

Massimo Confortini

CLAUSOLE NEGOZIALI

Profili teorici e applicativi
di clausole tipiche e atipiche

UTET
GIURIDICA

QUESTO VOLUME È ANCHE ONLINE

Consultalo gratuitamente ne "LA MIA BIBLIOTECA", la prima biblioteca professionale in the cloud con le pubblicazioni di CEDAM, UTET Giuridica, IPSOA, Altalex. Grazie ad un evoluto sistema di ricerca, puoi accedere ai tuoi scaffali virtuali e trovare la soluzione che cerchi da PC o tablet. Ovunque tu sia.

Per conoscere le modalità di accesso al servizio e consultare il volume online, collegati al sito www.lamiabiblioteca.com

La consultazione online viene offerta all'acquirente del presente volume a titolo completamente gratuito ed a fini promozionali del servizio "La Mia Biblioteca" e potrebbe essere soggetta a revoca da parte dell'Editore.

Copyright 2017 Wolters Kluwer Italia S.r.l.
Strada 1, Palazzo F6 – 20090 Milanofiori Assago (MI)

UTET GIURIDICA® è un marchio registrato e concesso in licenza da De Agostini Editore 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 EDISER Srl, società di servizi dell'Associazione Italiana Editori, attraverso il marchio CLEARedi Centro Licenze e Autorizzazioni Riproduzioni Editoriali. Informazioni: www.clearedi.org

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

Composizione: Integra Software Services Pvt. Ltd.
Finito di stampare nel mese di aprile 2017
da L.E.G.O. S.p.A.
Viale dell'Industria, 2 - 36100 - Vicenza

CLAUSOLA DI GARANZIA DELL'ADEMPIMENTO DEL CONTRAENTE CEDUTO

di Maria Barela

L'indagine muove dal dato normativo contenuto nell'art. 1410, comma 2, c.c., al fine di chiarire l'oggetto e gli effetti del patto di garanzia dell'adempimento del debitore ceduto, che afferisce al negozio di cessione del contratto. La riflessione passa attraverso il duplice confronto con la garanzia *ex lege* della validità del contratto ceduto (art. 1410, comma 1, c.c.) e con le garanzie in tema di cessione del credito (artt. 1266 e 1267 c.c.), istituto che costituisce l'antecedente logico e storico della cessione del contratto, pur diverso per oggetto e disciplina. L'analisi giunge infine alla individuazione degli effetti del patto, tolti dalla disciplina della fideiussione quanto alla responsabilità del cedente.

The survey originates from the regulatory framework laid down in Article 1410, II (Italian civil code), in order to clarify the subject and the effects of the guarantee agreement for the performance of the transferred debtor, which refers to the legal act of contract transfer. The survey intends to deeply compare both the statutory guarantee of the validity of the transferred contract (art. Article 1410, I) and the guarantees related to the credit transfer (artt. 1266 and 1267 c.c.) – a legal device which comes before the contract transfer from a logical and historical point of view, even though it has different subject and discipline. The analysis finally defines the effects of the agreement, deprived of the discipline of the contract of guarantee in relation to the responsibility of the transferring party.

LEGISLAZIONE: art. 1410, comma 2, c.c.

GIURISPRUDENZA: Cass., sez. lav., 5.11.2003, n. 16635, in *Giust. civ. mass.*, 2003, p. 11; Cass. 7.5.2001, n. 6349, in *Giust. civ. mass.*, 2001, p. 936; Cass. 6.12.1995, n. 12576, in *Giust. civ. mass.*, 1995, fasc. 12; Cass. 9.8.1990, n. 8098, in *Giust. civ. mass.*, 1990, fasc. 8; Cass. 25.8.1986, n. 5159, in *Giust. civ. mass.*, 1986, fasc. 8-9; Cass. 15.6.1973, n. 1758, in *Giust. civ. mass.*, 1973, fasc. 5.

BIBLIOGRAFIA: ALBANESE A., *Cessione del contratto*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2008; ANDREOLI M., *La cessione del contratto*, Padova, 1951; ANELLI F., *Cessione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, II, p. 276; BENEDETTI A.M.,

La cessione del contratto, Milano, 1998; BRIGANTI E., *Cessione del contratto*, in *Enc. Giur.*, VI, Roma, 1988, p. 9; CARBONE V., *La cessione del contratto*, in *Tratt. Bes-sone*, vol. XIII, t. VI, Torino, 2000; CARRESI F., *La cessione del contratto*, Milano, 1950; CARRESI F., *Cessione del contratto*, in *Noviss. Dig. it.*, III, Torino, 1957, p. 152; CARRESI F., *Il contratto*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, vol. XXI, Milano, 1987; CICALA R., *Il negozio di cessione del contratto*, Napoli, 1962; CICALA R., *Cessione del contratto*, in *Enc. Dir.*, VI, Milano, 1960, p. 900; CLARIZIA R., *La cessione del contratto*, in *Comm. Schlesinger*, 2^a ed., Milano, 2005; CLARIZIA R., *La cessione del contratto e il subcontratto*, in *Diritto Civile*, diretto da Lipari N.-Rescigno P., vol. III, Milano, 2009; CRISCUOLI G., *Il negozio di sostituzione e la cessione del contratto*, in *Giust. civ.*, 1957, I, p. 1595; DE NOVA G., *La cessione del contratto*, in *Tratt. Rescigno*, Torino, 2002, vol. 10; DE NOVA G., *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, Padova, 2011; FERRI S., *La cessione del contratto e il sub-contratto*, in FAVA P. (a cura di), Milano, 2012; FRAGALI M., *Fideiussione – man-dato di credito*, in *Comm. Scialoja-Branca, Libro IV. Obbligazioni (artt. 1936-1959)*, Bologna-Roma, 1968; MESSINEO F., *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1948; MIRABELLI G., *Dei contratti in generale Commentario al Codice Civile, Libro IV*, t. 2, Torino, 1980; NATOLI U., *Alcuni aspetti della cessione del contratto*, in *Giur. completa Cass. civ.*, 1946, I, p. 314; PERLINGIERI P., *Le cessioni di crediti ordinari e "d'impresa"*, Napoli, 1993; PERLINGIERI P., *Cessione del credito*, in *Enc. Giur.*, IV, Roma, 1988, p. 11; PULEO S., *La cessione del contratto*, Milano 1939; VENOSTA F., *La forma dei negozi preparatori e revocatori*, Milano, 1997; ZACCARIA A., *Cessione del contratto e garanzia della sua validità*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, p. 280.

SOMMARIO: 1. Nozione e ambito – 2. Fondamento delle garanzie previ-ste dall'art. 1410 c.c.: il richiamo alla disciplina della cessione del credito – 3. Natura giuridica del patto di garanzia – 4. Funzione ed effetti della garanzia dell'adempimento e rapporto con la garanzia della solvenza – 5. Rinvio alla disciplina della fideiussione. La responsabilità del cedente verso il cessionario a confronto con quella verso il ceduto – 6. La forma del patto di garanzia.

1. Nozione e ambito

La clausola di garanzia dell'adempimento del contraente ceduto affe-risce al negozio di cessione del contratto ed è disciplinata dal comma 2 dell'art. 1410 c.c., il quale recita:

«Se il cedente assume la garanzia dell'adempimento del contratto, egli risponde come un fideiussore per le obbligazioni del contraente ceduto».

Si tratta di un obbligo di garanzia *ex contractu*, assunto espressamente dal cedente al momento della stipulazione dell'accordo di cessione o

successivamente ad esso, attraverso un'apposita pattuizione: le parti possono cioè fruire dello schema negoziale messo a disposizione dal legislatore, per convenire che il cedente assuma verso il cessionario la garanzia dell'adempimento delle obbligazioni gravanti sul debitore ceduto, esercitando a tal fine l'autonomia negoziale attribuita loro dall'ordinamento.

Una volta convenuto tale obbligo di garanzia, esso si aggiunge a quello *ex lege*, prescritto dal comma 1 dell'art. 1410 c.c., in virtù del quale «Il cedente è tenuto a garantire la validità del contratto».

Entrambi i tipi di garanzia sono raccolti sotto la rubrica «Rapporti tra cedente e cessionario», trattandosi di obblighi che il cedente assume nei confronti del cessionario in relazione alla posizione contrattuale ceduta. Essi traggono origine dalle garanzie del *nomen verum* e del *nomen bonum*, che nel Basso Impero vennero associate all'istituto della *cessio crediti*, di cui si ha traccia solo in epoca giustiniana, a causa della generale intrasmissibilità della *obligatio*, che vigeva nello *ius civile*. Tali garanzie furono distinte a seconda della *causa cedendi*: la garanzia del *nomen verum* (di minore intensità) attenne all'ipotesi della cessione a titolo gratuito, quella del *nomen bonum* (certamente più pregnante) al caso di cessione a titolo oneroso¹.

La distinzione, riprodotta nelle attuali disposizioni degli artt. 1266 e 1267 c.c. in relazione alla cessione del credito, ha ispirato altresì la disciplina delle garanzie poste in capo al cedente in tema di cessione del contratto, descritte dalla norma in commento, di talché si parla generalmente di *nomen verum* per riferirsi alla garanzia della validità del contratto ceduto e di *nomen bonum* per indicare la garanzia dell'adempimento del debitore ceduto.

La duplice garanzia trova fondamento nella esigenza di apprestare una tutela al cessionario, il quale non ha partecipato alla stipula del contratto originario e, pertanto, per un verso, non è a conoscenza delle vicende preparatorie e formative del raggiungimento dell'accordo, per altro verso, non ha avuto la possibilità di inserire nel testo contrattuale le eventuali condizioni e/o garanzie per l'adempimento, che avrebbe richiesto alla controparte: egli subentra in una posizione contrattuale già data, appartenuta ad un altro soggetto e che, in linea di principio, non può modificare².

¹ Il riferimento si rinviene in D. 21.2.74.3: «*Qui nomen quale fuit vendidit, dumtaxat ut sit, non ut exigi etiam aliquid possit, et dolum praestare cogitur*».

² Secondo Cass., sez. lav., 5.11.2003, n. 16635, in *Giust. civ. mass.*, 2003, 11, «la cessione del contratto comporta il trasferimento soggettivo del complesso unitario di diritti ed obblighi derivanti dal contratto, lasciando immutati gli elementi oggettivi essenziali e realizzando soltanto una sostituzione soggettiva, il che non esclude che, a cessione avvenuta (o contestualmente alla stessa) il cessionario e il ceduto possano accordarsi fra loro per apportare delle modifiche al contenuto del contratto originario»

Inoltre, non è infrequente il rischio che il cedente intenda liberarsi di una posizione contrattuale di cui conosce le criticità, trasferendola ad un ignaro cessionario, il quale deve essere pertanto tutelato anche per contrastare questa evenienza³.

Si chiarisce allora quale sia la *ratio* giustificatrice delle norme dettate dall'art. 1410 c.c., le quali, nei rapporti tra cedente e cessionario, vengono in soccorso di colui che ha accolto nella sua sfera patrimoniale un fascio di situazioni giuridiche, sia attive che passive, non separabili le une dalle altre e la cui posizione risulta perciò meritevole di tutela proprio in considerazione della particolare natura del bene acquistato, cioè il contratto⁴.

Tuttavia, i due obblighi di garanzia previsti dall'art. 1410 c.c. – pur essendo riconducibili alla medesima esigenza di tutela – si palesano di natura diversa (salvo verificarne gli analoghi effetti in taluni casi), sia per quanto attiene la loro fonte che sotto il profilo della funzione.

2. Fondamento delle garanzie previste dall'art. 1410 c.c.: il richiamo alla disciplina della cessione del credito

Nell'intento di chiarire presupposti ed effetti del patto di garanzia, di cui al comma 2 dell'art. 1410 c.c., occorre muovere da qualche accenno alla garanzia della validità del contratto – rispetto alla quale la garanzia dell'adempimento si pone come ulteriore ed eventuale – anche al fine di

(nello stesso senso, Cass. 6.12.1995 n. 12576, in *Giust. civ. mass.*, 1995, fasc. 12; v. anche Cass. 9.8.1990, n. 8098, in *Giust. civ. mass.*, 1990, fasc. 8, la quale precisa, tuttavia, che gli elementi essenziali del contratto ceduto sono immodificabili).

Sull'esigenza di tutela del cessionario, ALBANESE A., *Cessione del contratto*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2008, p. 358; CARBONE V., *La cessione del contratto*, in *Tratt. Bessone*, vol. XIII, t. VI, Torino, 2000, p. 354. In particolare, CLARIZIA R., *La cessione del contratto*, in *Comm. Schlesinger*, 2ª ed., Milano, 2005, p. 163, rileva come la *ratio* di protezione dell'acquirente di una posizione contrattuale induca addirittura a ritenere «valido il negozio di cessione di un contratto nullo, con la (immediata) sostituzione dell'obbligo risarcitorio all'impegno traslativo».

Si rileva come la clausola di garanzia non possa afferire a qualsiasi tipo di cessione. Ad esempio – oltre a non poter accedere, per la sua natura pattizia, alla cessione del contratto *mortis causa* – essa è esclusa nei casi di cessione in cui viga uno speciale regime di responsabilità previsto dalla legge: cessione d'azienda (art. 2558 c.c.), successione *inter vivos* nella locazione (artt. 6, 36 e 37 L. n. 392/1978) nonché nel caso di cessione di quote sociali (si vedano gli artt. 2269, 2290, 2356 e 2472 c.c.).

³ Cfr. CLARIZIA R., *op. cit.*, p. 153.

⁴ Sulla configurazione del contratto come *res*, v. MIRABELLI G., *Dei contratti in generale Commentario al Codice Civile*, Libro IV, t. 2, Torino, 1980, p. 420.

verificare la relazione che corre tra di esse ed inquadrare il comune contesto giuridico.

L'obbligo di garanzia *ex lege* della validità del contratto è strettamente funzionale alla realizzazione della cessione, ovvero al trasferimento in capo al cessionario della posizione contrattuale che apparteneva al cedente; in forza di tale obbligo, infatti, il cedente risponderà di inadempimento ogni qualvolta il contratto oggetto della cessione risulti nullo, annullabile, inesistente o, eventualmente, anche inefficace tra le parti originarie. In tutte queste ipotesi, al cessionario sarà precluso il conseguimento degli effetti del negozio di cessione, con la conseguenza che egli potrà chiedere il risarcimento del danno, corrispondente all'interesse positivo ovvero all'adempimento del contratto ceduto⁵.

Per analogia con la disposizione dettata nell'art. 1266, comma 1, c.c., si ritiene generalmente che tale garanzia possa essere derogata dall'accordo tra le parti⁶ ed invero nell'esercizio della loro autonomia negoziale, le parti ben potrebbero decidere di escludere la garanzia della validità e pattuire quella relativa all'adempimento del contraente ceduto: in questo caso, saranno da verificare gli effetti della eventuale nullità del contratto ceduto (*infra*, § 3).

Intanto, preme rilevare che in tema di cessione del contratto – e, in particolare, di garanzie poste in capo al cedente *ex art.* 1410 c.c. – sia quasi scontato il richiamo alla disciplina della cessione del credito, sebbene i due istituti rivelino differenze non trascurabili, non solo nell'oggetto, ma anche nella funzione e negli effetti.

Va ricordato, al riguardo, che il negozio di cessione del contratto è stato introdotto nel nostro ordinamento soltanto con il codice civile del

⁵ In tal senso, BENEDETTI A.M., *La cessione del contratto*, Milano, 1998, p. 192, il quale osserva che, nel caso di nullità del contratto ceduto: j) se il negozio di cessione si reputi valido, la garanzia dovrebbe assicurare il pieno interesse positivo; jj) se il negozio di cessione si considera nullo, allora il cessionario potrebbe conseguire la sola «differenza tra l'interesse corrispondente all'adempimento del contratto e il valore del prezzo risparmiato».

⁶ La dottrina è pressoché unanime sul punto. Per tutti, BRIGANTI E., *Cessione del contratto*, in *Enc. Giur.*, VI, Roma, 1988, p. 9; CARRESI F., *La cessione del contratto*, Milano, 1950, p. 105; ID., *Il contratto*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, vol. XXI, Milano, 1987, p. 863; MIRABELLI G., *Dei contratti in generale*, cit., p. 423; DE NOVA G., *La cessione del contratto*, in *Tratt. Rescigno*, vol. 10, Torino, 2002, p. 714. Si osserva, tuttavia, che proprio la stretta funzionalità della garanzia rispetto alla realizzazione degli effetti della cessione potrebbe far sorgere qualche dubbio circa la derogabilità della norma, considerate altresì le differenze tra le due fattispecie normative di cui agli artt. 1410, comma 1, e 1266, comma 1, c.c.

1942⁷, al fine di attuare «una funzione economica importante, qual è quella di eliminare complicate e dispendiose rinnovazioni del contratto» e di «soddisfare le esigenze della pratica», sul cui terreno era stata avvertita «l'inscindibilità della trasmissione alla stessa persona di tutto il contenuto del rapporto» (Rel. al Codice Civile n. 640). Fino ad allora, la cessione era stata configurata come un atomistico insieme di cessione di crediti ed accollo di debiti⁸; agli illustri giuristi del tempo, impegnati nella ricostruzione dell'istituto, era apparso, infatti, opportuno forgiare in via interpretativa alcuni effetti giuridici della fattispecie negoziale sulla base delle norme già esistenti, relative alla più risalente figura negoziale della cessione del credito. Sulla scorta della teoria della *renovatio contractus* di Nicolò⁹, si giunse al superamento della teoria atomistica ed alla teorizzazione – quale oggetto della cessione – di un'unica 'posizione contrattuale', che tutte le situazioni giuridiche soggettive (sia attive che passive) raccoglie ed unifica; ne è conseguito un processo di progressiva autonomia della disciplina della cessione del contratto da quella del credito¹⁰, che tuttavia

⁷ Si osserva, sotto il profilo comparatistico, che la cessione del contratto non è mai stata introdotta nel *Code Civil* francese né tantomeno nel BGB tedesco.

Al riguardo, appare interessante rilevare che il BGB prevede solo alcuni casi di cessione *ex lege* (§ 566 in tema di contratto di locazione; § 613 in tema di cessione di azienda) e, tuttavia, la cessione convenzionale (*Vetragsübernahme*) è generalmente ammessa sulla base della disciplina generale del contratto; nel diritto francese, la cessione del contratto è ammessa dalla giurisprudenza (per tutte, Cass. 1^{ere}, 5 février 2009, in *Dalloz*, 2009, p. 842 ss., con nota di Aynés) e dalla dottrina, mentre nel diritto anglosassone la cessione è generalmente ammessa tra i privati, ma è vietato il trasferimento di contratti per la parte che li ha conclusi con il governo federale (41 U.S. Code § 6305 – *Prohibition on transfer of contract and certain allowable assignments*).

⁸ CICALA R., *Il negozio di cessione del contratto*, Napoli, 1962, p. 157 ss., la cui posizione richiama le riflessioni della dottrina tedesca del tempo.

⁹ NICOLÒ R., *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, p. 292, al quale si deve, per primo, l'uso del sintagma "posizione contrattuale" per indicare l'insieme delle situazioni giuridiche oggetto del trasferimento.

¹⁰ Si veda ANDREOLI M., *La cessione del contratto*, Padova, 1951, p. 60, il quale, nel considerare inattendibili tutte le costruzioni atomistiche che identificavano nel congegno di trasferimento del contratto la giustapposizione di una cessione dei crediti e di un accollo dei debiti, sostiene, invece, «l'orientamento seguito dalla legge, che, nel soddisfare all'esigenza di un trasferimento globale dei debiti e dei crediti *ex contractu*, imprime una disciplina autonoma ed unitaria al trasferimento anzidetto».

La giurisprudenza è costante e risalente nella qualificazione della cessione come trasferimento della complessiva posizione contrattuale: da Cass. 8.8.1946, n. 1129, in *Giur. completa Cass. civ.*, 1946, I, p. 314, fino alla più recente, Cass. 7.5.2001, n. 6349, in *Giust. civ. mass.*, 2001, 936.

resta ancora un punto di riferimento ineliminabile, pur nella consapevolezza delle sostanziali diversità.

Ed infatti, quanto alla disciplina delle garanzie, si deve osservare come il trasferimento di un singolo diritto soggettivo, oggetto della cessione del credito, comporti una garanzia certamente più circoscritta nonché limitata dal legislatore al caso di cessione a titolo oneroso e con effetti esclusivamente di carattere restitutorio; la cessione del contratto, invece, prevedendo il trasferimento di un complesso di situazioni giuridiche soggettive e la prosecuzione del rapporto contrattuale tra il cessionario e il contraente ceduto, richiede una più efficace garanzia in ordine all'esistenza/validità del contratto trasferito, il cui possibile annullamento potrebbe comportare conseguenze oltremodo gravose per il cessionario, il cui interesse esige perciò una maggiore tutela.

Del resto, la necessità di una più efficace protezione del cessionario del contratto rispetto al cessionario del credito emerge inequivocabilmente dal dettato normativo: se, infatti, l'art. 1266 c.c. obbliga il cedente «a garantire l'esistenza del credito al tempo della cessione», ma solo «quando la cessione è a titolo oneroso» e con l'espressa previsione che «la garanzia può essere esclusa per patto, ma il cedente resta sempre obbligato per il fatto proprio», sostanzialmente diversa appare la prescrizione dell'art. 1410, comma 1, c.c., che impone al cedente di «garantire la validità del contratto», senza esclusioni o limitazioni di sorta¹¹.

Ed allora – pur nella consapevolezza della comune origine delle garanzie in tema di cessione del contratto e di cessione del credito – è necessario, tuttavia, tener conto delle differenze sostanziali, guardandosi dalla tentazione di assimilare gli effetti normativi delle diverse fattispecie, con l'unica attenuazione, forse, nei casi di cessione del contratto a titolo gratuito, laddove le conseguenze della violazione dell'obbligo di garantire la validità del contratto dovrebbero essere valutate con minor rigore a carico del cedente¹².

¹¹ La garanzia della validità, come già rilevato, è di tipo satisfattivo e non restitutorio (come quella della cessione del credito): sul punto, FERRI S., *La cessione del contratto e il subcontratto*, in FAVA P. (a cura di), Milano, 2012, p. 1863. La più ampia portata applicativa dell'art. 1410 c.c. rispetto al 1266 c.c. è stata rilevata largamente in dottrina: ZACCARIA A., *Cessione del contratto e garanzia della sua validità*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, p. 280; CLARIZIA R., *La cessione del contratto e il subcontratto*, in *Diritto Civile*, diretto da LIPARI N.-RESCIGNO P., vol. III, Milano, 2009, p. 743; BENEDETTI A.M., *op. cit.*, p. 181, il quale giustifica espressamente il ricorso alla disciplina «più compiuta e dettagliata» della cessione del credito solo «per colmare le lacune emerse dalla disciplina codicistica in materia di cessione del contratto».

¹² Nel caso di cessione a titolo gratuito trova applicazione l'art. 797 c.c., che disciplina la garanzia per l'evizione nella donazione. Sul punto, CARBONE V., *op. cit.*, p. 348.

In particolare, deve essere rispettata la diversità di funzione e di efficacia, che emerge dal dato normativo, con riguardo alla garanzia dell'adempimento del contratto (art. 1410, comma 2, c.c.) rispetto alla garanzia della solvenza del debitore ceduto (art. 1267 c.c.): ci riserviamo di ritornare nel prosieguo sui tratti distintivi delle due fattispecie e sui relativi effetti (*infra*, § 4).

3. Natura giuridica del patto di garanzia

La garanzia prevista dal comma 2 dell'art. 1410 c.c., come accennato, è meramente eventuale ed accessoria al negozio di cessione. La norma che la prevede è di carattere dispositivo e, pertanto, le parti sono libere di strutturare la clausola nel modo più appropriato alle loro esigenze, attribuendo ad essa anche effetti diversi da quelli predisposti dal legislatore, oppure di stabilire che il cedente garantisca l'adempimento di alcune prestazioni e non di altre o, ancora, di decidere di combinare variamente diversi tipi di garanzia¹³.

Tuttavia, in assenza di speciali determinazioni delle parti, vale la disciplina prevista dal legislatore e, dunque, «se il cedente assume la garanzia dell'adempimento del contratto» – s'intende, anche in assenza di formule prestabilite – «egli risponde come un fideiussore per le obbligazioni del contraente ceduto».

La relativa clausola viene stipulata, di regola, su richiesta del cessionario, il quale potrebbe esigere dal suo *dante causa* una assicurazione in ordine alla realizzazione degli effetti del contratto ceduto, in aggiunta a quella *ex lege*, relativa alla sola validità del contratto medesimo.

Accolta unanimemente la natura contrattuale del patto di garanzia, esso è stato qualificato di volta in volta come (j) una convenzione accessoria o (jj) una modalità della cessione oppure (jjj) come un accordo autonomo; con la notazione che – quale sia la qualificazione attribuita al patto – i suoi effetti non mutano¹⁴, donde il cedente "risponde come un fideiussore" del

¹³ Secondo Cass. 9.8.1990, n. 8098, cit., «è possibile, nei rapporti tra cedente e cessionario, l'inserimento di obbligazioni aggiuntive, purché le stesse abbiano oggetto diverso da quello del contratto ceduto, non siano con esso configgenti e non alterino comunque il primitivo assetto del sinallagma» giacché «la cessione del contratto presuppone che l'oggetto dell'obbligazione rimanga immutato, nel senso che, se pur non possano escludersi modificazioni marginali, tuttavia queste non devono concernere gli elementi essenziali del contratto, che devono, invece, rimanere sostanzialmente invariati».

¹⁴ Attribuisce una rilevanza molto limitata al profilo strutturale della clausola di garanzia CICALA R., *Cessione del contratto*, in *Enc. Dir.*, VI, Milano, 1960, p. 900; *Id.*, *Il*

contraente ceduto, come espressamente previsto dalla disposizione codicistica, invero più attenta a determinare gli effetti della clausola anziché a definire esattamente gli elementi della fattispecie normativa.

In presenza di un dato normativo molto scarno, che non agevola la ricostruzione della fattispecie tipica, la sua riconduzione all'una o all'altra categoria negoziale è stata dettata forse più dall'impostazione metodologica dei singoli autori piuttosto che da una valutazione specifica degli esigui elementi a disposizione dei giuristi, molti dei quali si sono limitati, il più delle volte, a scegliere apoditticamente tra le qualificazioni giuridiche proposte dai primi commentatori delle norme in tema di cessione del contratto, all'indomani della emanazione del vigente codice civile.

Secondo una prima ricostruzione, risalente al Carresi, il patto di garanzia è considerato una «determinazione accessoria che gli stipulanti possono apporre alla cessione del contratto»¹⁵, laddove è necessario intendersi sul termine 'stipulanti': se, come è probabile, per 'stipulanti' devono intendersi le 'parti' della cessione, allora la concezione della clausola di garanzia quale accessorio della cessione risulterebbe compatibile solo con l'ipotesi della struttura bilaterale del negozio di cessione (che vede quali "stipulanti" il cedente e il cessionario, ad esclusione del contraente ceduto, la cui dichiarazione non entrerebbe a far parte della stipulazione). Qualora, infatti, la cessione venisse considerata quale contratto trilaterale¹⁶, gli 'stipulanti' della clausola risulterebbero diversi dagli 'stipulanti'

negozio di cessione del contratto, cit., pp. 160-161, secondo il quale «non può avere rilevanza, al fine di identificare la struttura del contratto di cessione, l'esame di questo profilo eventuale della fattispecie».

¹⁵ Così CARRESI F., voce *Cessione del contratto*, in *Noviss. Dig. it.*, III, Torino, 1957, p. 152; ID., *La cessione del contratto*, cit., p. 79, il quale lo include tra i patti accessori, insieme alla dichiarazione del ceduto di non liberare il cedente ed alla riserva del ceduto di opporre al cessionario le eccezioni fondate sui rapporti con il cedente; v. anche MIRABELLI G., *Dei contratti in generale*, cit., p. 430.

¹⁶ Ancora oggi discussa è la natura da attribuire al consenso del debitore ceduto (art. 1406 c.c., ult. parte: "purché l'altra parte vi consenta"): se cioè debba considerarsi un elemento esterno al negozio di cessione (presupposto di efficacia, condizione) oppure se esso entri a far parte della struttura negoziale, configurandosi così la cessione come un contratto trilaterale.

Tra i primi giuristi a sostenere la struttura trilaterale della cessione, NATOLI U., *Alcuni aspetti della cessione del contratto*, cit., p. 323, il quale ritiene «comune a tutte e tre le parti l'intento del trasferimento del rapporto», affermando altresì che "se manca o sinché manca il consenso del ceduto, l'accordo non si forma; il negozio di cessione non è perfetto". Opta per la stessa costruzione ANDREOLI M., *op. cit.*, p. 57, il quale, tuttavia, non si pronuncia apertamente sulla natura del patto di garanzia; v. anche, MIRABELLI G., *Dei contratti in generale*, cit., p. 425 e FERRI S., *op. cit.*, p. 1863. Sottolinea

della cessione, tra i quali sarebbe ricompreso anche il contraente ceduto, il quale resterebbe, invece, del tutto estraneo alla conclusione del patto di garanzia in esame.

Non persuade, inoltre, la qualificazione della clausola di garanzia come una modalità della cessione, sia sotto il profilo soggettivo anzidetto sia perché la tesi sembra confliggere con la caratteristica della mera accidentalità del patto rispetto al negozio di cessione, già perfetto e completo in tutti i suoi elementi anche senza tale clausola, come si inferisce dalla lettura del comma 2 dell'art. 1410 c.c.

Un diverso orientamento dottrinale ravvisa, invece, nel patto di garanzia un accordo affatto autonomo rispetto alla cessione, cui ad ogni modo accede, di talché «è il cedente che si vincola di fronte al cessionario, con un negozio autonomo, che non abbisogna del consenso del ceduto e che non si inserisce minimamente nel meccanismo della cessione»¹⁷.

Tale ricostruzione risulta pienamente compatibile con la struttura della cessione quale negozio trilaterale, alla cui conclusione non può mancare l'assenso del contraente ceduto¹⁸, che viene ad assumere un ruolo fondamentale nel perfezionamento del contratto; il patto di garanzia intercorrerebbe,

la natura unitaria e necessariamente plurilaterale, ANELLI F., *Cessione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, II, p. 276. *Contra*, MESSINEO F., *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1948, p. 366-367, secondo il quale «la cessione si attua mediante contratto tra cedente e cessionario».

Costante ed unanime l'orientamento della Suprema Corte, la quale, sin dalle prime pronunce dopo l'entrata in vigore del Codice del 1942, ha configurato la cessione come un «contratto plurilaterale, perché vi intervengono tre soggetti con posizione giuridica diversa, ma interdipendenti, così che l'accertamento del negozio non può seguire che in confronto di tutti e tre i soggetti» (*ex multis*, Cass., sez. III, 14.3.1957, n. 852, in *Giust. civ.*, 1957, I, p. 1595 e la più recente, Cass., sez. III, 15.3.2004, n. 5244, in *Giust. civ. mass.*, 2004, p. 3, secondo cui la cessione «si perfeziona quando il proponente (o i proponenti, nel caso di proposta comune tra cedente e cessionario) ha notizia dell'accettazione dell'ultimo dei due destinatari, assumendo pertanto imprescindibile rilievo al riguardo (pure) il consenso del contraente ceduto»); precisa, inoltre, Cass. 25.8.1986, n. 5159 (in *Giust. civ. mass.*, 1986, fasc. 8-9) che il consenso del contraente ceduto «è essenziale per conoscere il momento di efficacia della sostituzione ai fini della liberazione del cedente».

¹⁷ NATOLI U., *op. cit.*, p. 325; nello stesso senso, CLARIZIA R., *La cessione del contratto*, cit., p. 164.

¹⁸ Il consenso, peraltro, non deve necessariamente passare attraverso una dichiarazione espressa, potendo essere anche tacito (Cass., sez. III, 15.3.2004, n. 5244, cit.). In dottrina, ampiamente, NATOLI U., *op. cit.*, p. 327; CARBONE V., *op. cit.*, p. 286; si veda, anche, DE NOVA G., *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, Padova, 2011, p. 601.

invece, unicamente tra il cedente ed il cessionario, pur traendone comunque beneficio il contraente ceduto, il quale si trova ad acquisire un garante delle proprie obbligazioni senza aver minimamente contribuito al relativo accordo costitutivo, rispetto al quale rimane terzo.

Questa seconda appare, invero, la tesi più condivisibile ed è anche quella più accreditata tra gli studiosi che si sono occupati della natura giuridica del patto in esame.

Vi è poi una tesi intermedia, che cerca di conciliare la qualificazione del patto quale clausola accessoria della cessione con quella del negozio autonomo, tenendo conto anche del problema di individuare quali siano le parti del negozio principale e di quello accessorio: in tale prospettiva, gli effetti del patto di garanzia *ex art. 1410, comma 2, c.c.*, vengono ricondotti alla categoria dei c.d. *effetti accidentali* della cessione¹⁹ ed il patto medesimo viene ascritto al genere dei negozi accessori al contratto di cessione. Del pari accessori vengono considerati gli eventuali accordi tra il cedente ed il ceduto, con i quali il ceduto si riserva il diritto di agire nei confronti del cedente qualora il cessionario non adempia (*ex art. 1408, comma 2, c.c.*) e tra il ceduto ed il cessionario, in virtù dei quali il secondo si riserva di opporre al primo le eccezioni fondate sul rapporto personale con il cedente (*ex art. 1409 c.c.*).

Secondo questa tesi, la caratteristica comune a tali accordi risiede nella circostanza che essi sono conclusi solo tra due dei tre soggetti partecipanti al negozio di cessione, i cui effetti *essenziali* e *naturali* si realizzano indipendentemente dalla esistenza degli accordi accessori, i quali conservano perciò la loro autonomia rispetto al negozio principale.

Tuttavia, è possibile che, in alcuni casi, questi accordi assurgano a negozi determinanti la stipulazione della stessa cessione, laddove la loro conclusione costituisca una *condicio sine qua non* per una delle parti, al fine di procedere alla cessione del contratto: ciò può accadere, ad esempio, proprio con riferimento al patto di garanzia in oggetto, quando il cessionario presti il proprio consenso a subentrare nella posizione contrattuale del cedente,

¹⁹ CRISCUOLI G., *Il negozio di sostituzione e la cessione del contratto*, in *Giust. civ.*, 1957, I, p. 1606, il quale, nel richiamare le pagine del Carresi (*La cessione del contratto*, cit., p. 82) distingue gli effetti del negozio di cessione in effetti *essenziali* (sostanzialmente, il subingresso del cessionario), effetti *naturali* (derivanti dalla legge, ad esempio la garanzia della validità del contratto *ex art. 1410, comma 1, c.c.*) ed effetti *accidentali*, derivanti da determinazioni accessorie, tra le quali rientra a pieno titolo il patto di garanzia *ex art. 1410, comma 2, c.c.* L'Autore configura il patto di garanzia come un negozio autonomo e distinto dal principale, ma accessorio ad esso, giungendo a definire *pura* la cessione senza accordi accessori ed *impura* quella cui accedono tali accordi.

soltanto se quest'ultimo acconsenta a garantire l'adempimento delle obbligazioni del contraente ceduto, rispondendo come un fideiussore.

Ovviamente, il vincolo giuridico che tali negozi (autonomi seppur accessori) creano riguarda esclusivamente i due stipulanti e non già il terzo soggetto, che rimane ad essi estraneo: il rapporto obbligatorio accessorio sorge, pertanto, soltanto tra le parti che hanno stretto il patto (accidentale), tenute perciò ad un adempimento ulteriore, in aggiunta agli obblighi derivanti dal contratto di cessione.

A ben vedere, anche questa tesi, pur evidenziando l'accessorietà del patto di garanzia, giunge alla qualificazione di esso come negozio autonomo.

Ad ulteriore riprova dell'autonomia del patto di garanzia rispetto al negozio principale di cessione del contratto, si consideri che gli effetti prodotti da tale patto sono quelli della fideiussione, della cui natura di negozio autonomo rispetto al rapporto principale non può certo dubitarsi²⁰.

Tuttavia, si deve sottolineare che la clausola di garanzia – in virtù del vincolo di accessorialità rispetto alla cessione – segue il destino di quest'ultima in relazione alla sua validità, con la conseguenza che, una volta dichiarato nullo o annullato il negozio di cessione, l'invalidità travolgerebbe anche il patto di garanzia, analogamente al rapporto che sussiste tra la fideiussione e l'obbligazione principale.

Del pari, non vi è alcun dubbio sulla nullità della clausola di garanzia che afferisce ad una cessione con causa illecita: anzi, in questo caso, il cedente è proprio obbligato a non adempiere²¹.

Se la validità del patto di garanzia è strettamente legata alla validità della cessione cui accede, non così automatico è il rapporto tra la validità della clausola di garanzia e la validità del contratto oggetto della cessione. Si potrebbe ammettere, infatti, l'ipotesi che le parti, nell'esercizio della loro autonomia negoziale, dichiarino che il cedente resti vincolato all'adempimento in luogo del debitore ceduto, anche nel caso in cui l'obbligazione principale risulti invalida: tale ipotesi, tuttavia, dovrebbe rinvenire la

²⁰ Si veda Cass., SS.UU., 5.2.2008 n. 2655, in *Giust. civ. mass.*, 2008, 2, p. 155, secondo la quale «l'obbligazione principale e quella fideiussoria, per quanto fra loro collegate, mantengono una propria individualità non soltanto soggettiva, data l'estraneità del fideiussore al rapporto richiamato dalla garanzia, ma anche oggettiva, in quanto la causa fideiussoria è fissa ed uniforme, mentre l'obbligazione garantita può basarsi su qualsiasi altra causa idonea allo scopo»; Cass., sez. I, 17.1.1996, n. 365, in *Giust. civ. mass.*, 1996, p. 75.

²¹ Al riguardo, il Tribunale di Napoli (sent. 28.10.1983) ha statuito che è ineseguibile in forma specifica ai sensi dell'art. 2932 c.c. l'impegno negoziale a trasferire un terreno in violazione del divieto di lottizzazione abusiva, poiché è inammissibile che si possa eseguire un contratto la cui stipula costituirebbe un reato.

sua premessa nella validità della cessione di un contratto invalido, come sostenuto da autorevole dottrina²².

Inoltre, nell'esercizio della loro autonomia negoziale, le parti ben potrebbero decidere di escludere la garanzia della validità del contratto e pattuire quella relativa all'adempimento del contraente ceduto: in questo caso, v'è da chiedersi quali siano gli effetti della eventuale nullità del contratto ceduto.

Al riguardo, si può ragionare nel modo seguente.

Se dalla violazione dell'obbligo di garantire la validità del contratto discende, come sembra, il dovere di risarcire l'interesse positivo²³ e non soltanto quello negativo, allora, una volta escluso detto obbligo, il cessionario non avrebbe più azione *ex art. 1410* nei confronti del cedente e, pertanto, non potrebbe più realizzare il proprio interesse all'adempimento; gli resterebbe il solo strumento previsto dall'art. 1338 c.c., per conseguire tuttavia il risarcimento del solo interesse negativo, consistente nell'ammontare delle spese sostenute e nella eventuale perdita di *chance*.

Qualora abbia pattuito, però, la clausola di garanzia con il cedente, questa gli consentirebbe nuovamente di ottenere il risarcimento in termini di prestazione mancata e, dunque, dell'interesse positivo.

In questa prospettiva, allora, la funzione della garanzia della validità e quella dell'adempimento sembrerebbero avere il medesimo scopo, ovvero quello di assicurare al cessionario – nel caso di invalidità del contratto ceduto – il conseguimento dell'interesse corrispondente all'adempimento del contratto, nella impossibilità di ottenere dal debitore ceduto la prestazione dedotta nel contratto stesso.

4. Funzione ed effetti della garanzia dell'adempimento e rapporto con la garanzia della solvenza

4.1. La garanzia dell'adempimento del debitore ceduto si rivela in qualche misura anomala rispetto alla funzione del negozio di cessione, giacché l'obiettivo che la cessione mira a realizzare è il trasferimento della

²² BENEDETTI A.M., *op. cit.*, pp. 192-193.

²³ La garanzia della validità è infatti intesa alla realizzazione dell'interesse del cessionario all'adempimento, diminuito della prestazione che il cessionario avrebbe dovuto eseguire in favore del contraente ceduto. Sul punto la dottrina è unanime: BENEDETTI A.M., *op. cit.*, p. 191 ss.; ZACCARIA A., *Cessione del contratto e garanzia della sua validità*, cit., p. 282; ALBANESE A., *op. cit.*, p. 358-359; CLARIZIA R., *La cessione del contratto*, cit., p. 161; CARBONE V., *op. cit.*, p. 353.

posizione contrattuale, con la conseguente completa estromissione del cedente dal rapporto contrattuale²⁴; di contro, la pattuizione della garanzia costringe il cedente a restare ancora coinvolto nel rapporto originario, assumendo tuttavia le inattese vesti di garante delle medesime prestazioni di cui un tempo era stato creditore e rispondendo perciò come un fideiussore della sua originaria controparte.

Il cedente, artefice della cessione, è senza dubbio la figura centrale del meccanismo negoziale da lui stesso avviato. Egli, pur di vedere attuato il trasferimento della propria posizione contrattuale si rende disponibile a sopportare il peso di una duplice garanzia, qualora il contraente ceduto decida di non liberarlo ed il cessionario, dal canto suo, gli chieda di garantire l'adempimento del ceduto medesimo, attraverso gli strumenti all'uopo forniti dalla legge negli artt. 1408, comma 2, e 1410, comma 2, c.c.

Ebbene, per poco che si rifletta, sia la dichiarazione del ceduto sia la richiesta del cessionario nei confronti del cedente appaiono comprensibili e dettate dalla loro visione inevitabilmente parziale della vicenda negoziale che ha visto protagonisti, da un lato, il cedente ed il ceduto, e dall'altro, il cedente ed il cessionario: l'unico a conoscere tutti i dettagli dell'attività svolta e dei rapporti intercorsi tra i vari soggetti è unicamente il cedente, il quale, in linea di principio, potrebbe anche volersi liberare di una posizione contrattuale scomoda o non conveniente, per un verso, facendo subentrare nel contratto un soggetto di cui conosce l'inaffidabilità economica, per l'altro verso.

Non può tacersi, al riguardo, che nella cessione del contratto, a differenza della cessione del credito, rileva la persona dell'altro contraente, specie nel caso in cui la posizione contrattuale ceduta inerisca ad un negozio *intuitu personae*²⁵.

Ed allora, nel timore dell'eventuale comportamento disonesto posto in essere dal cedente, è a quest'ultimo che il cessionario (al pari, del resto, del ceduto) rivolgerà le proprie richieste, in ragione di una possibile diffidenza verso il ceduto (che potrebbe anche essere reciproca), ragion per cui il legislatore ha predisposto lo strumento della garanzia *ex art. 1410, comma 2* (che resta tuttavia meramente accidentale).

²⁴ Una prima ed efficace ricostruzione della cessione del contratto, cui consegue la posizione del cedente quale *estraneo* al rapporto, v. PULEO S., *La cessione del contratto*, Milano, 1939, p. 73 ss.

²⁵ Tali sono considerati, in particolare, i contratti della P.A., specie nel settore degli appalti, laddove vige il divieto di cessione (art. 118, D.Lgs. 12.4.2006, n. 163), fatte salve alcune ipotesi.

In assenza di tale garanzia, il cedente ha il diritto di conseguire dal cessionario il prezzo della cessione anche in mancanza dell'adempimento da parte del ceduto ed il rischio contrattuale rimane interamente a carico del cessionario, il quale, subentrando al cedente in tutte le situazioni giuridiche soggettive (sia attive che passive) derivanti dal contratto, è destinato a subire gli effetti dell'alea contrattuale, al pari di quanto sarebbe accaduto al suo *dante causa*: in assenza della clausola di garanzia dell'adempimento, pertanto, al cessionario resta solo la possibilità di opporre l'eccezione *inadimpleti contractus* al ceduto e, se del caso, agire in giudizio nei suoi confronti per chiedere l'adempimento o la risoluzione del contratto²⁶.

La funzione del patto di garanzia appare, allora, proprio quella di tenere indenne il cessionario dal rischio dell'inadempimento della controparte e soddisfare perciò il suo interesse a vedere realizzati, non già gli effetti della cessione (che consistono nel trasferimento della posizione contrattuale e derivano dall'accordo trilaterale), ma gli effetti del contratto originario, oggetto della cessione.

A fronte della sottoscrizione del patto di garanzia, è presumibile che il cedente consegua un'eventuale prestazione corrispettiva da parte del cessionario, secondo gli accordi, così completandosi lo schema causale relativo al patto stesso.

4.2. Strettamente connessa alla riflessione sulla causa del patto di garanzia è quella sull'oggetto, da rinvenirsi nella «garanzia dell'adempimento del contratto»: tale espressione sollecita il confronto con la parallela «garanzia della solvenza del debitore», prevista dall'art. 1267 in tema di cessione del credito e che ha costituito l'antecedente storico del patto di garanzia *ex art. 1410, comma 2*, come già accennato²⁷.

Entrambe le garanzie sono di natura pattizia e sono state considerate di carattere eccezionale rispetto alla disciplina regolare delle garanzie in materia di cessione del credito e di cessione del contratto²⁸.

²⁶ Cfr. ANDREOLI M., *op. cit.*, p. 64.

²⁷ V. *supra*, § 2. Si ritiene generalmente che la garanzia dell'adempimento del contratto sia modellata su quella prevista in tema di cessione del credito, sebbene di contenuto diverso: BRIGANTI E., *Cessione del contratto*, cit., p. 10; CICALA R., *Cessione del contratto*, cit., p. 901, rileva «l'identità di struttura negoziale nel senso che il negozio di cessione del contratto comprende il congegno negoziale della cessione del credito (oltre a quello dell'accollo del debito)».

²⁸ Cfr. PERLINGIERI P., *La cessione di crediti ordinari e "d'impresa"*, Napoli, 1993, p. 61; ID., *Cessione del credito*, in *Enc. Giur.*, IV, Roma, 1988, p. 11; DOLMETTA A.A., *Cessione dei crediti*, in *Digesto civ.*, II, Torino, 1987, p. 326.

È opportuno, allora, chiarire le differenze che corrono tra l'una e l'altra clausola.

Di agevole individuazione appare l'oggetto della clausola di garanzia dell'adempimento in tema di cessione del contratto: il cedente si obbliga ad eseguire esattamente la prestazione posta a carico del contraente ceduto, rispondendo "come un fideiussore", perciò in via solidale con quest'ultimo.

Altro è, invece, la garanzia della solvenza *ex art. 1267 c.c.*, laddove la solvenza deve essere intesa come 'possibilità' di realizzazione del credito, risultando così disgiunta dall'adempimento.

Ed infatti, l'eventuale situazione di insolvenza si potrà verificare anche prima della scadenza del termine per l'adempimento, con la conseguenza che, per un verso, il cessionario non dovrà attendere l'inadempimento per poter far valere la garanzia (in presenza della prova dell'insolvenza), e per altro verso, sarà tenuto a dimostrare l'insolvenza del debitore ceduto anche dopo la scadenza del termine per l'adempimento, al fine di avvalersi della garanzia nei confronti del cedente²⁹.

4.3. La distinzione tra garanzia della solvenza e garanzia dell'adempimento si riflette sulla diversa responsabilità del garante, sotto il profilo degli effetti.

L'art. 1410, comma 2, richiama espressamente la responsabilità del fideiussore («se il cedente assume la garanzia dell'adempimento del contratto, egli risponde come un fideiussore»); il garante *ex art. 1267*, comma 1, invece, «risponde nei limiti di quanto ha ricevuto; deve inoltre corrispondere gli interessi, rimborsare le spese della cessione e quelle che il cessionario abbia sopportato per escutere il debitore, e risarcire il danno». Aggiunge, altresì, il legislatore che «ogni patto diretto ad aggravare la responsabilità del cedente è nullo».

Orbene, mentre il cessionario del contratto potrà conseguire una tutela di tipo soddisfacente ottenendo dal cedente l'esecuzione della prestazione rimasta inadempita dal ceduto, il cessionario del credito potrà conseguire, invece, una tutela meramente restitutoria, all'esito della prova dell'insolvenza totale o parziale dell'obbligato. A ciò si aggiunga che, nell'ambito della disciplina della cessione del credito, per espressa previsione del legislatore «la garanzia cessa se la mancata realizzazione del

²⁹ Sulla garanzia della solvenza, PERLINGIERI P., *Le cessioni di crediti ordinari e "d'impresa"*, cit., p. 61 ss., il quale evidenzia la necessità che il cessionario provi l'insolvenza del debitore ceduto e la sua diligenza nell'iniziare o proseguire le istanze nei confronti del non adempiente.

credito per insolvenza del debitore è dipesa da negligenza del cessionario nell'iniziare o nel proseguire le istanze contro il debitore stesso» (art. 1267, comma 2, c.c.).

Pertanto, qualora il cedente di un credito dimostrasse che il cessionario conosceva o avrebbe potuto conoscere il pericolo per la realizzazione del credito medesimo e non aveva iniziato o proseguito le istanze opportune, si attuerebbe il meccanismo estintivo previsto dalla norma ed il cessionario perderebbe la garanzia pattuita.

Si osserva, tuttavia, al riguardo che il diligente comportamento del cessionario non deve necessariamente consistere nella escussione del patrimonio del debitore, giacché la prova della insolvenza potrebbe essere raggiunta anche in maniera diversa³⁰.

Orbene, alla luce delle differenze sostanziali tra la garanzia dell'adempimento del contratto e quella della solvenza del debitore, l'eventuale confronto tra esse risulta ammissibile solo al fine di evidenziarne le palesi diversità, sia con riguardo alle fattispecie sia con riguardo agli effetti³¹, atteso che colui che cede la posizione contrattuale si obbliga, come un fideiussore, a soddisfare interamente l'interesse positivo, senza limitazione alcuna (salvo patto contrario *ex art. 1942 c.c.*), a differenza di colui che cede il credito, il quale risponde entro i limiti dell'interesse negativo.

5. Rinvio alla disciplina della fideiussione. La responsabilità del cedente verso il cessionario a confronto con quella verso il ceduto

Per esplicita affermazione dei redattori del codice civile, la responsabilità del cedente *ex art. 1410, comma 2*, è di tipo solidale e comporta l'applicazione della disciplina contenuta nell'*art. 1942 c.c.*³²: ciò significa che il cedente è tenuto alla più ampia soddisfazione dell'interesse del

³⁰ PERLINGIERI P., *La cessione dei crediti ordinari e "d'impresa"*, cit., p. 63.

³¹ CLARIZIA R., *La cessione del contratto*, cit., p. 165; BENEDETTI A.M., *op. cit.*, p. 194; FERRI S., *op. cit.*, p. 1863. Al riguardo, va evidenziata la posizione *sui generis* di CICALA R., *Il contratto*, cit., p. 163, il quale afferma che «la diversità di disciplina che concerne un eventuale effetto della cessione del credito e della cessione del contratto [...] non contraddice l'identità strutturale» fra le due fattispecie.

³² Si legge nella Relazione al Codice Civile n. 642: «Se vi è espressa garanzia dell'adempimento, il cedente assume la posizione di fideiussore (art. 1410, secondo comma), e quindi risponde verso il cessionario in via solidale con il contraente ceduto (art. 1944, primo comma) nei limiti dell'art. 1942, con esclusione perciò della responsabilità per i danni».

cessionario («la fideiussione si estende a tutti gli accessori del debito principale, nonché alle spese per la denuncia al fideiussore della causa promossa contro il debitore principale e alle spese successive»), con l'unica esclusione della responsabilità per i danni, la cui ragione potrebbe risiedere nella circostanza che, con l'adempimento da parte del cedente, viene eliminata la possibilità di produzione di danni in conseguenza dell'inadempimento del ceduto³³.

Va segnalato, poi, che la disposizione dell'art. 1410, comma 2, prescrive espressamente che il cedente "risponde come un fideiussore", con ciò fissando un discrimine tra colui che riveste *ab origine* la qualifica di fideiussore a seguito della stipula di un apposito negozio ed il cedente che assume le vesti del fideiussore, quale effetto ricollegato dalla legge alla stipula del patto di garanzia, il quale, tuttavia, non ha natura fideiussoria³⁴.

Vero è che, sul piano della responsabilità, non sembra di rinvenire differenze tra le due posizioni³⁵, sicché – pur volendo accogliere la tesi secondo la quale il garante non è un fideiussore, ma *risponde* come tale – la distinzione verrebbe ad assumere un mero interesse ricostruttivo, priva tuttavia di utilità applicativa.

Una volta chiarita la sussistenza della responsabilità solidale tra il cedente ed il ceduto, è opportuno chiedersi se sia necessaria o meno l'escussione del patrimonio di quest'ultimo prima che il cessionario possa avanzare richieste nei confronti del garante: a rigore, in conformità della disciplina delle obbligazioni solidali, si dovrebbe rispondere in senso negativo, tenuto conto dell'espressa previsione nella Relazione al Codice Civile circa l'applicabilità alla fattispecie in esame della disposizione contenuta nell'art. 1944, comma 1³⁶, a meno che gli stipulanti non abbiano

³³ Cfr. MESSINEO F., *Dottrina generale del contratto*, cit., p. 424, il quale sottolinea, al riguardo, l'aspetto della responsabilità solidale tra il cedente ed il contraente ceduto.

³⁴ FRAGALI M., *Fideiussione – mandato di credito*, in *Comm. Scialoja Branca, Libro IV. Obbligazioni (artt. 1936-1959)*, Bologna-Roma, 1968, p. 42, esclude la natura fideiussoria del patto di garanzia, sostenendo che il legislatore ha esteso l'applicazione dei principi della fideiussione ad una «situazione che, a causa della sua peculiarità, non l'avrebbe potuto permettere».

³⁵ ALBANESE A., *op. cit.*, p. 381, osserva al riguardo che «ferma l'applicazione delle norme sulla fideiussione, rimane oscura la natura della garanzia, ossia se essa sia accessoria o autonoma rispetto al negozio di cessione»; CARBONE V., *La cessione del contratto*, cit., p. 356, segnala le perplessità della dottrina sulla parificazione normativa della posizione del cedente a quella del fideiussore.

³⁶ Secondo CARRESI F., *La cessione del contratto*, cit., p. 107, il cedente, diversamente da ciò che avviene nell'ipotesi in cui sia responsabile verso il ceduto per le obbligazioni gravanti sul cessionario, può essere convenuto dal cessionario per il pagamento anche

convenuto espressamente il *beneficium excussionis* in favore del cedente. In questo caso, il garante è tenuto ad eseguire la prestazione soltanto quando il creditore abbia fornito la prova della infruttuosità (in tutto o in parte) dell'azione esecutiva sui beni del debitore principale, con ciò assurgendo l'escussione del patrimonio del ceduto a presupposto dell'esigibilità della prestazione gravante sul cedente.

Tuttavia, in assenza di un'espressa pattuizione in tal senso, si ripropone l'annoso dibattito circa la parificazione della posizione del fideiussore a quella del debitore principale nel caso di fideiussione solidale³⁷: a tale riguardo, illustre dottrina ha ritenuto compatibile la nozione di solidarietà con quella di sussidiarietà³⁸, donde l'attribuzione al creditore dell'onere di richiedere l'adempimento al debitore principale (*beneficium ordinis*) prima di rivolgere la propria pretesa nei confronti del garante.

Ebbene, applicando al patto di garanzia in esame i principi elaborati sul terreno delle garanzie personali, il cessionario potrà far valere la responsabilità del cedente, soltanto dopo che la richiesta al ceduto abbia dato esito negativo, nel rispetto della natura sussidiaria dell'obbligazione fideiussoria.

Individuati così gli effetti del patto di garanzia in quelli tipici della fideiussione, è lecito domandarsi, a questo punto, se debbano reputarsi analoghi gli effetti prodotti dalla dichiarazione del ceduto di non liberare il cedente, ai sensi dell'art. 1408, comma 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»).

Anche in questo caso, può tornare utile il riferimento alla disciplina della cessione del credito, laddove la regola è quella della "liberazione del cedente"³⁹, sebbene sia fatta salva la diversa volontà delle parti, sia nei rapporti tra cedente e cessionario che nei rapporti tra cedente e ceduto.

Così, in tema di cessione del contratto, come il cessionario può esigere dal cedente la garanzia dell'adempimento del contratto, del pari il

prima che si sia verificato un inadempimento da parte del ceduto, che è il debitore principale; tuttavia, la sua posizione resta isolata. *Contra*, Carbone V., *op. cit.*, p. 331.

³⁷ Sul rapporto tra l'obbligazione del fideiussore e quella del debitore principale, si veda un ampio resoconto delle posizioni dottrinali in CORRIAS P., *Garanzia pura e contratti di rischio*, Milano, 2006, p. 392 ss.

³⁸ RESCIGNO P., *Delegazione (Dir. civ.)*, in *Enc. Dir.*, XI, Milano, 1962, p. 949.

³⁹ Come evidenziato da PULEO S., *op. cit.*, il quale, prima dell'entrata in vigore del nuovo codice civile del 1942 rilevava come «la trasmissione del rapporto contrattuale in testa al cessionario rende il cedente del tutto estraneo a questo rapporto [...] non spetta a lui alcun obbligo».

contraente ceduto – pur prestando il proprio consenso al perfezionamento del negozio di cessione – può dichiarare di non liberare il cedente dalle obbligazioni da questi originariamente assunte e poi trasferite al cessionario (art. 1408, comma 2): in entrambi i casi, il cedente risponderà in via sussidiaria, ma mentre nel primo caso, egli assume *ex novo* la garanzia dell'adempimento di obbligazioni che prima non gli appartenevano (delle quali anzi era originariamente il creditore), nel secondo caso invece la sua posizione degrada da debitore principale a garante nei confronti del contraente ceduto.

Quanto alla equiparazione della posizione del cedente a quella del fideiussore, con riguardo ai rapporti tra cedente e ceduto, si è osservato che mentre la garanzia fideiussoria sorge per volontà del garante-fideiussore, nella cessione del contratto, invece, la garanzia si pone quale effetto *ex lege* della dichiarazione del contraente ceduto *ex art. 1408, comma 2*⁴⁰: il cedente assume le vesti di garante del cessionario, ma risponde solo in caso di inadempimento di quest'ultimo, trattandosi di una responsabilità sussidiaria rispetto al vincolo che si costituisce tra il ceduto e il cessionario per effetto della cessione. A tal fine non è necessaria l'escussione del patrimonio del cessionario, ma è necessaria la semplice richiesta avanzata nei suoi confronti⁴¹.

A ben vedere, allora, la responsabilità del cedente verso il cessionario *ex art. 1410, comma 2*, e la responsabilità derivante dalla dichiarazione *ex art. 1408, comma 2*, si rivelano equiparabili tra loro *quoad effectum* nonché derivanti entrambe da dichiarazioni negoziali aventi lo scopo ben preciso di escludere l'effetto tipico della cessione del contratto, ovvero quello della liberazione del cedente.

6. La forma del patto di garanzia

Dal punto di vista della struttura, come sopra accennato, il patto si presenta come un accordo bilaterale, intercorrente tra il cedente ed il cessionario, che si stipula secondo le norme proprie dei contratti in generale e che, ovviamente, può essere concluso sia contestualmente al negozio di cessione del contratto sia successivamente ad esso, con un atto separato.

Il problema principale, sotto il profilo strutturale, è quello di verificare se il negozio in questione si configuri come fattispecie "debole" – ovvero

⁴⁰ Così CARRESI F., *La cessione del contratto*, cit., p. 98, il quale individua in questo caso una "responsabilità sussidiaria in via di regresso".

⁴¹ Così la Relazione ministeriale § 642; NATOLI U., *op. cit.*, p. 325.

che richiede la sussistenza di soli tre requisiti per la sua validità (accordo, causa, oggetto) – oppure debba rivestire anche la forma scritta sotto pena di nullità, ai sensi dell'art. 1325, n. 4, c.c.

A tal fine, muoviamo dal dato normativo contenuto nell'art. 1350 c.c.: scorrendo l'elenco degli atti che devono farsi per iscritto, non si rinviene la cessione del contratto e, per essa, la clausola costitutiva della garanzia in esame, dovendosi reputare, a rigore, che tale contratto sia valido in qualsiasi forma sia stato concluso⁴².

La forma scritta, invece, è richiesta espressamente per la cessione d'azienda (art. 2556 c.c.), per la cessione di quote di s.r.l. (art. 2479 c.c.), nonché nel caso di contratto concluso con il calciatore (art. 95 del regolamento Figc)⁴³.

Una forma particolare si rinviene nel caso del c.d. "stabilito", mediante il quale il contraente originario presta preventivamente il consenso alla cessione.

Tuttavia, al di fuori di tali casi, la dottrina pressoché unanime non ha esitato ad affermare che la cessione – quale 'negozio di secondo grado' – deve rivestire per la sua validità la stessa forma prescritta per il contratto-base⁴⁴.

Nel solco tracciato dalla dottrina si inserisce l'orientamento dei giudici di legittimità, i quali – argomentando dagli artt. 1351, 1392 e 1403 c.c., applicati in via analogica – hanno accolto la tesi della "forma *per relationem*" anche per il negozio di cessione, che deve rivestire la stessa forma richiesta per il contratto oggetto della cessione medesima⁴⁵.

⁴² MESSINEO F., *Dottrina generale del contratto*, cit., p. 424.

⁴³ A quest'ultimo riguardo, si veda ORLANDI M., *Ostacoli alla libera circolazione dei calciatori e numero massimo di "stranieri comunitari" in una squadra: osservazioni in margine alla sentenza Bosman*, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 601.

⁴⁴ La dottrina ha qualificato la cessione come negozio di secondo grado, sebbene non intercorra tra le stesse parti e non abbia quale oggetto immediato il contratto-base, ma solo la posizione contrattuale di un soggetto di esso: CARBONE V., *op. cit.*, p. 302 ss.; ANDREOLI M., *op. cit.*, p. 1602; CARRESI F., *La cessione del contratto*, p. 76 ss., il quale rileva come, in assenza della estensione dell'onere della forma ai negozi di secondo grado, esso sarebbe facilmente eludibile dalle parti mediante una successiva modificazione, non formale, del contratto; nello stesso senso, anche CRISCUOLI G., *op. cit.*, p. 1603; VENOSTA F., *La forma dei negozi preparatori e revocatori*, Milano, 1997, p. 40.

⁴⁵ Sulla forma della cessione del contratto, si veda Cass. 1.8.2001, n. 10498, in *Riv. notariato*, 2002, II, p. 184; Cass. 6.11.1999, n. 12384, in *Giust. civ. mass.*, 1999, p. 2207, con riferimento alla cessione del contratto di lavoro; Cass., sez. II, 24.6.1992, n. 7752, in *Giust. civ. mass.*, 1992, fasc. 6, sulla forma della cessione di permuta immobiliare; Cass. 1.2.1993 n. 1216, in *Giust. civ. mass.*, 1993, p. 188. Dall'orientamento giurisprudenziale

Nel rispetto di tali orientamenti, si deve ritenere che il patto di garanzia, che afferisce alla cessione di un contratto per il quale è richiesta la forma scritta, debba essere anch'esso stipulato per iscritto, a pena di nullità, mentre negli altri casi la forma è da considerarsi irrilevante per il diritto, ai fini della validità dell'atto.

Un problema forse più importante si pone, invece, con riguardo alla forma *ad probationem* del patto in questione, nel caso di una cessione per la cui validità non sia richiesta la forma scritta⁴⁶.

In assenza di un documento scritto, infatti, al cessionario potrebbe risultare oltremodo gravoso offrire la prova della stipula del patto di garanzia, nel corso di un eventuale giudizio intentato nei confronti del cedente, sebbene la prova del patto possa essere fornita, in linea di principio, con qualsiasi mezzo, anche con presunzioni.

In siffatte ipotesi – ancor prima di fornire la prova del patto di garanzia – si potrebbe porre il problema di dimostrare l'avvenuta cessione, come, ad esempio, nel caso in cui il consenso del contraente ceduto fosse stato tacito⁴⁷.

Quanto alla trascrizione – pur non essendo espressamente prevista dalla legge per il negozio di cessione – essa è necessaria laddove il contratto sia destinato ad attuare un trasferimento immobiliare, mentre deve reputarsi non necessaria con specifico riguardo al patto di garanzia.

Sotto il profilo fiscale, infine, si rileva come le relative imposizioni gravino sui trasferimenti attuati mediante la cessione, secondo il regime previsto dalle leggi in materia: l'eventuale stipulazione della garanzia dell'adempimento del contraente ceduto potrà comportare l'indicazione del valore della fideiussione, la quale sconterà la tassazione con l'aliquota prevista nei casi dell'art. 6 della Tariffa Parte Prima del D.P.R. n. 131/1986.

che ha ritenuto applicabili in via analogica le norme sulla forma, trae ulteriore conferma la critica al principio della libertà delle forme, argomentato con la logica stringente di IRTI N., *Studi sul formalismo negoziale*, Padova, 1997.

⁴⁶ Sul rapporto tra forma e prova nella cessione del contratto, v. LEFRI A., *La forma della cessione del contratto*, Padova, 1993.

⁴⁷ Il relativo onere spetterà ovviamente a chi intende avvalersi della cessione: Cass. 15.6.1973, n. 1758, in *Giust. civ. mass.*, 1973, fasc. 5.

Scheda dettagliata
Catalogo SBN

Ricerca: Tutti i campi = clausole confortini (parole in AND)

Scheda: 2/4

Livello bibliografico: Monografia

Tipo documento: Testo a stampa

Autore principale:

Confortini, Massimo <1954- >

Titolo:

Clausole negoziali : profili teorici e applicativi di clausole tipiche e atipiche / Massimo Confortini

Pubblicazione:

[Assago] : UTET giuridica, 2017

Descrizione fisica:

XXXI, 1614 p. ; 25 cm.

Numeri:

[ISBN] 978-88-598-1636-2

[BNI] IT 2017-2587

Nomi:

Confortini, Massimo <1954- > [scheda di autorità]

Soggetti:

Contratti - Clausole - Italia

Classificazione Dewey:

346.45022 (23.) DIRITTO PRIVATO. CONTRATTI. ITALIA

Lingua di pubblicazione:

ITALIANO

Paese di pubblicazione:

ITALIA

Codice identificativo:

IT\ICCU\MIL\0928081

Permalink:

<http://id.sbn.it/bid/MIL0928081>