivo – andò consolidandosi il trasferimento mediante girata del contratto fino all'acquirente finale.

Il crescente sviluppo degli scambi economici indusse, pertanto, il legislatore a introdurre un agile e moderno strumento finalizzato a consentire la circolazione del contratto, ulteriore e più moderno rispetto alle tradizionali figure di modificazione soggettiva del rapporto obbligatorio. Già nella *Relazione del Guardasigilli* si pone in evidenza come la cessione del contratto si fosse imposta nella pratica del commercio come strumento di inscindibile trasmissione degli elementi attivi e passivi del contratto, rappresentando tale inscindibilità anche mediante la creazione di titoli di credito, il cui possessore non poteva esigere la prestazione senza corrispondere la controprestazione<sup>5</sup>.

Successivamente alle prime analisi dottrinali<sup>6</sup> – che, in ossequio alla pregressa impostazione dogmatica, avevano privilegiato una qualificazione dell'istituto alla stregua di una coniugazione di cessione del credito e accollo del debito<sup>7</sup>, ovvero di una mera *renovatio contractus*<sup>8</sup> – l'introduzione della nuova disciplina del codice civile consentì l'affermazione, anche tra gli studiosi, di una ricostruzione unitaria dell'istituto<sup>9</sup>, che sottolineava l'inscindibile complessità dell'intento traslativo avente ad oggetto la "posizione contrattuale" in quanto tale<sup>10</sup>.

La riflessione dottrinale si è confrontata, col passare dei decenni, ha partecipato al confronto con le ipotesi tipiche di cessione e con figura del subcontratto<sup>11</sup>; per altro verso, occorre ricordare come l'esigenza di disciplinare il

<sup>4</sup> VIDARI, *La cambiale, l'ordine in derrate e l'assegno bancario*, Milano, 1885, 535.

<sup>5</sup> § 34, ove si legge che «il libro delle obbligazioni cerca di soddisfare le esigenze di tale pratica, in considerazione del fatto che essa risponde ad una funzione economica importante, qual è quella di eliminare complicate e dispendiose rinnovazioni del contratto».

<sup>6</sup> Su cui cfr. PULEO S., *op. cit.*, 17 s.; ANDREOLI M., *op. cit.*, 26 s.

<sup>7</sup> FONTANA G., *Cessione di contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, I, 173. Già critico SOTGIA SE., *Cessione di crediti ed altri diritti*, in *Nuovo Dig. it.*, III, Torino, 1938, § 12, 75.

<sup>8</sup> Così, NICOLÒ R., *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, 290.

<sup>9</sup> MOSSA L., *Vendita di contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1928, II, 633; PULEO S., *op. cit.*, 68; SCOGNAMIGLIO R., *I contratti in generale*, in *Tratt. Grosso-Santoro Passarelli*, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 1966, 208; ANDREOLI M., *op. cit.*, 35; MESSINEO F., *Il contratto in genere*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, XXI, 2, Milano, 1972, 2.

<sup>10</sup> ANDREOLI M., *op. cit.*, 29.

<sup>11</sup> Su cui cfr. *infra* il commento al § 7.



fenomeno si è avvertita nei più recenti progetti di codificazione europea<sup>12</sup> e nei progetti francesi<sup>13</sup>, pur senza diffondersi nel dettaglio dei profili di disciplina<sup>14</sup>.

## 2. Requisiti oggettivi della cessione

Affinché possa essere stipulato il negozio di cessione del contratto si riteneva necessaria la fungibilità della prestazione<sup>15</sup>, con la conseguenza di ritenere incredibili, pertanto, i contratti in cui la prestazione del cedente sia *intuitu personae*<sup>16</sup>: in tal caso, l'eventuale cessione comporterebbe non il

<sup>12</sup> Cfr. il *Draft Common Frame of Reference* all'art. III.-5:302, 1° co.: «*A party to a contractual relationship may agree with a third person, with the consent of the other party to the contractual relationship, that that person is to be substituted as a party to the relationship*»; adde i PECL all'art. 12:201, 1° co.: «*Une partie à un contrat peut convenir avec un tiers que ce dernier lui sera substitué en tant que partie contractante. La substitution ne prend effet que si l'autre partie accepte que la substitution libère ainsi son cocontractant originel*»; nonché l'art. 118, 1° co., del *code européen des contrats*: «*Chacune des parties, si le rapport le permet concrètement, peut céder à titre gratuit ou onéreux, totalement ou partiellement à un tiers (ou à plusieurs autres sujets), sa propre position contractuelle relative à un contrat qui n'a pas encore épuisé ses effets*».

<sup>13</sup> Art. 1165-4 dell'*Avant-projet Catala*: «*Un contractant ne peut sans l'accord exprès ou tacite de son cocontractant, céder entre vifs à un tiers sa qualité de partie au contrat*», oltre al c.d. *projet de la Chancellerie* con formulazione pressoché identica all'art. 148: «*Un contractant ne peut, sans l'accord exprès ou tacite de son cocontractant, céder entre vifs à un tiers sa qualité de partie au contrat, sauf si la loi l'y autorise*».

<sup>14</sup> Nel c.d. *projet de la Chancellerie*, difatti, l'art. 148 esaurisce tutta la fattispecie; anche nell'*avant-projet Catala*, d'altronde, l'art. 1165-5 (ed il *Draft CFR* all'art. III.-5:302, 2° co.) si limita a palesare le eccezioni alla struttura trilaterale della cessione, al cui esame quindi si rinvia nel commento all'art. 1407 c.c., § 1.

All'art. III.-302, 3° co., del *Draft* si compie un rinvio, senza altra precisazione, alle norme in tema di trasferimento di diritti ed obblighi, quasi aderendo ad una visione atomistica; eppure il commento, con singolare approssimazione, semplifica oltremodo la questione: cfr. quindi *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. DCFR Full Edition*, III, Sellier, München, 2009, 1103 s.: «*A transfer of the contract is more than a mere combination of assignemtn of rights, obligations, legal positions, and duties, which can appropriately be regarded as more than a mere combination of single acts transferring rights and obligations*»; eppure il commento prosegue con una frase almeno dubbia: «*In practice, however, the most important result of such a transaction ist the transfer of all contractual rights including collateral ones, as well as the acceptance of all contractual obligations by the incoming party*», dove emerge la difficoltà a chiarire il *proprium* differenziale con le modificazioni soggettive. Rilievi simili possono compiersi con riguardo all'art. 12:201, 2° co., dei PECL: «*Dans la mesure où la substitution de contractant implique une cession de créance, les dispositions du chapitre 11 reçoivent application; dans la mesure où il y a cession de dette, on applique les dispositions de la section 1 du présent chapitre*».

<sup>15</sup> FERRARA F. JR., *Per una disciplina legislativa della cessione del contratto*, in *Riv. dir. privato*, 1941, 113.

<sup>16</sup> CARRESI, *La cessione del contratto*, Milano, 1950, 51; MESSINEO F., *op. cit.*, 39.

subentro nel rapporto contrattuale, bensì la novazione del medesimo<sup>17</sup>. Si è obiettato, tuttavia, come, anche in caso di prestazione infungibile, il contraente ceduto non venga pregiudicato, soggiacendo la cessione al suo imprescindibile consenso<sup>18</sup>. A tale condivisibile rilievo s'aggiunga, peraltro, come la novazione non consista in una mera modificazione del rapporto contrattuale, ma comporti – com'è noto – l'estinzione dell'originaria obbligazione<sup>19</sup>.

Costituisce, invece, un effettivo presupposto oggettivo il difetto di un divieto legale di cessione. Nell'ordinamento si reperiscono numerose ipotesi di incedibilità legale<sup>20</sup>, ma la dottrina<sup>21</sup> distingue i veri e propri divieti dalle fattispecie tipiche in cui si ribadisce l'ineludibile consenso del ceduto<sup>22</sup>.

Poiché la cessione del contratto – a differenza, ad esempio, dalla cessione del credito – richiede necessariamente il consenso della parte ceduta, si ritiene correttamente inefficace (e finanche illogico) il divieto convenzionale di cessione<sup>23</sup>.

L'incedibilità del contratto deve essere distinta, a sua volta, dal divieto di subcontratto<sup>24</sup>.

### 3. Causa della cessione

Aspetto dei più controversi in materia di cessione del contratto è quello dell'elemento causale. La varietà di opinioni sull'argomento, che accompagna

<sup>17</sup> CARRESI, *op. loc. cit.*

<sup>18</sup> DE NOVA, in SACCO, DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. Sacco*, 3<sup>a</sup> ed., Torino, 2004, 748; ANELLI F., *op. cit.*, 1332; CLARIZIA R., *La cessione del contratto*, in *Comm. Schlesinger*, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2005, 28.

<sup>19</sup> Con riferimento all'*animus novandi* e al *discrimen* con la modificazione del rapporto obbligatorio, cfr. RESCIGNO P., *Novazione (diritto civile)*, in *Enc. Dir.*, XVIII, Milano, 1978, 808; PUGLIESE C.B., *La novazione*, in *L'estinzione dell'obbligazione senza adempimento*, a cura di Paladini M., Torino, 2010, 61 ss.

<sup>20</sup> Ad esempio l'art. 33, lett. s), del codice del consumo (su cui DE CRISTOFARO G., *Il consenso del consumatore alla cessione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, II, 523 s.); l'art. 118, 1° co., d.lg. 12.4.1006, n. 163 in materia di appalti con la p.a.; l'art. 21, l. 3.5.1982, n. 203 riguardante il contratto di affitto di fondi rustici.

<sup>21</sup> MESSINEO F., *op. cit.*, 40; SCOGNAMIGLIO R., *op. cit.*, 211; CLARIZIA R., *op. cit.*, 29; BRIGANTI E., *Cessione del contratto*, in *Enc. Giur.*, VI, Roma, 1988, 3.

<sup>22</sup> Artt. 1594 (1624), 2149, 2169 c.c.; MESSINEO F., *op. cit.*, 39.

<sup>23</sup> CARRESI, *op. cit.*, 50. In effetti, sovrabbonda un simile divieto, prima ancora d'assimilarlo all'inopponibilità dell'art. 1379 c.c., visto il dirimente consenso del ceduto; d'altronde, anche immaginando un consenso preventivo ad una cessione, rivela poi pregiudizievole, resta in facoltà del ceduto non liberare il cedente *ex art.* 1408, 2° co., c.c.

<sup>24</sup> Sul quale cfr. *infra* il commento al § 6; per i divieti si ricordino gli artt. 957, 2° co., 1594, 1656 (da ricondursi peraltro al consenso del contraente), 2792, 2° co., c.c.

l'evoluzione concettuale della nozione di causa in genere<sup>25</sup>, presuppone la qualificazione unitaria dell'istituto in esame e, in particolare, la sua riconducibilità a un singolo contratto<sup>26</sup>.

Secondo una prima impostazione – qualificando la cessione quale *species* dei cc.dd. negozi di secondo grado<sup>27</sup> – la cessione «assume, a volta a volta, la causa del contratto base», ovvero è un istituto «a causa variabile»<sup>28</sup>.

Secondo altra dottrina, invece, la specifica menzione legislativa rende la cessione un istituto tipico e dotato, quindi, di causa propria, che deve essere individuata nella sostituzione della parte contrattuale, e cioè «nell'uscita del cedente dal contratto e il subingresso di un terzo soggetto»<sup>29</sup>. Tale impostazione consentirebbe, ad esempio – secondo i suoi sostenitori – di considerare tipica anche la cessione di un contratto atipico<sup>30</sup>.

Nel recupero tardivo della teoria c.d. atomistica la causa è stata individuata, invece, nello scambio fra crediti e debiti corrispettivi: in altri termini, nello scopo del cedente di liberarsi dei debiti cedendo i crediti e nel corrispondente scopo del cessionario<sup>31</sup>. La teoria è rimasta, tuttavia, isolata nel suo tentativo di recuperare, oltre alla scomposizione della cessione<sup>32</sup>, anche un'idea soggettiva della causa in genere, la quale peraltro tralascia del tutto l'interesse del ceduto<sup>33</sup>. Se nella c.d. teoria atomistica la corrispettività fra accollo e cessione implicherebbe sempre l'onerosità<sup>34</sup>, altro orientamento, motivando in ragione del bilanciamento delle prestazioni, ha optato per la gratuità della causa<sup>35</sup>.

Autori successivi hanno sostenuto la concezione del negozio di alienazio-

<sup>25</sup> *Supra* il commento agli artt. 1343 ss. c.c.; BRECCIA, *Causa*, in *Tratt. Bessone, Il contratto in generale*, XIII, 3, Torino, 1999, 3 s.

<sup>26</sup> ALBANESE A., *Cessione del contratto*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2008, 198.

<sup>27</sup> Sui quali, BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1960, 298; *in parte* qua cfr. MESSINEO F., *op. cit.*, 11.

<sup>28</sup> CARRESI, *op. cit.*, 55; *adde*, pur contestando la mimesi della causa del contratto base, BETTI, *op. cit.*, 561, nt. 6; d'altronde, la causa variabile sarebbe passibile di combinazioni simulate o fraudolente per CARRESI, *op. cit.*, 118.

<sup>29</sup> MESSINEO F., *op. cit.*, 23; ANDREOLI M., *op. cit.*, 29; CRISCUOLI G., *Il negozio di sostituzione e la cessione del contratto*, in *Giust. civ.*, 1957, I, 1605.

<sup>30</sup> MESSINEO F., *op. cit.*, 26.

<sup>31</sup> Cfr. CICALA R., *op. cit.*, 145; BRIGANTI E., *op. cit.*, 6.

<sup>32</sup> ANELLI F., *op. cit.*, 1347 osserva quanto crediti e debiti «son già resi neutri dal vincolo di corrispettività» del contratto originario.

<sup>33</sup> Eppure, per l'indifferenza del ruolo del ceduto nell'individuazione della causa, ANELLI F., *op. cit.*, 1346; GALLO P., *Trattato del contratto*, II, Torino, 2010, 1734; si trascura, inoltre, l'eventualità della mancata liberazione del cedente per MESSINEO F., *op. cit.*, 24: cfr. *infra* il commento all'art. 1408 c.c.

<sup>34</sup> CICALA R., *op. cit.*, 153.

<sup>35</sup> MESSINEO F., *op. cit.*, 12.

ne<sup>36</sup>, all'interno della quale è stata recuperata, altresì, l'idea antica della vendita di contratto<sup>37</sup>. In altri casi, sottolineando la molteplicità delle cause del contratto-base e la loro incidenza sulla cessione, si è parlato di un collegamento negoziale fra cessione del contratto e contratto-base<sup>38</sup>.

Pertanto, tali teorie devono ritenersi ormai superate dalla nuova sensibilità maturata con riguardo al problema della causa<sup>39</sup> e all'acclarata distinzione rispetto al tipo negoziale. La recente evoluzione in punto di c.d. "causa in concreto" ha indotto le stesse Sezioni Unite<sup>40</sup> ad affermare che la cessione del contratto rientra in quelle particolari categorie di negozi mancanti di una loro funzione aggettiva "astrattamente" predeterminata, quali la prestazione di garanzia ("reale" o "personale") per un debito altrui, la modificazione del lato passivo del rapporto obbligatorio ("delegazione", "espromissione", "accollo", artt. 1268 ss. c.c.), l'adempimento del terzo (art. 1180 c.c.), la cessione del credito (art. 1260 c.c.), la rinuncia a un diritto, fra cui la remissione di debito (art. 1236 c.c.): per questi negozi, classificati "astratti" o "a causa astratta o generica", è difficile individuare una causa oggettiva nel senso tradizionale, dato che non c'è una coincidenza fra la funzione "pratica" del contratto e la causa economico-giuridica tradizionale, ma è egualmente indispensabile individuare la causa sia pure in base ad un'impostazione differente non soggetta all'obbligo predeterminato di modelli astratti, ma attenta strettamente al negozio posto in essere dai contraenti e all'affare nel suo complesso, onde valutare la meritevolezza dell'operazione (art. 1322, 2° co., c.c.). Anche nella cessione del contratto, pertanto, la causa consiste nello scopo "pratico" del negozio, nella "sintesi", cioè, degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare (c.d. "causa concreta"), quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato<sup>41</sup>.

<sup>36</sup> BIANCA C.M., *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 2000, 719; adde ALBANESE A., *op. cit.*, 199.

<sup>37</sup> ALPA, FUSARO A., *Cessione del contratto*, in *Digesto civ.*, II, Torino, 1989, 339.

<sup>38</sup> CLARIZIA R., *op. cit.*, 43; *contra* ANELLI F., *op. cit.*, 1346 che ricorda doversi allora precisare la «mistione» fra le cause.

<sup>39</sup> FUSARO A., *La cessione del contratto*, in *Tratt. Roppo*, III, *Effetti*, a cura di Costanza M., Milano, 2006, 236; ALBANESE A., *op. cit.*, 198.

<sup>40</sup> Cass., S.U., 18.3.2010, n. 6538, in *Foro it.*, 2010, I, 2460, con nota di COSTANTINO F.S., *Adempimento di debito altrui, fallimento del solvens e revocatoria al vaglio delle sezioni unite*.

<sup>41</sup> Cass., 8.5.2006, n. 10490, in *Giust. civ.*, 2007, I, 1985, con nota di IZZI B., *La causa del contratto come funzione economico-individuale*.

#### 4. Oggetto

Il contenuto normativo dell'art. 1406 c.c. si coglie certamente nell'oggetto della cessione, costituito dai rapporti derivanti dal trasferendo contratto: deve trattarsi di un contratto con prestazioni corrispettive che non sia stato ancora eseguito<sup>42</sup>. A dispetto della chiara lettera, tuttavia, la riflessione dottrinale ha proposto una crescente dilatazione applicativa dell'istituto oltre i suddetti requisiti, determinando l'ovvio quesito circa il *discrimen* di tali fenomeni fra cessioni atipiche<sup>43</sup> e mere vicende soggettive delle obbligazioni.

L'oggetto della cessione è stato talvolta individuato non già nel contratto-base, bensì nella «posizione contrattuale»<sup>44</sup>, nella qualità di parte<sup>45</sup> o infine nei rapporti contrattuali riferiti ad una parte. Tali definizioni – tutte protese, invero, alla critica della teoria atomistica – rivestono valore sostanzialmente sinonimico per esprimere il complesso organico<sup>46</sup> di diritti ed obblighi di cui sia titolare il cedente. In ragione di tale presupposto, il contratto base non costituirebbe l'oggetto della cessione, poiché il contratto non risulta in sé un bene<sup>47</sup> né, in quanto fatto giuridico, è trasferibile<sup>48</sup>. D'altronde l'espressione ritorna frequente al di fuori delle definizioni, pur tacciata d'improprietà lessicale o d'ellissi, concependo il contratto base quale “oggetto mediato” della cessione<sup>49</sup>.

Il requisito della corrispettività del cedendo contratto assurge a ragione logica e giuridica della cessione stessa: la dottrina più autorevole ha osservato che il trasferimento di un contratto “unilaterale” implicherebbe, infatti, una cessione del credito oppure un accollo<sup>50</sup> e snaturerebbe, pertanto, l'interdi-

<sup>42</sup> Si ritiene, invero, irrilevante l'invalidità del contratto ceduto, in esplicita analogia con la cessione del credito: ANDREOLI M., *op. cit.*, 52 s.; ALBANESE A., *op. cit.*, 182; l'incidenza dell'invalidità transita dai vizi alle disfunzioni: cfr. *infra* il commento all'art. 1410 c.c., § 3.

<sup>43</sup> Così DE NOVA, *op. cit.*, 745; sui contratti cedibili fuor della dizione dell'art. 1406 c.c., CRISCUOLI G., *op. cit.*, 1597.

<sup>44</sup> ANDREOLI M., *op. cit.*, 35; MIRABELLI G., *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.*, Torino, 1980, 420; DE NOVA, *op. cit.*, 742.

<sup>45</sup> CARRESI, *op. cit.*, 44.

<sup>46</sup> BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 1991, 845, fa riferimento «all'intreccio dei rapporti che nascono in via reciproca». Di conseguenza, anche la clausola compromissoria, in quanto organica al contratto, è ceduta: Cass., 16.2.1993, n. 1930, in *Mass. Foro it.*, 1993; Cass., 21.6.1996, n. 5761, *ivi*, 1996.

<sup>47</sup> CARRESI, *op. cit.*, 44.

<sup>48</sup> CARNELUTTI, *Teoria giuridica della circolazione*, Padova, 1933, 44; BARASSI L., *La teoria generale delle obbligazioni*, II, Milano, 1964, 290.

<sup>49</sup> MIRABELLI G., *op. cit.*, 420; nei termini di un oggetto mediato, BENEDETTI A.M., *La cessione del contratto*, Milano, 1998, 114 s.; secondo CARRESI, *op. cit.*, 83, il cessionario subentra anche nella fonte regolatrice.

<sup>50</sup> COLAGROSSO, *Teoria generale delle obbligazioni e dei contratti*, 2<sup>a</sup> ed., Roma, 1948, 316;

pendenza<sup>51</sup> che fonda l'unitario meccanismo traslativo<sup>52</sup>, non soggetto alle regole ed ai limiti delle modificazioni soggettive.

Tuttavia la dottrina più recente ha disatteso tali argomentazioni, affermando che non sussistono ostacoli concettuali all'estensione ai contratti unilaterali<sup>53</sup>, notando nella cessione del contratto il trasferimento congiunto ed ulteriore di facoltà, poteri ed azioni contrattuali<sup>54</sup>. Peraltro, deve considerarsi che un ampio orientamento dottrinale ascrive alla cessione del credito<sup>55</sup>, così come all'accollo<sup>56</sup>, l'opponibilità di tutte le eccezioni contrattuali del rapporto originario, sicché il discrimine operativo con la cessione del contratto può rivelarsi sottile. In questa prospettiva estensiva, si è ammessa la cedibilità del mutuo<sup>57</sup> – di cui, però, si assume talora la corrispettività – nonché del contratto d'opzione<sup>58</sup> e delle altre fattispecie precontrattuali<sup>59</sup>.

La norma in commento dispone, inoltre, che il contratto base non abbia ancora avuto un principio di esecuzione, giacché altrimenti la cessione mancherebbe di senso pratico<sup>60</sup>, così come la cessione d'un contratto eseguito *ex uno latere* costituirebbe piuttosto trasferimento di singole situazioni soggettive<sup>61</sup>. Nondimeno, anche a tal riguardo, l'affermazione è parsa troppo rigida considerando anzitutto la pacifica cedibilità dei contratti ad esecuzione periodica o continuata<sup>62</sup>. L'argomento è stato quindi corretto nell'incapacità dei

CARRESI, *op. cit.*, 45; BARASSI L., *op. cit.*, 291; MESSINEO F., *op. cit.*, 8; GIOVENE, *Della cessione del contratto*, in *Comm. D'Amelio-Finzi*, Firenze, 1948, 587.

<sup>51</sup> MESSINEO F., *op. cit.*, 9; SCOGNAMIGLIO R., *op. cit.*, 210.

<sup>52</sup> CICALA R., *op. cit.*, 237 riconobbe senz'altro la possibilità di cessioni di contratti "unilaterali".

<sup>53</sup> DE NOVA, *op. cit.*, 746; CARBONE V., *La cessione del contratto*, in *Tratt. Bessone*, XIII, 6, Torino, 2000, 294; GALLO P., *op. cit.*, 1713; esclusi invece i contratti gratuiti per MIRABELLI G., *op. cit.*, 421.

<sup>54</sup> MIRABELLI G., *op. cit.*, 421; CLARIZIA R., *op. cit.*, 24; DE NOVA, *op. cit.*, 746; BIANCA C.M., *op. cit.*, 727; CARBONE V., *op. cit.*, 295; ALBANESE A., *op. cit.*, 184.

<sup>55</sup> Rassegna approfondita in BOSETTI, *La cessione del credito*, in *Le modificazioni soggettive del rapporto obbligatorio*, in *Giur. Bigiavi*, Torino, 2010, 169 ss.

<sup>56</sup> BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., 841.

<sup>57</sup> CLARIZIA R., *op. cit.*, 20 s.

<sup>58</sup> GALLO P., *op. cit.*, 1720.

<sup>59</sup> *Contra* MESSINEO F., *op. cit.*, 10. Sul preliminare cfr. anche *infra* il commento al § 6 e quello all'art. 1408 c.c., § 2.

<sup>60</sup> BARASSI L., *op. cit.*, 292; CARRESI, *op. cit.*, 47; ANDREOLI M., *op. cit.*, 7; e ancora BRIGANTI E., *op. cit.*, 2.

<sup>61</sup> CARRESI, *op. cit.*, 117 l'ammette, poi, intravedendovi una liberalità. Nello stesso senso, Cass., 29.11.1993, n. 11847, in *Mass. Foro it.*, 1993; Cass., 22.1.2010, n. 1204, *ivi*, 2010.

<sup>62</sup> Già in tal senso ANDREOLI M., *op. cit.*, 37; CARRESI, *op. cit.*, 48; MESSINEO F., *op. cit.*, 10; più recentemente, CLARIZIA R., *op. cit.*, 24.



soli contratti che siano stati integralmente eseguiti<sup>63</sup>: si ritiene ormai possibile cedere contratti parzialmente eseguiti da entrambe le parti<sup>64</sup>, oppure con prestazioni già adempiute da un contraente<sup>65</sup>. In una simile apertura, si è posto il quesito sul limite ultimo fra cessione del contratto e modificazioni soggettive, prima dell'esaurimento degli effetti del contratto base<sup>66</sup>; ribadendo il sottile discrimine, in realtà finché residuano prestazioni, le parti possono trasferirle in quanto contrattuali.

Maggiori problematiche ha suscitato la cedibilità dei contratti traslativi: se per un'autorevole opinione essi sarebbero pienamente incedibili<sup>67</sup>, si è osservato, in senso contrario, che i contratti traslativi ad effetto immediato non presenterebbero, per la loro immanente struttura, il requisito della permanente ineseguita corrispettività di prestazioni<sup>68</sup>.

La dottrina più recente, tuttavia, ha criticato tale limitazione, ammettendo la cedibilità di tutti i contratti traslativi<sup>69</sup>, mentre il dibattito si è soffermato piuttosto sul meccanismo traslativo fra ceduto-alienante e cessionario<sup>70</sup>, per cogliere se l'effetto traslativo in favore del cessionario discenda dalla cessione stessa o richieda un ulteriore atto di ritrasferimento e quindi se dante causa del cessionario sia, rispettivamente, il ceduto oppure il cedente. A proposito dell'opinione che, per distinguere dal subacquisto, individua il dante causa nel ceduto<sup>71</sup>, bisogna però ricordare come nulla vieti di configurare la cessione in sé traslativa<sup>72</sup> e, soprattutto, come la soluzione dipenda dal concreto assetto negoziale: le parti del contratto di cessione, secondo quanto in genere si è appena detto, possono limitarsi a trasferire quanto residua da

<sup>63</sup> ANDREOLI M., *op. cit.*, 38; MIRABELLI G., *op. cit.*, 422; CLARIZIA R., *op. cit.*, 22; MESSINEO F., *op. cit.*, 10; in giurisprudenza, Cass., 16.3.2007, n. 6157, in *Mass. Foro it.*, 2007.

<sup>64</sup> COLAGROSSO, *op. cit.*, 316; ANDREOLI M., *op. cit.*, 38.

<sup>65</sup> Con argomenti similari alla predetta ammissibilità di cessioni di contratti "unilaterali": CARBONE V., *op. cit.*, 295; in giurisprudenza, Cass., 23.4.1980, n. 2674, in *Riv. notariato*, 1980, 1560; Cass., 24.6.1992, n. 7752, in *Mass. Foro it.*, 1992.

<sup>66</sup> GALLO P., *op. cit.*, 1712.

<sup>67</sup> SCOGNAMIGLIO R., *op. cit.*, 210, sull'argomento della tipicità delle cause traslative e della conseguente assenza di previsione trascrittiva.

<sup>68</sup> CARRESI, *op. cit.*, 48; MESSINEO F., *op. cit.*, 11; *adde* Cass., 7.10.1955, n. 2889, in *Giust. civ.*, 1956, I, 923; Cass., 29.10.1975, n. 3645, in *Mass. Foro it.*, 1975.

<sup>69</sup> MIRABELLI G., *op. cit.*, 421; DE NOVA, *op. cit.*, 746; CLARIZIA R., *op. cit.*, 22; FUSARO A., *op. cit.*, 243; ANELLI F., *op. cit.*, 1321; in giurisprudenza, Cass., 24.6.1992, n. 7752, in *Mass. Foro it.*, 1992; Cass., 1.2.1993, n. 1216, in *Contr.*, 1993, 398, con nota di Basini; Cass., 2.6.2000, n. 7319, *ivi*, 2000, 977, con nota di BESOZZI F., *La cessione del contratto ad effetti reali*.

<sup>70</sup> ANELLI F., *op. cit.*, 1323 affronta il più delicato problema della cessione *ex latere alienantis*.

<sup>71</sup> BARBERO D., *Sistema del diritto privato italiano*, II, Torino, 1962, 234.

<sup>72</sup> MIRABELLI G., *op. cit.*, 422; DE NOVA, *op. cit.*, 747.

eseguire, mantenendo così il diritto reale nella titolarità del cedente<sup>73</sup> e manifestando così un possibile intento donativo del cessionario. Se quindi le tre parti intendono cedere anche il diritto reale, non può negarsi che il titolo traslativo sia lo stesso contratto di cessione e, dunque, il dante causa sia il cedente, contro il quale dovrà operarsi la trascrizione<sup>74</sup>, mentre, per tutte le altre azioni ed eccezioni contrattuali<sup>75</sup>, la controparte del cessionario resta, in ragione della cessione, il ceduto-alienante originario<sup>76</sup>.

## 5. Forma

Il codice civile, a dispetto dell'impropria rubrica dell'art. 1407 c.c., non disciplina affatto la forma della cessione<sup>77</sup> e ciò ha attratto l'istituto nell'ambito del notissimo dibattito<sup>78</sup> sull'esigenza formale per i negozi non indicati all'art. 1350 c.c.

Nell'originaria condivisione del principio della libertà delle forme contrattuali, anche per la cessione il silenzio normativo aveva indotto la dottrina ad affermare l'insussistenza del requisito formale<sup>79</sup>, anche in virtù dall'asserita incredibilità dei contratti traslativi. Successivamente, tuttavia – a partire dagli anni '80 – ha prevalso la teoria sull'esigenza di forma per i negozi secondari di quelli formali, sicché si è stabilito che la cessione richiede la forma *per relationem* dei contratti formali ceduti<sup>80</sup>, ove per questi ultimi la legge o le parti impongano il requisito formale *ad substantiam*.

Ragioni intrinseche alla natura dell'atto impongono, inoltre, la forma quando la cessione sia conclusa a titolo di donazione (art. 782 c.c.)<sup>81</sup> o nelle rare ipotesi speciali in cui il requisito formale è specificamente previsto

<sup>73</sup> ANELLI F., *op. cit.*, 1324; RIVA I., *Cessione del contratto ed effetti reali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2002, 645.

<sup>74</sup> MIRABELLI G., *op. cit.*, 428; GAZZONI, *Trascrizione*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1991, 182; *contra* CARRESI, *op. cit.*, 78.

<sup>75</sup> Ad esempio, per le azioni edilizie, ANDREOLI M., *op. cit.*, 19.

<sup>76</sup> ANELLI F., *op. cit.*, 1325.

<sup>77</sup> Sul problema, LEPRI A., *La forma della cessione del contratto*, Padova, 1993, *passim*.

<sup>78</sup> Ormai classico il riferimento a IRTI N., *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo giuridico*, Milano, 1985. In tema, *funditus* BRECCIA, *Forma*, in *Tratt. Roppo*, I, *Formazione*, Milano, 2006, 497 s.

<sup>79</sup> ANDREOLI M., *op. cit.*, 44; MESSINEO F., *op. cit.*, 14.

<sup>80</sup> Cass., 24.6.1992, n. 7752, in *Mass. Foro it.*, 1992; Cass., 1.2.1993, n. 1216, *cit.*; Cass., 1.8.2001, n. 10498, in *Mass. Foro it.*, 2001. In dottrina, CARRESI, *op. cit.*, 76; MIRABELLI G., *op. cit.*, 427; CLARIZIA R., *op. cit.*, 76; CRISCUOLI G., *op. cit.*, 1602; FUSARO A., *op. cit.*, 239; ANELLI F., *op. cit.*, 1348; osserva peraltro BRIGANTI E., *op. cit.*, 3 che l'elusione della forma implicherebbe già *ex se* la nullità del negozio.

<sup>81</sup> Cfr. LEPRI A., *op. cit.*, 57; ANELLI F., *op. cit.*, 1348.



dalla norma (si pensi, ad esempio, all'art. 95 delle Norme organizzative interne della Federazione italiana gioco calcio, in materia di cessione del contratto di lavoro del calciatore "professionista", ove è previsto che «l'accordo per il trasferimento o la cessione di contratto deve essere sottoscritto, a pena di nullità, da coloro che possono impegnare validamente le società contraenti agli effetti sportivi e nei rapporti federali, nonché dal calciatore e, se questi è minore di età, anche da chi esercita la potestà genitoriale») <sup>82</sup>.

Per quanto in linea generale l'onere formale debba osservarsi da parte di tutti i contraenti, è stato anche rilevato che in giurisprudenza <sup>83</sup> s'ammette il consenso tacito del contraente ceduto nei contratti non solenni, quasi a lumeggiare l'incrinatura della struttura trilaterale <sup>84</sup>.

## 6. Figure affini

La cessione del contratto, delineata dalle norme introdotte col codice del 1942, non descrive ogni trasferimento della posizione contrattuale: il suo carattere negoziale esclude evidentemente le numerose fattispecie di cessione (o successione) c.d. legale <sup>85</sup>, comprendendo in tale definizione sia le cessioni disposte *tout court* dalla legge, sia le cessioni che prescindono dal consenso di alcune delle parti coinvolte.

Nel primo ambito possono comprendersi le ipotesi di subentro del curatore fallimentare nei rapporti del fallito (art. 72 l. fall.) <sup>86</sup>, o del curatore dello scomparso nei rapporti contrattuali necessari alla conservazione del patrimonio (art. 48 c.c.) <sup>87</sup>. Allo stesso modo, devono essere incluse in tale ambito le fattispecie nelle quali il subentro nel contratto costituisce la conseguenza <sup>88</sup> del trasferimento di situazioni giuridiche pregiudiziali, come, ad esempio, nel caso dell'alienazione della cosa locata (art. 1599 c.c.) <sup>89</sup> o assicurata (art.

<sup>82</sup> LEPRI A., *op. cit.*, 50 s.

<sup>83</sup> Cass., 19.12.1996, n. 11381, in *Mass. Foro it.*, 1996, dove si precisa, peraltro, l'assenza dell'obbligo formale del contratto d'appalto; sempre nell'ordine di idee dell'assenza, in realtà, d'un requisito formale, Cass., 15.3.2004, n. 5244, *ivi*, 2004.

<sup>84</sup> LEPRI A., *op. cit.*, 202.

<sup>85</sup> Quale cessione "impropria" cfr. MESSINEO F., *op. cit.*, 40 s.; COLAGROSSO, *op. cit.*, 323; analisi diffusa in ANDREOLI M., *op. cit.*, 116 s.

<sup>86</sup> SCOGNAMIGLIO R., *op. cit.*, 212; MESSINEO F., *op. cit.*, 40; CLARIZIA R., *op. cit.*, 31.

<sup>87</sup> CLARIZIA R., *op. cit.*, 31; o anche la vendita e l'assegnazione forzate *ex artt.* 2923 e 2925 c.c. per BRIGANTI E., *op. cit.*, 1.

<sup>88</sup> SCOGNAMIGLIO R., *op. cit.*, 212; MIRABELLI G., *op. cit.*, 434; BARASSI L., *op. cit.*, 291; «non il principale obiettivo delle parti» per CLARIZIA R., *op. cit.*, 29.

<sup>89</sup> MESSINEO F., *op. cit.*, 41, che ricorda anche l'art. 999 c.c.; BIANCA C.M., *op. cit.*, 726.

1918 c.c.)<sup>90</sup>, e nel trasferimento d'azienda (art. 2558 c.c.)<sup>91</sup>. Con riguardo alle ipotesi di cessione che, pur richiedendo il consenso del cedente e del cessionario, prescindono dalla volontà negoziale della parte ceduta, presenta particolare rilevanza, anche per la diffusione nella pratica commerciale, la cessione della locazione a uso non abitativo contestuale alla cessione dell'azienda (art. 36, l. 27.7.1978, n. 392)<sup>92</sup>.

Rimanendo, invece, nel più ampio genere degli istituti disciplinati nella parte generale del contratto, si pongono le differenze con altri istituti, quali il contratto per persona da nominare (art. 1401 c.c.) o a favore del terzo (art. 1411 c.c.). Nel primo caso, si deve osservare che la facoltà di nomina determina *ab origine* la fonte degli effetti in capo al nominato, senza alcun effetto traslativo della posizione contrattuale delle controparti primarie<sup>93</sup>. Rispetto al contratto a favore di terzo si può sottolineare, in primo luogo, la difforme struttura bilaterale cui il terzo resta estraneo<sup>94</sup>; peraltro, anche nell'ipotetica adesione all'opzione interpretativa bilaterale anche per la cessione<sup>95</sup>, basti sottolineare l'assorbente argomento strutturale secondo cui, *ex art.* 1411 c.c., il terzo non diviene parte del contratto, bensì si limita a ricevere la prestazione del promittente<sup>96</sup>, sicché egli non potrà, in ragione dell'estraneità al vincolo, eccepirne i vizi genetici<sup>97</sup>. Tuttavia tali distinzioni, nette sul piano strutturale, non sempre risultano agevoli in concreto, come, ad esempio, nel caso della distinzione – oggetto di frequenti applicazioni giurisprudenziali – fra cessione del contratto e contratto preliminare per persona da nominare<sup>98</sup>.

A poche difficoltà interpretative ha dato adito, invece, la differenza tra cessione del contratto e subcontratto, categoria generale invero discussa, ove il terzo non succede nella posizione contrattuale originaria, bensì acquista una posizione giuridica nuova, speculare e dipendente dal contratto principale<sup>99</sup>.

<sup>90</sup> BIANCA C.M., *op. cit.*, 726.

<sup>91</sup> MESSINEO F., *op. cit.*, 41, ove si rammenta il conseguente art. 2610 c.c.

<sup>92</sup> Cass., 9.12.1997, n. 12454, in *Mass. Foro it.*, 1997.

<sup>93</sup> CARRESI, *op. cit.*, 124; CARBONE V., *op. cit.*, 316; indica, piuttosto, l'assenza del consenso della controparte, a differenza del ceduto, MESSINEO F., *op. cit.*, 43.

<sup>94</sup> CARBONE V., *op. cit.*, 314.

<sup>95</sup> Cfr. *infra* il commento all'art. 1407 c.c., § 1.

<sup>96</sup> MESSINEO F., *op. cit.*, 44.

<sup>97</sup> CARBONE V., *op. cit.*, 315.

<sup>98</sup> ALPA, FUSARO A., *op. cit.*, 343; *adde* ALBANESE A., *op. cit.*, 323 ss., dove si sottolinea l'importanza dell'intento negoziale più della lettera: *adde* Cass., 13.2.1981, n. 891, in *Foro it.*, 1981, I, 1614; Cass., 6.3.1995, n. 2570, in *Mass. Foro it.*, 1995; Cass., 5.2.2001, n. 1597, in *Giur. it.*, 2002, 1402, con nota di ZUCCARO R., *La clausola "per sé o per persona da nominare" e contratto preliminare*; Cass., 25.9.2002, n. 13923, in *Riv. notariato*, 2003, 1241.

<sup>99</sup> SCOGNAMIGLIO R., *op. cit.*, 213.

Ulteriore discrimine deve essere posto, in considerazione della unicità della situazione trasmessa, tra l'istituto in esame e il subentro nel rapporto contrattuale quale conseguenza di una successione universale (in particolare, *mortis causa*)<sup>100</sup>.

## 7. Il subcontratto

Fra le figure affini alla cessione del contratto particolare attenzione merita il subcontratto, a cui il legislatore non ha dedicato una disciplina generale. A differenza di quanto avviene nella cessione del contratto, nella quale il cedente trasferisce la propria posizione contrattuale al cessionario-terzo, nel subcontratto, invece, il terzo acquista una nuova posizione contrattuale, speculare a quella del c.d. intermediario e dipendente dal contratto originario<sup>101</sup>.

Anche il subcontratto è frutto di un'elaborazione concettuale relativamente recente, maturata soprattutto nell'ambito della locazione. L'art. 1717 del *code civil* – come l'art. 1573 c.c. 1865 – disciplina congiuntamente la facoltà di *sous-louer et même de céder son bail* e l'inciso fu a lungo interpretato come espressivo di una mera graduazione<sup>102</sup>, tale da consentire al conduttore di concedere il godimento della cosa al terzo in parte (sublocare) o in tutto (cedere)<sup>103</sup>. Tale interpretazione, nondimeno, fu progressivamente abbandonata in ragione del crescente significato tecnico del termine “cedere”<sup>104</sup>, giungendo così a distinguere nettamente fra la costituzione di una nuova locazio-

<sup>100</sup> Sulla successione dell'erede nelle posizioni contrattuali del *de cuius*, PADOVINI, *Le posizioni contrattuali*, in *Tratt. Bonilini*, I, *La successione ereditaria*, Milano, 2009, 525 ss.

<sup>101</sup> Nella pratica, tuttavia, talvolta il discrimine tende a risultare sottile nelle ipotesi di c.d. cessione “bilaterale”, come nel caso dell'art. 36, l. 27.7.1978, n. 392, ove la giurisprudenza ha sancito doversi presumere la cessione, anziché la sublocazione: Cass., 26.2.1992, n. 2353, in *Mass. Foro it.*, 1992. Sul problema della distinzione fra cessione d'appalto e subappalto, GIANNATTASIO, *L'appalto*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, XXIV, 2, Milano, 1967, 60 s.

<sup>102</sup> Anzi, in origine, i due termini sono semplicemente sinonimi per una mera cessione del credito: POTHIER, *Traité du louage*, § 280, 426, in *Id.*, *Oeuvres*, IV, Thomine et Fortic, Paris, 1821; adde GUYOT (a cura di), *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale*, IV, Dorez, Paris, 1775, 365 s.: «*Ce droit [du preneur] peut aussi se céder à un tiers. C'est pourquoi un locataire ou fermier peut sous-bailler en tout ou en partie à des tiers la maison ou les héritages qui lui ont été loués*».

<sup>103</sup> In tal senso ancora LAURENT F., *Principes de droit civil*, XXV, Bruylant, Bruxelles, 1878, 212, §§ 188 s., su ragioni storiche e per l'imprecisione degli operatori a riguardo; adde COLMET DE SANTERRE, *Cours analytique de code civil*, VII, Plon et Nourrit, Paris, 1873, § 163 bis II, 242; già distingue – più nelle conseguenze che nelle definizioni – DURANTON, *Cours de droit français*, XVII, Alex-Gobelet, Paris, 1844, § 90, 74.

<sup>104</sup> FUBINI R., *Il contratto di locazione di cose*, II, Milano, 1917, 561.

ne da parte del conduttore<sup>105</sup> – la sublocazione, appunto – e la cessione del diritto di godimento, gravato degli oneri di pagamento<sup>106</sup>.

Dal presupposto della duplicità di negozi fra contratto e subcontratto<sup>107</sup> consegue la coesistenza dei due contratti in capo ad un soggetto che viene comunemente definito “intermediario”. Per esprimere tale correlazione fra negozi si sono coniate definizioni *ad hoc*, fra cui la “sovrapposizione” nella funzione di godimento<sup>108</sup>, la “utilizzazione”<sup>109</sup> o il “reimpiego”<sup>110</sup> della posizione contrattuale, la “derivazione” o “successione costitutiva” del diritto del terzo da quello dell’intermediario<sup>111</sup>, così come si è fatto riferimento a collegamento negoziale atipico<sup>112</sup> in ragione della dipendenza unilaterale del subcontratto dalle vicende estintive del contratto.

Si è, più di recente, contestata l’unitarietà della figura, per sondare invece la funzione concreta del nesso subcontrattuale, che finisce con l’assurgere a «modello organizzativo di interessi»<sup>113</sup>; in tale prospettiva può anche annoverarsi la tesi che, ritenendo eccezionale la sublocazione, assume la nozione generale di subcontratto quale fondata sull’autorizzazione del primo contraente alla «modifica della originaria posizione passiva

<sup>105</sup> PACIFICI MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile*, VI, 1873, Firenze, § 14, 38; LOMONACO G., *Nozioni di diritto civile*, Napoli, 1911, 848; FUBINI R., *op. cit.*, 564.

<sup>106</sup> Cfr. AUBRY-RAU, *Cours de droit civil français*, III, 3<sup>a</sup> ed., Backhaus, Paris, 1856, § 368, 355.

<sup>107</sup> *Inter omnes* BACCIGALUPI, *Appunti per una teoria generale sul subcontratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, I, 185.

<sup>108</sup> BACCIGALUPI, *ivi*, 196, che si riferisce ad una sorta di “accessione” che determina una “espansione” del diritto del primo contraente nel patrimonio del terzo.

<sup>109</sup> GRASSO B., *Il subcontratto*, Camerino-Napoli, 1977, 15, che dà adito ad una ricostruzione in termini di accollo interno aperto all’adesione del terzo (*ivi*, 34 s.), risolvendosi così il subcontratto in un contratto a favore del terzo.

<sup>110</sup> BIANCA C.M., *op. cit.*, 730.

<sup>111</sup> MESSINEO F., *Contratto derivato. Subcontratto*, in *Enc. Dir.*, X, Milano, 1962, 82.

<sup>112</sup> Già, in subordine, MESSINEO F., *ivi*, 81; poi, CHINÉ, MILANO, *Il subcontratto tra teoria generale ed ipotesi tipiche*, in *Giust. civ.*, 1993, II, 590 s.; *adde* CLARIZIA R., *op. cit.*, 81; FUSARO A., *op. cit.*, 257; nonché TORRENTE A., SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, Milano, 2009, § 305, 544; in termini riduttivi, *adde* DE NOVA, *op. cit.*, 757; “elementi di affinità” per GALLO P., *op. cit.*, 197; *adde* RUBINO D., IUDICA G., *Dell’appalto*, in *Comm. Scialoja-Branca*, 4<sup>a</sup> ed., Bologna-Roma, 2007, 215; ma anche per la sublocazione Cass., 11.1.2006, n. 260, in *Corriere giur.*, 2006, 975, con nota di Amendolagine, per giustificare l’autonomia dei titoli, fondante una compensazione *ex art.* 1242 c.c.: per una rassegna v., da ultimo, MARTONE L., *Compensazione legale*, in *L’estinzione dell’obbligazione senza adempimento*, a cura di Paladini M., Torino, 2010, 157.

<sup>113</sup> RICCIUTO, *Il subcontratto*, in *Tratt-Rescigno-Gabrielli*, I, *I contratti in generale*, 2, Torino, 1999, 1369.

del contratto base»<sup>114</sup>, da cui deriverebbe la strutturale autonomia dei due negozi<sup>115</sup>.

L'induzione dai contratti tipici delle ipotesi di subcontratto ha comportato la definizione di diversi requisiti. In primo luogo, si pone in evidenza il ruolo dell'intermediario, quale *trait d'union* fra i due contratti<sup>116</sup>, che implica l'assenza di *intuitus personae* nei confronti dell'intermediario stesso<sup>117</sup>, che altrimenti non potrebbe "reimpiegare" la propria posizione contrattuale.

In secondo luogo, si è sottolineato che il contratto originario non può che essere di durata<sup>118</sup>, per la necessaria permanenza del diritto di cui dispone l'intermediario verso il terzo contraente; ciò comporta l'impossibilità del subcontratto nei negozi traslativi in ragione dell'istantaneità degli effetti<sup>119</sup>.

Si afferma, inoltre, che il subcontratto condivide col contratto originario la medesima causa<sup>120</sup>. Superata, anche in tale ambito, la nozione tradizionale di causa, si richiede, tuttavia, l'identità<sup>121</sup> tipologica o almeno la compatibilità<sup>122</sup>, posto che la causa c.d. concreta ben potrebbe in effetti divergere nei due contratti, considerando che l'interesse economico è unitario solo in capo all'intermediario<sup>123</sup>.

È richiesta, altresì, nel subcontratto l'identità, anche parziale, dell'oggetto contrattuale<sup>124</sup>, nel senso che la prestazione dovuta o richiesta dal terzo sia compresa nella prestazione già dovuta o richiesta dall'intermediario. Di conseguenza, intermediario e terzo, fatta pur salva la loro autonomia contrattua-

<sup>114</sup> AZZARO A.M., *Subcontratto*, in *Digesto civ., Agg.*, Torino, 2000, 675 s.; per quanto lo riecheggiare dell'*intuitus personae* venga negato (*ivi*, 681), poiché l'autorizzazione prescindere dalle qualità della persona, resta nondimeno il dubbio di ancorare a fattori soggettivi una correlazione oggettiva fra negozi.

<sup>115</sup> Il ripercuotersi delle vicende del primo contratto sul subcontratto sarebbe dunque frutto della risoluzione per impossibilità sopravvenuta: AZZARO A.M., *ivi*, 675.

<sup>116</sup> CHINÉ, MILANO, *op. cit.*, 575; GALLO P., *op. cit.*, 194.

<sup>117</sup> MESSINEO F., *op. ult. cit.*, 83; CHINÉ, MILANO, *op. cit.*, 577.

<sup>118</sup> BACCIGALUPI, *op. cit.*, 186; *adde e.g.* PISANI C., *Il subcontratto*, in *Nuova giur. comm.*, 1999, II, 246; AZZARO A.M., *op. cit.*, 684; GALLO P., *op. cit.*, 194.

<sup>119</sup> FUSARO A., *op. cit.*, 259; CHINÉ, MILANO, *op. cit.*, 576; GALLO P., *op. cit.*, 194.

<sup>120</sup> MESSINEO F., *op. ult. cit.*, 81.

<sup>121</sup> BIANCA C.M., *op. cit.*, 728; FUSARO A., *op. cit.*, 258; RICCIUTO, *op. cit.*, 1372; BACCIGALUPI, *op. cit.*, 191, sostiene, peraltro, la configurabilità di un subcontratto "improprio", allorquando diverso sia il tipo del subcontratto.

<sup>122</sup> Basterebbe per GALLO P., *op. cit.*, 194 la «medesima categoria di contratti» raffrontando comodato e locazione.

<sup>123</sup> RICCIUTO, *op. cit.*, 1372.

<sup>124</sup> FUSARO A., *op. cit.*, 258; GALLO P., *op. cit.*, 194; *adde* Cass., 11.7.1987, n. 6061, in *Giur. it.*, 1988, I, I, 1594; in via presuntiva, senza diversa pattuizione, circa il contenuto delle singole e rispettive obbligazioni Cass., 23.7.2002, n. 10742, in *Giust. civ.*, 2002, I, 3092.

le, non potrebbero pattuire clausole con facoltà più estese di quelle del contratto originario<sup>125</sup>.

Non deve sussistere, infine, alcun divieto legale o convenzionale di subcontratto (artt. 1624, 1770, 1656, 2792 c.c.). Nella maggior parte di tali ipotesi, peraltro, il subcontratto è subordinato all'espresso consenso del primo contraente, che può quindi esprimersi in tal senso anche in via preventiva o anche tacita<sup>126</sup>.

Qualora il subcontratto sia stato concluso in spregio del divieto, esso sarebbe – secondo una prima tesi – affetto da invalidità<sup>127</sup>. Prescindendo, tuttavia, dalle ipotesi di espressa previsione di nullità<sup>128</sup>, pare preferibile qualificare la stipulazione del subcontratto quale ipotesi di inadempimento<sup>129</sup>, che legittimante pertanto la risoluzione del contratto base<sup>130</sup>, cui seguirà la risoluzione per impossibilità sopravvenuta del subcontratto<sup>131</sup>.

Diversamente, in assenza d'un divieto legale o convenzionale, il subcontratto deve ritenersi sempre ammissibile<sup>132</sup>, senza che sia quindi necessaria un'autorizzazione del primo contraente<sup>133</sup>, ed inoltre, in linea generale, inopponibile al primo contraente<sup>134</sup>, sicché le vicende del subcontratto non incideranno, anche non aderendo all'idea del collegamento unilaterale, sul contratto<sup>135</sup>.

<sup>125</sup> Cfr. e.g. FUSARO A., *op. cit.*, 260.

<sup>126</sup> RUBINO D., IUDICA G., *op. cit.*, 218; FRAGALI, *Del comodato*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1970, 291; GALLO P., *op. cit.*, 205.

<sup>127</sup> In termini di nullità relativa e.g. per RUBINO D., IUDICA G., *op. cit.*, 217, nonostante quanto già indicato; adde CHINÉ, MILIANO, *op. cit.*, 578.

<sup>128</sup> Come appunto in tema di subaffitto, ex art. 21, 2° co., l. 3.5.1982, n. 203.

<sup>129</sup> Purché la violazione del divieto sia in sé di non scarsa importanza: Cass., 13.12.2000, n. 15763, in *Arch. locazioni*, 2001, 549; Cass., 8.7.2010, n. 16111, in *Rep. Foro it.*, 2010, *Locazione*, n. 216.

<sup>130</sup> Per la sublocazione TABEL A., *La locazione-conduzione*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, XXV, Milano, 1972, 615; ROMAGNOLI E., *Dell'affitto*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, 1978, 199; in tema di subappalto MUSOLINO G., *La categoria del contratto derivato ed il subappalto*, in *Riv. trim. appalti*, 2003, 353; adde Cass., 28.11.1994, n. 10157, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 1497, ove si precisa, appunto, che un inadempimento può verificarsi solo in presenza d'un divieto espresso; in tema di deposito e.g. FIORENTINO A., *Del deposito*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, 1966, 85; adde in genere BACCIGALUPI, *op. cit.*, 181; RICCIUTO, *op. cit.*, 1376.

<sup>131</sup> Adde peraltro AZZARO A.M., *op. cit.*, 687.

<sup>132</sup> Sulla sublocazione cfr. Cass., 22.2.2000, n. 1966, in *Giur. it.*, I, 1, 2000, 2018; così l'art. 36, l. 27.7.1978, n. 392 non innova sulla generale liceità della sublocazione ad uso non abitativo.

<sup>133</sup> Cfr. e.g. in tema di subtrasporto Cass., 26.3.1990, n. 2421, in *Mass. Foro it.*, 1990; contra GALLO P., *op. cit.*, 204; AZZARO A.M., *op. cit.*, 685.

<sup>134</sup> Cfr. nel subtrasporto Cass., 16.9.1981, n. 5133, in *Rep. Foro it.*, 1981, *Trasporto (contratto di)*, n. 14, potendo quindi agire il committente solo contro il vettore originario.

<sup>135</sup> Di conseguenza, l'intermediario potrà agire per l'inadempimento del terzo, a prescindere dall'interesse del primo contraente: Cass., 17.4.1992, n. 4728, in *Arch. giur. circolaz.*, 1992, 825.

Non può essere considerata, invece, una regola generale estendibile alle altre ipotesi di subcontratto, l'azione diretta nei confronti del subcontraente prevista in materia di sublocazione<sup>136</sup>, tenuto conto dell'eccezionalità del rimedio<sup>137</sup>. Viceversa, dalla disciplina della sublocazione (art. 1595, 3° co., c.c.) si desume la regola generale secondo la quale la caducazione del contratto-base, per vizi originari o sopravvenuti, comporta l'estinzione del subcontratto<sup>138</sup>.

### Art. 1407 – Forma

*[1] Se una parte ha consentito preventivamente che l'altra sostituisca a sé un terzo nei rapporti derivanti dal contratto, la sostituzione è efficace nei suoi confronti dal momento in cui le è stata notificata o in cui essa l'ha accettata.*

*[2] Se tutti gli elementi del contratto risultano da un documento nel quale è inserita la clausola «all'ordine» o altra equivalente, la girata del documento produce la sostituzione del giratario nella posizione del girante.*

commento di Mauro Paladini

**Sommario:** 1. Struttura trilaterale della cessione e ruolo del consenso del ceduto. - 2. La cessione tramite girata.

#### 1. Struttura trilaterale della cessione e ruolo del consenso del ceduto

Diversamente da ciò che indurrebbe a prefigurare la rubrica, l'articolo in commento concerne non già la forma, bensì la fase formativa del contratto di cessione e, in particolare, l'ammissibilità del consenso preventivo alla sostituzione da parte del contraente ceduto. Con riguardo al requisito dell'accordo nella cessione, l'art. 1406 c.c. si limita a indicare la necessità del consenso della parte ceduta, senza che, tuttavia, dalla lettera della proposizione si possa desumere natura e valore del consenso stesso.

Secondo la teoria c.d. atomistica, il consenso del ceduto costituirebbe un

<sup>136</sup> Mentre è avulsa dalla sussistenza del subcontratto l'ipotesi dell'art. 1676 c.c., su cui cfr. RUBINO D., IUDICA G., *op. cit.*, 523; adde MESSINEO F., *op. ult. cit.*, 85; RICCIUTO, *op. cit.*, 1377.

<sup>137</sup> AZZARO A.M., *op. cit.*, 687; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2009, 1044; per l'assenza di azione diretta nel subappalto in MUSOLINO G., *op. cit.*, 360; in favore della generale applicabilità dell'azione diretta, BACCIGALUPI, *op. cit.*, 196; MESSINEO F., *op. ult. cit.*, 85; RICCIUTO, *op. cit.*, 1379; PISANI C., *op. cit.*, 276; BIANCA C.M., *op. cit.*, 729; CHINÉ, MILIANO, *op. cit.*, 602 s.; GALLO P., *op. cit.*, 206; adde, in tema di subcomodato l'azione diretta per il risarcimento del comodante verso il subcomodatario, FRAGALI, *op. cit.*, 292.

<sup>138</sup> MESSINEO F., *op. ult. cit.*, 85; FUSARO A., *op. cit.*, 258.



mero requisito legale d'efficacia<sup>1</sup>, assumendo il valore di accettazione d'una fattispecie bilaterale già perfezionatasi fra cedente (del credito)-accollato e cessionario-accollante (del debito). Tuttavia, prevalsa la teoria unitaria<sup>2</sup>, il consenso del contraente ceduto assurge a requisito imprescindibile all'interno di un contratto trilaterale. Pur segnalando l'infelice espressione legislativa, la dottrina prevalente condivide tale ricostruzione<sup>3</sup> e definisce la cessione del contratto come un contratto consensuale, plurilaterale<sup>4</sup>, senza comunione di scopo<sup>5</sup> e con effetti traslativi.

Oltre all'ipotesi concettualmente lineare di un consenso del ceduto, contestuale o successivo<sup>6</sup> alla manifestazione di volontà di cedente e cessionario, invero l'esigenza di snellimento della fase di perfezionamento del contratto si esprime nella norma in esame là dove si ammette il consenso preventivo alla cessione da parte del contraente ceduto. Tale anticipata manifestazione del consenso negoziale alla cessione non esclude, tuttavia, la necessità che l'accordo di cessione (tra cedente e cessionario) debba essere comunque notificato o accettato<sup>7</sup> da parte del ceduto<sup>8</sup> o comunicatogli con ogni altro mezzo<sup>9</sup> idoneo ad informarlo<sup>10</sup>.

<sup>1</sup> CICALA R., *Il negozio di cessione del contratto*, Napoli, 1962, 173, 213, 244; BRIGANTI E., *Cessione del contratto*, in *Enc. Giur.*, VI, Roma, 1988, 6.

<sup>2</sup> FERRARA F. JR., *Per una disciplina legislativa della cessione del contratto*, in *Riv. dir. privato*, 1941, 109.

<sup>3</sup> ANDREOLI M., *La cessione del contratto*, Padova, 1951, 39; COLAGROSSO, *Teoria generale delle obbligazioni e dei contratti*, 2<sup>a</sup> ed., Roma, 1948, 318; MESSINEO F., *Il contratto in genere*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, XXI, 2, Milano, 1972, 20 s.; MIRABELLI G., *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.*, Torino, 1980, 423.

<sup>4</sup> CARRESI, *La cessione del contratto*, Milano, 1950, 61; ANDREOLI M., *op. cit.*, 52; MIRABELLI G., *op. cit.*, 380; SCOGNAMIGLIO R., *I contratti in generale*, in *Tratt. Grosso-Santoro Passarelli*, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 1966, 209; BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 1991, 847; per MESSINEO F., *op. cit.*, 23 occorre riferirsi ad un "negozio" plurilaterale; ne discende ergo il litisconsorzio necessario: Cass., 9.3.2006, n. 5122, in *Mass. Foro it.*, 2006, con riguardo ovviamente al mero negozio di cessione e non al contratto ceduto: Cass., 14.3.2006, n. 5439, *ivi*, 2006.

<sup>5</sup> In ragione del diverso intento delle tre parti necessarie: MESSINEO F., *op. cit.*, 23; DE NOVA, in SACCO, DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. Sacco*, 3<sup>a</sup> ed., Torino, 2004, 755.

<sup>6</sup> Laddove il ceduto propriamente aderirebbe ex art. 1332 c.c. alla proposta altrui: MESSINEO F., *op. cit.*, 17.

<sup>7</sup> Anche *per facta concludentia* secondo CARBONE V., *La cessione del contratto*, in *Tratt. Bessone*, XIII, 6, Torino, 2000, 286; Cass., 31.3.1987, n. 3102, in *Mass. Foro it.*, 1987; per CICALA R., *op. cit.*, 59 e 211 si tratterebbe dell'adesione preventiva all'accollo privato.

<sup>8</sup> Atto preparatorio per MESSINEO F., *op. cit.*, 16; la notevole somiglianza disciplinare alla cessione del credito è sottolineata e.g. da GIOVENE, *Della cessione del contratto*, in *Comm. D'Amelio-Finzi*, Firenze, 1948, 588.

<sup>9</sup> Anche verbale: GIOVENE, *op. cit.*, 588; MESSINEO F., *op. cit.*, 16; contra BIANCA C.M., *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 2000, 723 ritenendo insufficiente la conoscenza mera.

<sup>10</sup> Donde il "secondo" consenso è appunto ancorato ad una finalità informativa: GIOVENE, *op. cit.*, 588; MESSINEO F., *op. cit.*, 17; adde etiam BIANCA C.M., *op. cit.*, 723.



Il consenso preventivo alla cessione può essere generico e incondizionato, oppure subordinato alla sussistenza di requisiti oggettivi o soggettivi<sup>11</sup>.

In tempi più recenti, la dottrina<sup>12</sup> ha proposto una revisione di tale impostazione: la cessione sarebbe sì un negozio trilaterale, ma resterebbe salva l'ipotesi di una diversa pattuizione tra cedente e cessionario, i quali potrebbero "degradare" il consenso del ceduto ad un mero evento condizionante gli effetti della cessione nei suoi riguardi, con il precipuo corollario dell'immediata vincolatività fra cedente e cessionario anche nell'ipotesi dell'eventuale mancata adesione del ceduto. In tal senso, l'accordo fra cedente e cessionario è di per sé idoneo a perfezionare la cessione<sup>13</sup> che, solo ai fini dell'opponibilità<sup>14</sup>, deve essere notificata al ceduto; al contrario, il consenso del ceduto, lungi dal costituire l'espressione di una volontà negoziale, risulterebbe una mera autorizzazione privata<sup>15</sup>. Tale orientamento nega, pertanto, la "negoziabilità" dell'accettazione, a cui fa riferimento letteralmente il 1° co. dell'art. 1407 c.c., e individua in essa un atto ricognitivo «del vincolo nei confronti del nuovo titolare»<sup>16</sup>.

Di contro, la prevalente concezione trilaterale assumendo, in difetto del consenso del ceduto, il mancato perfezionamento della cessione, ancorché concordata fra cedente e cessionario<sup>17</sup>. Soltanto nel caso in cui il cedente e il cessionario abbiano espressamente pattuito l'irrevocabilità del loro accordo, si determina il trasferimento disgiunto di crediti e debiti corrispettivi, alla stregua di un contestuale atto di cessione del credito e di accollo (interno) del debito.

In tale prospettiva, l'atto preventivo del ceduto deve essere qualificato

<sup>11</sup> CLARIZIA R., *La cessione del contratto*, in *Comm. Schlesinger*, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2005, 64; FUSARO A., *La cessione del contratto*, in *Tratt. Roppo*, III, *Effetti*, a cura di Costanza M., Milano, 2006, 234; GALLO P., *Trattato del contratto*, II, Torino, 2010, 1728; per ZACCARIA A., *Cessione del contratto e garanzia della sua validità*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, I, 265 tale consenso è, poi, irrevocabile.

<sup>12</sup> ZACCARIA A., *op. cit.*, 262; CLARIZIA R., *op. cit.*, 61; FUSARO A., *op. cit.*, 232; ANELLI F., *La cessione del contratto*, in *Tratt. Rescigno-Gabrielli*, I, *I contratti in generale*, a cura di Gabrielli E., 2<sup>a</sup> ed., Torino, 2006, 1337 s.; GALLO P., *op. cit.*, 1726.

<sup>13</sup> E produce contestualmente l'effetto traslativo della posizione contrattuale: BIANCA C.M., *op. cit.*, 724; ALPA, FUSARO A., *Cessione del contratto*, in *Digesto civ.*, II, Torino, 1989, 345; ma, sul problema della retroattività, ZACCARIA A., *op. cit.*, 263 s.

<sup>14</sup> ZACCARIA A., *op. cit.*, 265.

<sup>15</sup> BIANCA C.M., *op. cit.*, 723; ZACCARIA A., *op. cit.*, 260.

<sup>16</sup> BIANCA C.M., *op. cit.*, 724, escludendo altresì la mera dichiarazione di scienza; *contra*, in tal senso, GAZZONI, *Manuale di diritto civile*, 14<sup>a</sup> ed., Napoli, 2009, 1040.

<sup>17</sup> ANDREOLI M., *op. cit.*, 41; BRECCIA, *op. cit.*, 848; MIRABELLI G., *op. cit.*, 425; BRUSCUGLIA, *Cessione del contratto, buona fede e condizione sospensiva*, in *Foro it.*, 1971, I, 1364; in giurisprudenza, Cass., 25.8.1986, n. 5159, in *Mass. Foro it.*, 1986.

come «proposta a persona incerta»<sup>18</sup>, con la conseguenza che l'accordo fra cedente e cessionario consisterebbe nell'accettazione di tale proposta, da comunicarsi alla parte ceduta mediante notificazione<sup>19</sup>. Tale accordo, se non giunto a conoscenza del ceduto, resta alla stregua delle mere trattative<sup>20</sup>, non potendosi concepire una duplicità di proposte (il consenso preventivo del ceduto da un lato, e l'accordo cedente-cessionario dall'altro) in relazione alla conclusione del medesimo contratto.

Il meccanismo del consenso preventivo, inoltre, pone il problema dell'eventuale molteplicità di cessioni, per le quali occorre determinare la regola di soluzione del conflitto nei riguardi del ceduto: tale conflitto suole risolversi mutuando la disciplina della cessione del credito, ascrivendo quindi la prevalenza al cessionario che, prescindendo dalla data del proprio titolo, abbia per primo notificato la cessione al ceduto<sup>21</sup>.

## 2. La cessione tramite girata

È stato fondatamente osservato che l'ipotesi originaria e tipica di cessione del contratto deve propriamente ricondursi al 2° co., ove si consente l'incorporazione della pluralità delle posizioni contrattuali in un unico documento trasmissibile tramite girata<sup>22</sup>.

L'origine dell'istituto risale al commercio di derrate<sup>23</sup> là dove un'accelerazione degli scambi impose il superamento della notificazione a tutti i successivi contraenti ceduti: tale è, infatti, la finalità del c.d. "stabilito"<sup>24</sup>, ancor più della mera incorporazione del contratto nel documento<sup>25</sup>.

A fronte del pacifico funzionamento del sistema della "girata", resta tuttora controversa, invece, la natura del c.d. "stabilito di contratto", in considerazione del congiunto trasferimento del debito del ceduto. All'orientamento che lo

<sup>18</sup> CARRESI, *op. cit.*, 123; o *simpliciter* quale proposta per MIRABELLI G., *op. cit.*, 426.

<sup>19</sup> MIRABELLI G., *op. cit.*, 426; con l'evidente corollario della revocabilità del consenso prima della notifica: BRECCIA, *op. cit.*, 848.

<sup>20</sup> Non vincolante per MIRABELLI G., *op. cit.*, 424; e con la conseguente responsabilità di cui all'art. 1337 c.c.; CARRESI, *op. cit.*, 67; BRUSCUGLIA, *op. cit.*, 1365; *contra*, per la validità di tali pattuizioni intercorrenti fra le parti: Cass., 9.8.1990, n. 8098, in *Mass. Foro it.*, 1990; Cass., 7.5.2001, n. 6349, *ivi*, 2001; *adde* "patti accessori" per CRISCUOLI G., *Il negozio di sostituzione e la cessione del contratto*, in *Giust. civ.*, 1957, I, 1600.

<sup>21</sup> GIOVENE, *op. cit.*, 588; ANDREOLI M., *op. cit.*, 45; FUSARO A., *op. cit.*, 235; GALLO P., *op. cit.*, 1730; GAZZONI, *op. cit.*, 1040.

<sup>22</sup> Modifica auspicata: FERRARA F. JR., *op. cit.*, 113; GIOVENE, *op. cit.*, 588.

<sup>23</sup> ANDREOLI M., *op. cit.*, 70; MESSINEO F., *op. cit.*, 17; BRECCIA, *op. cit.*, 848.

<sup>24</sup> GIOVENE, *op. cit.*, 588; CARRESI, *op. cit.*, 127.

<sup>25</sup> MESSINEO F., *op. cit.*, 18.

qualifica alla stregua di un titolo di credito improprio<sup>26</sup>, si contrappone la ricostruzione in termini di documento di legittimazione<sup>27</sup>, posto che lo stabilito trasferirebbe soltanto la legittimazione alla prestazione del ceduto e non la titolarità della situazione giuridica passiva<sup>28</sup>. Dalla scelta tra le diverse ricostruzioni, invero, deriva la soluzione del problema concernente le eccezioni opponibili dal contraente ceduto, che, nel primo caso, sarebbero soltanto quelle letteralmente desumibili dal documento, mentre, nella seconda prospettiva, si estenderebbero a tutte le eccezioni derivanti dal contratto, anche se non risultanti del tenore del titolo girato.

### Art. 1408 – Rapporti fra contraente ceduto e cedente

*[1] Il cedente è liberato dalle sue obbligazioni verso il contraente ceduto dal momento in cui la sostituzione diviene efficace nei confronti di questo.*

*[2] Tuttavia il contraente ceduto, se ha dichiarato di non liberare il cedente, può agire contro di lui qualora il cessionario non adempia le obbligazioni assunte.*

*[3] Nel caso previsto dal comma precedente, il contraente ceduto deve dare notizia al cedente dell'inadempimento del cessionario, entro quindici giorni da quello in cui l'inadempimento si è verificato; in mancanza è tenuto al risarcimento del danno.*

commento di Mauro Paladini

**Sommario:** 1. Effetti della cessione. - 2. La cessione non liberatoria.

#### 1. Effetti della cessione

Negli artt. 1408-1410 c.c. sono disciplinati gli effetti del contratto di cessione nell'ambito dei distinti segmenti bilaterali concernenti i rapporti tra le tre parti coinvolte dal negozio. Tali effetti si producono – secondo l'espresso

<sup>26</sup> BIANCA C.M., *op. cit.*, 725; CARRESI, *op. cit.*, 130; COLAGROSSO, *op. cit.*, 317. Secondo la *Relazione al Re*, lo "stabilito" è un titolo di credito che incorpora in modo inscindibile il contenuto del rapporto contrattuale, con la conseguenza che il possessore dello stabilito, con l'obbligo implicitamente assunto con l'acquisto del titolo, non può esigere la prestazione senza corrispondere la controprestazione.

<sup>27</sup> MESSINEO F., *op. cit.*, 19; CARRESI, *op. cit.*, 133; MIRABELLI G., *op. cit.*, 430; CICALA R., *op. cit.*, 21; BRIGANTI E., *op. cit.*, 8.

<sup>28</sup> MESSINEO F., *op. cit.*, 19.

riferimento contenuto nell'art. 1408, 1° co., c.c. – «dal momento in cui la sostituzione diviene efficace» nei confronti del ceduto. Tale formulazione, lasciando impregiudicate le due diverse ricostruzioni strutturali della fattispecie<sup>1</sup>, dipende in tutta evidenza dal possibile *iter* formativo, posto che il consenso del ceduto, espresso in via preventiva o contestuale alla proposta delle altre parti, perfeziona il vincolo contrattuale al momento dell'accettazione o alla notifica<sup>2</sup>. Si suole affermare<sup>3</sup>, quindi, che, in virtù del principio consensualistico, l'effetto traslativo della posizione contrattuale si produce contestualmente al perfezionamento della cessione, salvo che le parti abbiano apposto condizioni sospensive o termini d'efficacia<sup>4</sup>.

Se può considerarsi pacifico che, nei contratti ad esecuzione continuata o periodica, la cessione trasferisce, di regola<sup>5</sup>, la sola posizione contrattuale correlata alle prestazioni ancora adempiende<sup>6</sup>, si è posto, invece, il diverso problema della modificabilità della trasferenda posizione contrattuale. Se deve riconoscersi, invero, che la disciplina sembra presupporre l'identità della posizione trasferita dal cedente al cessionario<sup>7</sup>, si può condividere la tesi secondo cui nulla vieta, in conformità al principio di libertà contrattuale, di modificare, arricchire tale contenuto<sup>8</sup> o scinderlo in una cessione parziale<sup>9</sup>. Talvolta, peraltro, si tende a configurare non già un trasferimento modifica-

<sup>1</sup> Anche se rende più arduo configurare un'efficacia interinale fra cedente e cessionario, la quale dovrebbe discendere dalla bilateralità della cessione.

<sup>2</sup> MESSINEO F., *Il contratto in genere*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, XXI, 2, Milano, 1972, 31; più recentemente, ALBANESE A., *Cessione del contratto*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2008, 337; *contra* BIANCA C.M., *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 2000, 720, secondo cui, col consenso preventivo del ceduto, la cessione è già efficace all'atto dell'accordo fra cedente e cessionario, pur inopponibile al ceduto finché non gli sia notificato.

<sup>3</sup> BIANCA C.M., *op. cit.*, 720; ALBANESE A., *op. cit.*, 353.

<sup>4</sup> CLARIZIA R., *La cessione del contratto*, in *Comm. Schlesinger*, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2005, 117.

<sup>5</sup> Potendo le parti retrocedere il momento traslativo: CARRESI, *La cessione del contratto* Milano, 1950, 93.

<sup>6</sup> Mentre le precedenti restano in capo al cedente, cfr. e.g. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 1991, 849; CLARIZIA R., *op. cit.*, 117; CARBONE V., *La cessione del contratto*, in *Tratt. Bessone*, XIII, 6, Torino, 2000, 330; ALBANESE A., *op. cit.*, 339; FUSARO A., *La cessione del contratto*, in *Tratt. Roppo*, III, *Effetti*, a cura di Costanza M., Milano, 2006, 248, nt. 176; ALPA, FUSARO A., *Cessione del contratto*, in *Digesto civ.*, II, Torino, 1989, 346; GALLO P., *Trattato del contratto*, II, Torino, 2010, 1738 che citano anche il patto contrario, su cui *infra*.

<sup>7</sup> MESSINEO F., *op. cit.*, 28; CARRESI, *Cessione*, in *Noviss. Dig.*, VI, Torino, 1959, 147; DE NOVA, in SACCO, DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. Sacco*, 3<sup>a</sup> ed., Torino, 2004, 743; in giurisprudenza, Cass., 9.8.1990, n. 8098, in *Mass. Foro it.*, 1990.

<sup>8</sup> CARBONE V., *op. cit.*, 292; GALLO P., *op. cit.*, 1721, considerando peraltro il necessario consenso delle tre parti.

<sup>9</sup> CLARIZIA R., *op. cit.*, 31; GALLO P., *op. cit.*, 1721; BENEDETTI A.M., *La cessione del contratto*, Milano, 1998, 137.

tivo, bensì pattuizioni collaterali, che intervengono in un momento logicamente posteriore al trasferimento<sup>10</sup>.

Si discute se la cessione del contratto comporti anche il trasferimento delle garanzie prestate per l'adempimento delle relative obbligazioni. Il problema dovrebbe riguardare, invero, il vincolo tra i singoli crediti derivanti dal contratto e le relative garanzie, che, ai sensi dell'art. 1263 c.c., si trasferiscono, salvo patto contrario, unitamente agli altri accessori, per effetto della cessione del relativo credito.

## 2. La cessione non liberatoria

Il ceduto, pur esprimendo il proprio consenso alla cessione, può dichiarare di non liberare il cedente dalle sue obbligazioni (art. 1408, 2° co., c.c.). Sebbene la teoria c.d. atomistica desuma da tale facoltà del ceduto la conferma della mera giustapposizione fra cessione del credito, alla quale il ceduto non può opporsi, e accollo, che il ceduto può render in tal modo cumulativo e non liberatorio<sup>11</sup>, d'altro canto si è rilevata la netta diversità di fenomeni<sup>12</sup>, posto che, *ex art.* 1273, 2° co., c.c., la liberazione dell'accollato deve essere espressamente pattuita, mentre in tal caso la regola è speculare<sup>13</sup>.

Tuttavia, tale possibilità del ceduto di mantenere il vincolo obbligatorio del cedente ha indotto la dottrina a distinguere fra l'*essenziale* del trasferimento e il *naturale negotii* della liberazione del cedente<sup>14</sup>, ma ciò comunque incrina l'unitarietà dell'istituto<sup>15</sup> là dove implica che il consenso del ceduto presenti le due distinte funzioni di determinare il trasferimento del contratto e di liberare

<sup>10</sup> Cass., 6.12.1995, n. 12576, in *Mass. Foro it.*, 1995; Cass., 5.11.2003, n. 16635, *ivi*, 2003; GALLO P., *op. cit.*, 1721 dove si precisa l'ovvia irrilevanza di modificazioni anteriori al trasferimento.

<sup>11</sup> CICALA R., *Il negozio di cessione del contratto*, Napoli, 1962, 211 s.; il che costringe anche a ritenere che tale dichiarazione non possa formularsi che preventivamente.

<sup>12</sup> Oltreché la superfluità di una simile indicazione normativa: CARRESI, *La cessione del contratto*, cit., 100.

<sup>13</sup> CARRESI, *ivi*, 92; ANDREOLI M., *La cessione del contratto*, Padova, 1951, 49; GAZZONI, *Manuale di diritto civile*, 14<sup>a</sup> ed., Napoli, 2009, 1042; CLARIZIA R., *op. cit.*, 116; CARBONE V., *op. cit.*, 329; ALBANESE A., *op. cit.*, 338.

<sup>14</sup> La ricostruzione attraverso *essentialia* e *naturalia negotii* risale, in questo contesto, a CARRESI, *op. ult. cit.*, 81 s.; sulla mera naturalità, ALPA, FUSARO A., *op. cit.*, 346; CLARIZIA R., *op. cit.*, 115; CARBONE V., *op. cit.*, 329; GAZZONI, *op. cit.*, 1042.

<sup>15</sup> Difatti, ALPA, FUSARO A., *op. cit.*, 346 ritengono qui scindersi l'istituto in cessione e accollo cumulativo. Affronta distintamente cessione liberatoria, non liberatoria ed all'ordine ANDREOLI M., *op. cit.*, 37, 56 s. *Contra* in genere MIRABELLI G., *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.*, Torino, 1980, 422; *in parte qua*, ALBANESE A., *op. cit.*, 341.

il cedente da ogni responsabilità per l'adempimento delle obbligazioni contrattuali<sup>16</sup>.

Ciò posto, a seconda delle varie ricostruzioni si precisa come e quando possa intervenire tale dichiarazione del ceduto. Secondo la concezione unitaria trilaterale, la dichiarazione non costituisce null'altro che una peculiare forma di proposta contrattuale, esprimibile sia preventivamente sia all'atto della notifica, con la conseguenza, tuttavia, del mancato perfezionamento della cessione qualora, a fronte della proposta di ordinaria cessione, il ceduto dichiari di non voler liberare il ceduto<sup>17</sup>. Secondo la contrapposta ricostruzione bilaterale, il ceduto può compiere tale dichiarazione solo in via preventiva, poiché altrimenti, dianozi alla cessione bilaterale liberatoria, il proprio atto si configurerebbe quale un rifiuto ad aderire<sup>18</sup>. Infine, è stata autorevolmente proposta in dottrina la tesi volta a qualificare la dichiarazione del ceduto di non liberare il cedente alla stregua di un eccezionale diritto potestativo attribuito dalla legge a tutela dell'affidamento riposto nei confronti dell'originario debitore della prestazione<sup>19</sup>.

Occorre definire, inoltre, quale sia la natura del permanente vincolo obbligatorio del cedente<sup>20</sup>. Da un lato, può ritenersi che il cedente resti parte del contratto<sup>21</sup>, determinando la facoltà del 2° co. una responsabilità solidale a carico del cedente<sup>22</sup>. Si tende, invero, a preferire la tesi della nascita di una nuova obbligazione<sup>23</sup>, di natura sussidiaria<sup>24</sup> e non fideiussoria<sup>25</sup>. Tale sussi-

<sup>16</sup> ALPA, FUSARO A., *op. cit.*, 346.

<sup>17</sup> Quale controproposta: ANDREOLI M., *op. cit.*, 66; CARRESI, *op. ult. cit.*, 101; CLARIZIA R., *op. cit.*, 119; CARBONE V., *op. cit.*, 331; ALBANESE A., *op. cit.*, 341; FUSARO A., *op. cit.*, 249.

<sup>18</sup> CICALA R., *op. cit.*, 211 s.

<sup>19</sup> ANELLI F., *La cessione del contratto*, in *Tratt. Rescigno-Gabrielli*, I, *I contratti in generale*, a cura di Gabrielli E., 2ª ed., Torino, 2006, 1352 s.

<sup>20</sup> Irrilevante il problema per BARASSI L., *La teoria generale delle obbligazioni*, II, Milano, 1964, 294; COSTANZA M., *Cessione del contratto non liberatoria e posizione giuridica del cedente*, in *Scritti in onore di Sacco*, II, Milano, 1994, 258 riconduce la definizione alla «determinazione convenzionale».

<sup>21</sup> ANDREOLI M., *op. cit.*, 59; CICALA R., *op. cit.*, 235; BRIGANTI E., *Cessione del contratto*, in *Enc. Giur.*, VI, Roma, 1988, 8.

<sup>22</sup> Così in giurisprudenza: Cass., 1.6.2004, n. 10485, in *Corriere giur.*, 2005, 42; adde CICALA R., *op. cit.*, 235; BRIGANTI E., *op. cit.*, 8.

<sup>23</sup> CLARIZIA R., *op. cit.*, 127; CRISCUOLI G., *Il negozio di sostituzione e la cessione del contratto*, in *Giust. civ.*, 1957, I, 1608; CARBONE V., *op. cit.*, 331; ALBANESE A., *op. cit.*, 342; in termini di regresso CARRESI, *La cessione del contratto*, cit., 98; MESSINEO F., *op. cit.*, 31.

<sup>24</sup> ANDREOLI M., *op. cit.*, 58; DE NOVA, *op. cit.*, 753; MIRABELLI G., *op. cit.*, 429; CARBONE V., *op. cit.*, 332; così pare, nonostante tutto, BARASSI L., *op. cit.*, 293 s.

<sup>25</sup> Però, in tal senso, cfr. CARRESI, *op. ult. cit.*, 98; si obietta facilmente come *lex tacuit*, a differenza dell'art. 1410, 2° co., c.c.: ANDREOLI M., *op. cit.*, 60; MESSINEO F., *op. cit.*, 32.

diarietà<sup>26</sup> si evince, del resto, dalla lettera della norma, poiché il ceduto può rivolgersi al cedente soltanto dopo aver constatato l'inadempimento<sup>27</sup> del cessionario e informato il cedente entro quindici giorni (art. 1408, 3° co., c.c.).

L'informazione avente ad oggetto l'inadempimento del cessionario deve essere qualificata, anziché come un mero onere<sup>28</sup>, come un vero e proprio obbligo<sup>29</sup>, che – trovando fondamento nel principio di buona fede oggettiva nell'esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.) – consente al cedente di approntare l'adempimento. Ciò spiega, altresì, anche l'inciso conclusivo della norma, che commina al ceduto che abbia omesso la dovuta informazione non già la decadenza del diritto di credito nei confronti del cedente, bensì il mero obbligo di risarcimento del danno che il ceduto dimostri di aver subito in conseguenza dell'omessa informativa<sup>30</sup>.

### Art. 1409 – Rapporti fra contraente ceduto e cessionario

*[1] Il contraente ceduto può opporre al cessionario tutte le eccezioni derivanti dal contratto, ma non quelle fondate su altri rapporti col cedente, salvo che ne abbia fatto espressa riserva al momento in cui ha consentito alla sostituzione.*

commento di Mauro Paladini

**Sommario:** 1. Eccezioni opponibili dal ceduto. - 2. Eccezioni opponibili dal cessionario. - 3. Eccezioni del contratto di cessione.

#### 1. Eccezioni opponibili dal ceduto

Il regime delle eccezioni sollevabili nel rapporto fra ceduto e cessionario risulta, per unanime opinione, appena accennato dalla disposizione in commento, ove si adotta la sola prospettiva del ceduto; difetta, in altri termini, il

<sup>26</sup> I controversi rapporti con la solidarietà dipendono strettamente dalla più generale e dibattuta concezione della solidarietà in sé: in materia, BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, Milano, 1974, *passim*.

<sup>27</sup> Senza necessità dell'escussione: *Relazione del Guardasigilli*, § 642; ANDREOLI M., *op. cit.*, 59; DE NOVA, *op. cit.*, 753.

<sup>28</sup> CARRESI, *op. ult. cit.*, 102.

<sup>29</sup> ANDREOLI M., *op. cit.*, 60 s.; MESSINEO F., *op. cit.*, 31; MIRABELLI G., *op. cit.*, 429; CLARIZIA R., *op. cit.*, 128; BENEDETTI A.M., *op. cit.*, 171.

<sup>30</sup> BIANCA C.M., *op. cit.*, 722.



richiamo sia alle eccezioni rilevabili dal cessionario, sia a quelle proponibili da entrambi in relazione al contratto di cessione.

L'effetto traslativo spiega agevolmente la regola di opponibilità di tutte le eccezioni contrattuali nei confronti del cessionario<sup>1</sup>. Il ceduto può formulare, inoltre, espressa riserva di opponibilità delle eccezioni fondate «su altri rapporti col cedente»<sup>2</sup>. Con riguardo al “momento” in cui il ceduto deve formulare tale “espressa riserva”<sup>3</sup>, *nulla quaestio* se si tratti di accordo contestuale. Qualora, invece, il ceduto abbia consentito preventivamente, taluni ritengono – anche in ossequio al tenore letterale della previsione normativa – che il ceduto debba formulare la riserva necessariamente nel momento stesso in cui esprime il consenso alla cessione. Prevale, tuttavia, l'opinione più liberale, tenuto conto dell'analogia, ampia facoltà di non liberare il cedente, *ex art. 1408, 2° co., c.c.*<sup>4</sup>.

Tale riserva, espressa e specifica<sup>5</sup>, consente, dunque, l'opposizione al cessionario di eccezioni derivanti da rapporti ulteriori e diversi rispetto sia al contratto ceduto sia al contratto di cessione<sup>6</sup>. Si suole richiamare, ad esempio, l'opponibilità al cessionario dell'eccezione di compensazione, spettante al debitore ceduto sulla base di un controcredito derivante da un diverso rapporto obbligatorio intercorrente col cedente<sup>7</sup> e – diversamente da quanto

<sup>1</sup> MESSINEO F., *Il contratto in genere*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, XXI, 2, Milano, 1972, 32; BIANCA C.M., *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 2000, 722; ANDREOLI M., *La cessione del contratto*, Padova, 1951, 51 con esemplificazioni. Sulla facoltà dell'art. 2932 c.c., Cass., 5.6.1984, n. 3401, in *Mass. Foro it.*, 1984; sulla risoluzione contro il cessionario Cass., 24.1.1996, n. 537, in *Arch. locazioni*, 1996, 528; ancorché il cedente sia frattanto fallito, Cass., 20.7.1987, n. 6362, in *Dir. fall.*, 1988, II, 250. Si è ricompresa, in tale contesto, anche l'interpretazione *ex art. 1362, 2° co., c.c.* determinata dall'esecuzione del contratto posta in essere da cedente e ceduto fra la conclusione del contratto e la sua cessione, la quale sarebbe opponibile al cessionario, anche contro la previsione pattizia espressa: PESCATORE V., *Cessione del contratto ed interpretazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1999, 597; in senso critico, tuttavia, GALLO P., *Trattato del contratto*, II, Torino, 2010, 1747.

<sup>2</sup> Quale indice del ruolo contrattuale del ceduto: ALBANESE A., *Cessione del contratto*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2008, 349.

<sup>3</sup> Pur citando il consenso preventivo o successivo del ceduto, si limita a desumerne il ruolo paritario, in punto di consenso, suffragante la costruzione trilaterale, *ibidem*.

<sup>4</sup> FUSARO A., *La cessione del contratto*, in *Tratt. Roppo*, III, *Effetti*, a cura di Costanza M., Milano, 2006, 250.

<sup>5</sup> Per l'indicazione precipua delle eccezioni, ANELLI F., *La cessione del contratto*, in *Tratt. Rescigno-Gabrielli*, I, *I contratti in generale*, a cura di Gabrielli E., 2<sup>a</sup> ed., Torino, 2006, 1356; BENEDETTI A.M., *La cessione del contratto*, Milano, 1998, 173; ALPA, FUSARO A., *Cessione del contratto*, in *Digesto civ.*, II, Torino, 1989, 346; FUSARO A., *op. cit.*, 250.

<sup>6</sup> Sull'argomento della tutela della posizione originaria del ceduto, ALBANESE A., *op. cit.*, 350.

<sup>7</sup> ANDREOLI M., *op. cit.*, 51; DE NOVA, in SACCO, DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. Sacco*, 3<sup>a</sup> ed.,



previsto dall'art. 1248, 2° co., c.c. – il ceduto, purché abbia formulato l'espressa riserva, potrà opporre anche i crediti "personali", i cui requisiti di compensabilità siano anteriori al perfezionamento – e non alla mera notifica – della cessione<sup>8</sup>.

## 2. Eccezioni opponibili dal cessionario

Nonostante il silenzio del legislatore sul punto, la natura traslativa della cessione consente del pari l'opponibilità di tutte le eccezioni correlate al contratto base da parte del cessionario nei riguardi del ceduto<sup>9</sup>, come d'altronde ritenuto da una consolidata giurisprudenza<sup>10</sup>.

Eppure, secondo una tesi dottrinale<sup>11</sup>, il cessionario non potrebbe far valere crediti precedenti rispetto al trasferimento del contratto, mercé l'irretroattività del subentro nella posizione contrattuale; l'argomento prova troppo, giacché nella disciplina della cessione del credito è previsto che i frutti maturati *ante cessionem* possano essere trasferiti, per patto tra le parti, al cessionario (art. 1263, 3° co., c.c.).

Parimenti, son state ritenute inopponibili le eccezioni di annullabilità e rescindibilità del contratto<sup>12</sup>, sul presupposto che il vizio riguarderebbe la

Torino, 2004, 753; BENEDETTI A.M., *op. cit.*, 173; *contra* CICALA R., *Il negozio di cessione del contratto*, Napoli, 1962, 159.

<sup>8</sup> Il combinato disposto degli artt. 1248 e 1409 c.c. pare, invero, suffragare l'idea che l'opponibilità della compensazione nella cessione sia posta non già a tutela della buona fede del ceduto – che qui ne impedirebbe sempre l'opponibilità (così BIANCA C.M., *op. cit.*, 722), visto il necessario consenso – bensì sia volta a preservare la funzione di garanzia della compensazione: sul punto, MARTONE L., *Compensazione legale*, in *L'estinzione dell'obbligazione senza adempimento*, a cura di Paladini M., Torino, 2010, 206 e 192.

<sup>9</sup> ANDREOLI M., *op. cit.*, 51; FUSARO A., *op. cit.*, 249; ALBANESE A., *op. cit.*, 350; ANELLI F., *op. cit.*, 1358; BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 1991, 850.

Con specifico riguardo alle nullità relative (o cc.dd. nullità "di protezione"), si è osservato che «appare necessario valutare di volta in volta la disciplina applicabile alla fattispecie concreta ed individuare se sia prospettabile l'esercizio dell'azione da parte del cessionario, anche in considerazione della legittimazione assoluta o relativa prevista in quel determinato caso. Si che l'eventuale legittimazione del cessionario non dipenderà dal negozio di cessione, bensì troverà fondamento direttamente nella *ratio* e nelle esigenze di tutela poste dal legislatore alla base della singola previsione di nullità»: RECINTO, *Della cessione del contratto*, nel *Comm. Perlingieri*, Napoli, 2010, 178.

<sup>10</sup> Cass., 5.3.2009, n. 5369, in *Vita notarile*, 2009, 919; Cass., 12.1.2006, n. 410, in *Arch. locazioni*, 2006, 533, con nota di DE TILLA, *Prelazione e cessione del contratto*.

<sup>11</sup> CARRESI, *La cessione del contratto*, Milano, 1950, 95, citando l'eccezione di compensazione e d'inadempimento.

<sup>12</sup> CICALA R., *op. cit.*, 111, salva apposita clausola; ALPA, FUSARO A., *op. cit.*, 346; dubitativo BENEDETTI A.M., *op. cit.*, 175; *contra, obiter*, ANDREOLI M., *op. cit.*, 52.

mera personalità del cedente, violando la sua esclusiva “integrità patrimoniale”, mentre il cessionario, potendo valutare *ex novo* l’equilibrio economico, potrebbe trarre un indebito arricchimento dallo scioglimento del vincolo. L’argomento è più suggestivo che probante: senza neppur considerare l’arbitraria scissione dell’effetto traslativo, l’invalidità non s’esaurisce nell’alterazione della sola volontà, incidendo invero sull’assetto negoziale ed infirmando la c.d. “integrità patrimoniale” anche del cessionario<sup>13</sup>. Inoltre, non si gioverebbe indebitamente il cessionario annullando o rescindendo il contratto, giacché, senza nemmeno sovvenire l’azione d’arricchimento, il venir meno del contratto ceduto caducherebbe la cessione, implicando la ripetizione in favore del ceduto. D’altronde, la medesima opinione conduce a conseguenze incongruenti, quali l’efficacia sanante della cessione al di fuori dei requisiti dell’art. 1444 c.c.<sup>14</sup>, o la quiescenza dell’annullabilità finché il contratto non sia caducato in altro modo<sup>15</sup>, con conseguente irragionevole beneficio a vantaggio del ceduto.

Si è posto, simmetricamente, il problema dell’opponibilità, da parte del cessionario, delle eccezioni eventualmente derivanti da altri rapporti intercorrenti fra cedente e ceduto<sup>16</sup>. Nonostante una tesi liberale che ammette una specifica pattuizione in tal senso<sup>17</sup>, la dottrina prevalente ha osservato che, in tal caso, il cessionario diviene parte solo negli specifici rapporti cedutigli<sup>18</sup>; pertanto – diversamente da quanto previsto a favore della posizione del contraente ceduto – non sussiste quella descritta esigenza di tutela del ceduto a fronte del mutamento dell’altro contraente<sup>19</sup>. Ancor meno ammissibile appare l’eventuale opponibilità di rapporti intercorrenti fra cedente e cessionario, trattandosi di *res inter alios acta*<sup>20</sup>.

<sup>13</sup> D’altronde, accogliendo la tesi esposta, anche la nullità *ex art.* 1345 c.c. sarebbe inopponibile.

<sup>14</sup> È dunque evidente che non può ritenersi *ex se* concludente in modo univoco, *ex art.* 1444, 2° co., c.c., il consenso del cessionario a subentrare nel contratto: cfr. da ultimo GALLO P., *op. cit.*, 1743.

<sup>15</sup> ZACCARIA A., *Cessione del contratto e garanzia della sua validità*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, I, 298.

<sup>16</sup> ANDREOLI M., *op. cit.*, 65.

<sup>17</sup> CARRESI, *op. cit.*, 105; MIRABELLI G., *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.*, Torino, 1980, 424; DE NOVA, *op. cit.*, 754; GALLO P., *op. cit.*, 1742.

<sup>18</sup> ZACCARIA A., *op. cit.*, 269; CLARIZIA R., *La cessione del contratto*, in *Comm. Schlesinger*, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2005, 135; BENEDETTI A.M., *op. cit.*, 177; dubitativo FUSARO A., *op. cit.*, 251.

<sup>19</sup> ALBANESE A., *op. cit.*, 350.

<sup>20</sup> ZACCARIA A., *op. cit.*, 274; CLARIZIA R., *op. cit.*, 137; BENEDETTI A.M., *op. cit.*, 178; ALBANESE A., *op. cit.*, 351, anche da parte del ceduto.

### 3. Eccezioni del contratto di cessione

Possono considerarsi, infine, nei rapporti tra cessionario e ceduto, le eccezioni pertinenti il contratto di cessione stesso: queste possono opporsi a seconda della ricostruzione concettuale della cessione. Se si aderisce alla prevalente idea trilaterale, il ceduto, quale contraente, potrà evidentemente sollevare tutte le eccezioni relative al contratto di cessione<sup>21</sup>. Al contrario, secondo la ricostruzione bilaterale della cessione preventivamente autorizzata<sup>22</sup>, il ceduto resta estraneo al negozio, di cui non può far valere alcuna eccezione<sup>23</sup> al di fuori della nullità che potrebbe rilevare in base alla generale legittimazione *ex art. 1421 c.c.*<sup>24</sup>.

## Art. 1410 – Rapporti fra cedente e cessionario

[1] *Il cedente è tenuto a garantire la validità del contratto.*

[2] *Se il cedente assume la garanzia dell'adempimento del contratto, egli risponde come un fideiussore per le obbligazioni del contraente ceduto.*

commento di Mauro Paladini

**Sommario:** 1. Garanzia della validità. - 2. Vizi del contratto di cessione.

### 1. Garanzia della validità

Salvo patto contrario<sup>1</sup>, il cedente deve garantire, in favore del cessionario, la validità del contratto oggetto di cessione (art. 1410, 1° co., c.c.).

Il contenuto della norma è tendenzialmente analizzato in analogia a quanto disposto dall'art. 1266 c.c. a proposito della cessione del credito<sup>2</sup>. Tra le due

<sup>21</sup> ALBANESE A., *op. cit.*, 352.

<sup>22</sup> Cfr. *supra* il commento all'art. 1407 c.c.

<sup>23</sup> CLARIZIA R., *op. cit.*, 139; ZACCARIA A., *op. cit.*, 277; BENEDETTI A.M., *op. cit.*, 179.

<sup>24</sup> CLARIZIA R., *op. cit.*, 139; ZACCARIA A., *op. cit.*, 272; mentre nella cessione contestualmente consentita potrà opporre tutte le eccezioni: BENEDETTI A.M., *op. cit.*, 180.

<sup>1</sup> Sul patto cfr. CARRESI, *La cessione del contratto*, Milano, 1950, 106; SCOGNAMIGLIO R., *I contratti in generale*, in *Tratt. Grosso-Santoro Passarelli*, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 1966, 212; DE NOVA, in SACCO, DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. Sacco*, 3<sup>a</sup> ed., Torino, 2004, 754; BENEDETTI A.M., *La cessione del contratto*, Milano, 1998, 181; FUSARO A., *La cessione del contratto*, in *Tratt. Roppo*, III, *Effetti*, a cura di Costanza M., Milano, 2006, 251.

<sup>2</sup> MESSINEO F., *Il contratto in genere*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, XXI, 2, Milano, 1972, 30.

norme non mancano, tuttavia, alcune evidenti difformità: oltre alla diversità oggettiva del traslato<sup>3</sup>, si sottolinea come l'art. 1266, 2° co., c.c. riduca l'estensione della garanzia nell'ipotesi di cessione gratuita, alla quale, invece – nella norma in esame – non si compie alcun richiamo.

Le possibili soluzioni che si sono, sul punto, prospettate sono sostanzialmente le seguenti: *a)* la necessaria onerosità della cessione del contratto<sup>4</sup>; *b)* l'indifferenza dell'art. 1410 c.c. all'onerosità o gratuità della cessione<sup>5</sup>; *c)* l'applicabilità dell'art. 1410 c.c. alla sola ipotesi di cessione onerosa, rinviando per *analogia iuris*, in caso di cessione gratuita, all'art. 797 c.c.<sup>6</sup>. Della prima tesi – propria della teoria c.d. atomistica – appare poco convincente la concezione dell'onerosità correlata alle singole prestazioni, anziché all'effetto traslativo globale<sup>7</sup>. Rispetto alla seconda ricostruzione, si rileva, invece, l'irragionevolezza di un aggravamento, in tale ipotesi, della garanzia del donante<sup>8</sup>. Appare convincente, pertanto, la tesi che limita l'ambito applicativo dell'art. 1410, 1° co., c.c. alla sola ipotesi di cessione onerosa e richiama sistematicamente i casi in cui la garanzia è dovuta in ipotesi di cessione gratuita.

La garanzia della validità del contratto-base comporta che il cedente debba essere chiamato a rispondere nei casi di inesistenza<sup>9</sup>, nullità<sup>10</sup>, annullabilità<sup>11</sup> e rescindibilità<sup>12</sup> del contratto. Peraltro, un orientamento dottrinale ha proposto l'esclusione della limitazione della garanzia, allorché la causa d'invalidità sia nota o riconoscibile dal cessionario<sup>13</sup>, per l'insussistenza, in tal caso,

<sup>3</sup> Non la mera esistenza d'un credito, ma la validità della posizione contrattuale: si sofferma, sul punto, BENEDETTI A.M., *op. cit.*, 181; GALLO P., *Trattato del contratto*, II, Torino, 2010, 1743; MESSINEO F., *op. cit.*, 30 rileva il «minor senso» che il cedente garantisca anche gli effetti passivi.

<sup>4</sup> CICALA R., *Il negozio di cessione del contratto*, Napoli, 1962, 160.

<sup>5</sup> CARRESI, *op. cit.*, 92.

<sup>6</sup> CLARIZIA R., *La cessione del contratto*, in *Comm. Schlesinger*, 2ª ed., Milano, 2005, 151; ZACCARIA A., *Cessione del contratto e garanzia della sua validità*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, I, 286; BIANCA C.M., *Diritto civile, III, Il contratto*, Milano, 2000, 721; BENEDETTI A.M., *op. cit.*, 184.

<sup>7</sup> ZACCARIA A., *op. cit.*, 284.

<sup>8</sup> ZACCARIA A., *ivi*, 286.

<sup>9</sup> BIANCA C.M., *op. cit.*, 721; *contra* CARRESI, *op. cit.*, 88; gli esempi di CLARIZIA R., *op. cit.*, 153 ridondano piuttosto nella nullità dell'oggetto.

<sup>10</sup> Che, secondo l'ottica dei negozi di secondo grado, dovrebbe piuttosto implicare la nullità della cessione medesima; peraltro, è evidente che tale quesito dimostra l'irrisolutezza sulla sussistenza del collegamento negoziale, oltre a constatare la lesione che ne deriverebbe al cessionario, cfr. GALLO P., *op. cit.*, 1744.

<sup>11</sup> Ma ancor più restrittivamente CARRESI, *op. cit.*, 89 per i soli casi d'errore e dolo, mentre la violenza o è convalidata dal consenso del ceduto ovvero inficia parimenti la cessione.

<sup>12</sup> CLARIZIA R., *op. cit.*, 155; BENEDETTI A.M., *op. cit.*, 188; ZACCARIA A., *op. cit.*, 298.

<sup>13</sup> Sul richiamo dell'art. 1491 c.c., GALLO P., *op. cit.*, 1744.

della necessità di tutelare l'affidamento o la buona fede del cessionario<sup>14</sup>. Un limite estrinseco all'operatività della garanzia dovrebbe cogliersi, altresì, allorché l'accettazione del ceduto possa implicare una convalida del contratto-base annullabile *ex art.* 1444 c.c.<sup>15</sup>, ma, in tal caso, l'accertamento in fatto richiederà particolare rigore per evitare di comprimere la tutela del ceduto<sup>16</sup>.

Non può essere esclusa la cessione di un contratto simulato, ma la simulazione non potrà essere opposta al cessionario in buona fede (art. 1415, 1° co., c.c.)<sup>17</sup>. La dottrina più recente accoglie, inoltre, un'interpretazione estensiva, che ammette la garanzia anche per la risoluzione del contratto ceduto<sup>18</sup>: in tal senso, il cedente dovrebbe garantire il cessionario da qualunque causa che determini l'inefficacia del contratto base<sup>19</sup>.

Un ulteriore caso d'esclusione della garanzia si configura nell'ipotesi di cessione di un contratto altrui<sup>20</sup>: invero – fuori del caso di contratto stipulato da un *falsus procurator*, il cui operato il cedente ratifichi<sup>21</sup> – dovrebbero ritenersi analogicamente applicabili gli artt. 1478 e 1479 c.c. in ragione del comune meccanismo traslativo<sup>22</sup>.

Quando il cedente debba onorare la prevista garanzia, il risarcimento dovrà comprendere il c.d. interesse positivo<sup>23</sup> e non soltanto quello negativo, per la dirimente ragione dell'eccezionalità dell'art. 1337 c.c.<sup>24</sup> e della correlazione fra il risarcimento ed il valore della prestazione traslativa garantita.

La garanzia può essere convenzionalmente estesa all'adempimento del contratto (art. 1410, 2° co., c.c.), al pari di quanto previsto dall'art. 1267 c.c.<sup>25</sup>. La garanzia dell'adempimento implica la responsabilità fideiussoria

<sup>14</sup> ZACCARIA A., *op. cit.*, 283 e 287; CLARIZIA R., *op. cit.*, 152; BENEDETTI A.M., *op. cit.*, 186; FUSARO A., *op. cit.*, 251.

<sup>15</sup> ZACCARIA A., *op. cit.*, 246 e 294; CLARIZIA R., *op. cit.*, 154 s. con esame dei vari casi.

<sup>16</sup> MIRABELLI G., *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.*, Torino, 1980, 430.

<sup>17</sup> ANELLI F., *La cessione del contratto*, in *Tratt. Rescigno-Gabrielli*, I, *I contratti in generale*, a cura di Gabrielli E., 2ª ed., Torino, 2006, 1360.

<sup>18</sup> CLARIZIA R., *op. cit.*, 156; BENEDETTI A.M., *op. cit.*, 189; solo per la risoluzione invocata dal ceduto ZACCARIA A., *op. cit.*, 300.

<sup>19</sup> BIANCA C.M., *op. cit.*, 721; si sogliono includere di conseguenza la condizione risolutiva e sospensiva non ancora avvenuta: così, CLARIZIA R., *op. cit.*, 157; GALLO P., *op. cit.*, 1745.

<sup>20</sup> CARRESI, *op. cit.*, 88 per il mancato consenso del ceduto.

<sup>21</sup> CLARIZIA R., *op. cit.*, 159 s., secondo cui, in caso di mancata ratifica la cessione non viene ad esistenza e, quindi, non v'è questione di garanzia.

<sup>22</sup> ZACCARIA A., *op. cit.*, 308; CLARIZIA R., *op. cit.*, 160; BENEDETTI A.M., *op. cit.*, 189; FUSARO A., *op. cit.*, 252; *contra* GALLO P., *op. cit.*, 1745.

<sup>23</sup> CARRESI, *op. cit.*, 91, rilevando l'indifferenza dell'onerosità o gratuità della cessione; ZACCARIA A., *op. cit.*, 282; CLARIZIA R., *op. cit.*, 161; GALLO P., *op. cit.*, 1746.

<sup>24</sup> CLARIZIA R., *op. cit.*, 162.

<sup>25</sup> MESSINEO F., *op. cit.*, 30.

del cedente, derivante da un patto accessorio alla cessione<sup>26</sup>. Resta da sottolineare, peraltro, come il cedente si obblighi in tal caso, solidalmente col ceduto, non già alla mera obbligazione risarcitoria, ma ad un comportamento pienamente soddisfacente dell'interesse del cessionario all'adempimento del contratto<sup>27</sup>.

Deve sottolinearsi, infine, che la soccombenza nel conflitto fra più cessionari, stante la validità della cessione, non comporta l'operatività della garanzia, bensì la mera responsabilità aquiliana del cedente<sup>28</sup>.

## 2. Vizi del contratto di cessione

I rapporti fra cedente e cessionario possono essere influenzati, altresì, dalle vicende proprie del contratto di cessione<sup>29</sup>. Nella concezione del contratto trilaterale senza comunione di scopo, i vizi riguardanti anche una sola parte inficiano la validità dell'intero vincolo<sup>30</sup>, come, ad esempio, la nullità per il mancato consenso del ceduto<sup>31</sup> o l'annullabilità per errore o violenza<sup>32</sup>. Parimenti, con riguardo alla causa, l'illiceità o la fraudolenza incide sulla validità della cessione soltanto se lo scopo concreto è comune a tutte le parti<sup>33</sup>, degradando altrimenti a meri motivi soggettivi che non determinano nullità ove non siano illeciti e comuni a tutte le parti (art. 1345 c.c.).

Con riguardo, poi, alle vicende successive del contratto di cessione, la sopravvenuta inefficacia della cessione determina, secondo i principi generali, il reintegro del cedente nella sua posizione<sup>34</sup> e tutti i conseguenti obblighi di restituzione fra le parti in ragione delle obbligazioni del contratto-base eventualmente adempiute.

<sup>26</sup> CARRESI, *op. cit.*, 79; CRISCUOLI G., *Il negozio di sostituzione e la cessione del contratto*, in *Giust. civ.*, 1957, I, 1608.

<sup>27</sup> Con la conseguente facoltà di regresso, *post solutum*, sul ceduto inadempiente: CLARIZIA R., *op. cit.*, 164; BRIGANTI E., *Cessione del contratto*, in *Enc. Giur.*, VI, Roma, 1988, 8.

<sup>28</sup> ZACCARIA A., *op. cit.*, 312; CLARIZIA R., *op. cit.*, 161; BENEDETTI A.M., *op. cit.*, 190; FUSARO A., *op. cit.*, 252.

<sup>29</sup> Cfr. CARRESI, *op. cit.*, 109 ss.; sull'autonoma rilevanza di tali "patologie" *adde* DE NOVA, *op. cit.*, 755.

<sup>30</sup> FUSARO A., *op. cit.*, 252; per l'inapplicabilità degli artt. 1420 ss. c.c., in genere CARRESI, *op. cit.*, 110; DE NOVA, *op. cit.*, 755.

<sup>31</sup> CARRESI, *op. cit.*, 111.

<sup>32</sup> CARRESI, *ivi*, 113 ss., secondo cui la violenza è di per sé rilevante, mentre, per l'errore, evidentemente, dovrà valutarsi, oltre alla rilevanza, la riconoscibilità da entrambe le altre parti.

<sup>33</sup> CARRESI, *ivi*, 118.

<sup>34</sup> CARRESI, *ivi*, 121.