

L'INTERVENTO DEL TERZO NELL'ADEMPIMENTO DELL'OBBLIGAZIONE ALTRUI

Approvato dall'Area Scientifica – Studi Civilistici il 10 febbraio 2016

Lo studio in sintesi (Abstract): *L'intervento di un terzo nell'adempimento dell'obbligazione altrui non necessita mai di una espressa giustificazione basata sui rapporti interni tra terzo e debitore originario (cd. rapporto di provvista). Infatti l'adempimento del terzo ma anche la datio in solutum ad opera del terzo si giustificano causalmente soltanto in base al cd. rapporto di valuta sul quale incidono immediatamente determinandone l'estinzione (salva la eventuale surroga del terzo nei diritti del creditore); parimenti la delegazione di pagamento non è causalmente fondata sul rapporto di provvista ma solo sul cd. iussum delegatorio (mandato conferito dal delegante al delegato) che è autonomo rispetto al rapporto di provvista che invece giustifica il "conteggio" della prestazione effettuata al delegatario dal delegato nei suoi rapporti con il delegante.*

Sommario: .1 Le varie tipologie di intervento del terzo nell'adempimento dell'obbligazione altrui. 2. La natura giuridica dell'intervento terzo nell'adempimento dell'obbligazione altrui. 3. La realtà quale caratteristica dell'intervento del terzo nell'adempimento dell'obbligazione altrui. 4. La nozione di terzo. 5. La rilevanza dei rapporti di valuta e provvista nell'ambito del fenomeno dell'intervento del terzo.

1. Le varie tipologie di intervento del terzo nell'adempimento dell'obbligazione altrui.

L'intervento di un terzo nella fase di attuazione del rapporto obbligatorio è un fenomeno che ha suscitato notevole interesse sia per la complessità delle situazioni giuridiche che da esso scaturiscono, sia per la rilevanza che può assumere per meglio chiarire alcuni aspetti particolarmente significativi dei concetti di adempimento e di obbligazione ⁽¹⁾. A seguito del predetto intervento del terzo, attorno all'originaria obbligazione vengono a ruotare almeno altri due rapporti giuridici: tra debitore originario e terzo, che generalmente (ma non necessariamente) preesiste all'intervento del terzo e che legittima e giustifica da un punto di vista economico (ma anche eventualmente da un punto di vista giuridico) l'intervento di quest'ultimo e tra terzo e creditore che può assumere varie qualificazioni.

In alcune ipotesi l'intervento del terzo può determinare la realizzazione dell'interesse del creditore, in modo che il rapporto obbligatorio preesistente o si estingue integralmente e definitivamente o quanto meno cessa di esistere tra i contraenti originari (adempimento del

terzo); in altre ipotesi addirittura l'intervento del terzo può determinare la nascita di nuovi rapporti obbligatori (si pensi, nella delegazione di pagamento, ai casi in cui non preesista un originario rapporto obbligatorio tra delegante e delegatario ed il pagamento venga utilizzato proprio per costituire una ragione di credito del primo nei confronti del secondo) ⁽²⁾.

In altri casi, invece, l'intervento del terzo può dar luogo soltanto alla realizzazione per equivalente dell'interesse del creditore ovvero di un suo surrogato (cd. delegazione di *datio in solutum* e prestazione in luogo dell'adempimento ad opera del terzo). Tuttavia, le medesime fattispecie possono essere analizzate in una diversa prospettiva differenziando i casi in cui il terzo agisce senza far alcun riferimento ai suoi rapporti con l'originario debitore (adempimento del terzo e *datio in solutum* del terzo) e le ipotesi in cui invece il *solvens* manifesta al creditore il suo agire per conto del debitore originario (delegazione di pagamento ovvero, delegazione di *datio in solutum*).

L'indagine, pertanto, si rivolgerà in particolare allo studio di questi fenomeni: 1) l'intervento "autonomo" del terzo finalizzato allo svolgimento del medesimo congegno cui era tenuto il debitore originario, in modo che vi sia perfetta corrispondenza (se non altro dal punto di vista economico) tra quanto dovuto originariamente dal debitore ed il risultato dell'attività del terzo (cd. adempimento del terzo); 2) l'intervento del terzo finalizzato allo svolgimento di un'attività che determini un risultato sia giuridicamente che economicamente diverso (seppur da considerarsi soggettivamente equivalente) rispetto a quanto dovuto dal debitore originario (cd. prestazione in luogo dell'adempimento da parte di un terzo); 3) l'intervento del terzo il quale nell'adempiere l'obbligazione altrui manifesta al creditore il suo agire per conto del debitore originario (delegazione di pagamento).

Nel diritto romano di età repubblicana la *obligatio* era espressione di una vera e propria sottoposizione personale del debitore al creditore ⁽³⁾. Con il termine *solutio* si indicava non l'aspetto oggettivo e materialistico dell'adempimento bensì il vero e proprio atto di scioglimento e liberazione del debitore dal vincolo obbligatorio. In questo contesto appariva addirittura quasi naturale che un terzo, anche spontaneamente o in quanto asservito egli stesso, provvedesse, attraverso l'adempimento a liberare (sciogliere) l'obbligato dalla *manus iniectio* o dalla prigionia e ad estinguere l'obbligazione. In questa fase del diritto romano, pertanto, non vi era sostanziale differenza tra adempimento del debitore e del terzo, essendo considerato identico l'effetto consistente nella estinzione *ipso iure* del rapporto obbligatorio e nella soddisfazione dell'interesse del creditore ⁽⁴⁾.

Norme che disciplinano l'adempimento dell'obbligo altrui da parte di un terzo sono presenti in molteplici ordinamenti.

Il legislatore tedesco, ad esempio, ispirato al concetto che l'obbligazione è caratterizzata soprattutto dal dover ricevere da parte del creditore, attribuisce al terzo un'ampia facoltà di intervenire nell'attuazione del rapporto obbligatorio (*Leistung durch Dritte*), a meno che la prestazione dedotta in obbligazione abbia carattere infungibile ⁽⁵⁾.

Nel diritto anglosassone, invece, una disposizione specifica che consenta l'adempimento dell'obbligo altrui non è presente, probabilmente a causa della assenza, in questa codificazione, di un concetto generale di obbligazione. Da punto di vista pratico, tuttavia, il fenomeno è stato comunque analizzato dalla dottrina quanto meno indirettamente attraverso le soluzioni che

vengono prospettate in tema di azioni di restituzione spettanti nei confronti del debitore e/o contro il creditore. Infatti, pur mancando una norma specifica che regoli la fattispecie dell'adempimento di un terzo, lo stesso risultato viene conseguito attraverso il divieto per il terzo di ripetere un pagamento già effettuato che non sia frutto di errore o di altre cause invalidanti. La soluzione prospettata, in realtà, deriva dal principio generale accolto nel diritto anglosassone secondo cui i pagamenti possono essere impugnati esclusivamente per errore o per costrizione illegale ⁽⁶⁾.

Anche nel codice francese (artt. 1236 e 1237); il legislatore transalpino, in realtà, ha soprattutto cercato di tutelare la posizione del debitore evitando che la stessa possa essere pregiudicata dall'intervento non richiesto e non sollecitato da parte del terzo; all'uopo il *code civil* opera un distinguo tra terzo interessato e non interessato, attribuendo solo al primo e non al secondo la possibilità di intervento in quanto avente un legittimo interesse all'adempimento; per quanto riguarda i terzi che non vantano un interesse all'adempimento occorre dimostrare il vantaggio che il debitore può conseguire dall'adempimento da parte di un soggetto estraneo.

Questa impostazione è stata recepita anche dal nostro codice del 1865 il quale all'art. 1238 riproduce la dicotomia terzo interessato – terzo non interessato stabilendo che l'obbligazione può essere estinta non solo con il pagamento fatto da qualunque persona che vi ha interesse, come da un coobbligato o da un fideiussore, ma anche da un terzo che non vi ha interesse, purché questi agisca in nome e per la liberazione del debitore ovvero qualora agisca in nome proprio non venga a subentrare nei diritti del creditore. La norma in oggetto, secondo parte della dottrina, sarebbe stata ispirata da un evidente *favor debitoris* finalizzato ad impedire che la posizione del debitore risultasse aggravata a causa dell'intervento del terzo ⁽⁷⁾. Tuttavia sembra potersi affermare invece che la norma abrogata, in realtà, non fosse ispirata in tutte le fattispecie da essa regolate ad un *favor debitoris*; infatti, il primo comma dell'art. 1238 cod. civ. 1865, nel momento in cui richiedeva per l'estinzione dell'obbligazione da parte di un terzo l'interesse di quest'ultimo, non si preoccupava affatto dell'interesse del debitore originario il quale anzi non necessariamente traeva un vantaggio dall'adempimento del terzo se si tiene conto che, in tal caso, non era certo esclusa la surrogazione del terzo nei diritti del creditore originario.

Ne consegue che già sotto il vigore del codice civile del 1865 il fenomeno dell'adempimento dell'obbligo altrui fosse ispirato, in realtà, alla tutela del diritto del creditore, stante il riconoscimento dell'efficacia solutoria anche alla prestazione da parte del *solvens* che agisse in nome proprio, indipendentemente dalla volontà del debitore e persino contro la volontà di quest'ultimo. L'art. 1238 quindi sembrava prescindere completamente dalla valutazione se, oltre l'interesse del creditore, trovasse soddisfazione anche quello del debitore originario ⁽⁸⁾.

Il Legislatore del '42 ha ritenuto opportuno abbandonare la suddetta distinzione tra soggetto interessato e non interessato procedendo ad una semplificazione della disciplina dell'adempimento del terzo che legittima questi ad adempiere anche contro la volontà e l'interesse del debitore e privilegiando conseguentemente la posizione del creditore il quale vede aumentare i mezzi per ottenere il soddisfacimento del proprio credito ⁽⁹⁾. Il punto peraltro non è pacifico in quanto una parte della dottrina ritiene, invece, che l'art. 1180 c.c., riconoscendo al debitore il potere di opporsi all'adempimento da parte del terzo, tutelerebbe l'interesse del primo ad adempiere ⁽¹⁰⁾. Il rilievo non appare comunque decisivo in quanto il legislatore, se da un lato

consente al debitore di manifestare la sua opposizione all'intervento del terzo, dall'altro non obbliga ma facoltizza soltanto il creditore a rifiutare l'adempimento del terzo. L'art. 1180 c.c., in realtà, antepone l'interesse del creditore al soddisfacimento del proprio credito a quello del debitore ad adempiere personalmente l'obbligazione e a non vedere intaccata la propria sfera giuridico – patrimoniale ⁽¹¹⁾.

Alla luce delle considerazioni riportate in riferimento alla figura dell'adempimento del terzo, sembra possibile affrontare l'ulteriore problematica della ammissibilità di una *datio in solutum* ad opera di un terzo ⁽¹²⁾. Nell'ambito della dottrina italiana, è possibile rinvenire un orientamento favorevole all'ammissibilità di siffatta figura negoziale, stante la possibilità di combinare tra loro le discipline dell'adempimento del terzo e della *datio in solutum* ⁽¹³⁾. Si ha cura di precisare, in questa ipotesi, che tuttavia, mentre nell'adempimento del terzo il rapporto obbligatorio preesistente si esaurisce a seguito dell'attuazione del diritto del creditore ed eventualmente anche a seguito dell'estinzione dell'obbligo del debitore, nel caso di una *datio in solutum* ad opera di un terzo, la prestazione compiuta da questi non è idonea a determinare nessuno dei due effetti sopra indicati in quanto può considerarsi solo un presupposto di fatto sul quale il nuovo negozio giuridico tra terzo e creditore è destinato ad operare ⁽¹⁴⁾. In ogni caso, non sembrano esservi reali ostacoli normativi per affermare la piena ammissibilità di siffatto negozio atipico, soprattutto se si accoglie l'orientamento che ricostruisce la *datio in solutum* come negozio reale ed estintivo dell'obbligazione originaria e non come negozio consensuale e modificativo della stessa ⁽¹⁵⁾.

2. La natura giuridica dell'intervento terzo nell'adempimento dell'obbligazione altrui

Il terzo, nel momento in cui interviene in un precedente rapporto obbligatorio, compie un'attività la cui natura giuridica non è concordemente individuata dalla dottrina. Secondo un orientamento prospettato sotto il vigore del codice civile del 1865, l'adempimento del terzo assumerebbe la veste di vero e proprio contratto, in quanto, mentre l'adempimento da parte del debitore originario può considerarsi come atto dovuto diretto all'attuazione di un obbligo, l'attività del terzo è giuridicamente libera e non vincolata, nella quale domina l'elemento volitivo consistente nell'*animus* di realizzare il diritto del creditore. Tuttavia, l'effetto giuridico che si produce nella sfera giuridica di quest'ultimo non potrebbe essere prodotto senza il suo consenso, in quanto il creditore dispone del suo diritto quando decide di accettare la prestazione compiuta dal terzo; non si tratta, peraltro, di una mera adesione passiva, in quanto si tratterebbe di un intervento attivo, entro certi limiti discrezionale, finalizzato all'attuazione integrale del suo diritto. L'intervento del creditore, si sostanzierebbe, pertanto, in una vera e propria dichiarazione negoziale di accettazione della prestazione del terzo, la quale, fondendosi con quella del *solvens*, determinerebbe la conclusione di un vero e proprio contratto che avrebbe come effetto la realizzazione del diritto del creditore ⁽¹⁶⁾; la liberazione dell'obbligo per il debitore sarebbe, invece, soltanto eventuale, stante la possibilità di surrogazione del terzo nei diritti del creditore ⁽¹⁷⁾.

Questa ricostruzione, seppur autorevolmente sostenuta, non sembra più essere compatibile proprio con il dettato normativo dell'art. 1180 c.c. il quale consente al terzo di adempiere l'obbligo altrui *anche contro la volontà del creditore* ⁽¹⁸⁾. Inoltre, la dissociazione tra realizzazione del diritto del creditore e liberazione dell'obbligo del debitore sembra rompere il concetto unitario di obbligazione che non risulta scalfito, invece, dalla disciplina dell'adempimento del terzo, diretto

proprio alla soddisfazione dell'interesse del creditore ed alla contestuale liberazione del debitore originario.

Questa funzione unitaria della fattispecie di cui all'art. 1180 c.c., peraltro, non è considerata dal legislatore ineliminabile, in quanto attraverso la surrogazione è possibile determinare solo la realizzazione dell'interesse del creditore senza tuttavia produrre anche la liberazione del debitore dall'originario rapporto obbligatorio. L'effetto meramente favorevole che si produce a seguito dell'adempimento del terzo ha portato il Legislatore a non ritenere necessario il consenso del creditore stante la soddisfazione del suo diritto di credito. Tuttavia, se il ruolo della volontà del creditore appare senz'altro sminuito, in quanto rilevante solo nei casi in cui questi ha interesse che la prestazione sia effettuata personalmente dal debitore, non è del tutto pacifico in dottrina il ruolo riservato dal legislatore alla volontà del terzo adempiente e, più in particolare, se l'intervento di quest'ultimo rivesta o meno natura negoziale.

Secondo un primo orientamento, l'adempimento del terzo dovrebbe considerarsi atto dovuto. Infatti, una volta che il terzo abbia dichiarato di voler effettuare la prestazione altrui, l'esecuzione della stessa dovrebbe considerarsi dovuta al pari di quella del debitore originario. In tal modo, l'adempimento ex art. 1180 c.c. si potrebbe scomporre in una dichiarazione di voler adempiere l'obbligo altrui e nell'atto esecutivo di siffatta dichiarazione. Qualora sia valida ed efficace la prima dichiarazione, l'esecuzione successiva della stessa non potrà essere impugnata in quanto mero atto dovuto⁽¹⁹⁾.

Questa tesi, tuttavia, non ha raccolto ampi consensi in quanto postula una scomposizione della fattispecie di cui all'art. 1180 c.c. che non appare compatibile con il modo di atteggiarsi concreto del fenomeno. La scelta del terzo di voler adempiere il debito altrui sarebbe sempre discrezionale come dimostra la necessità di prospettare una preventiva dichiarazione di voler adempiere il debito altrui, alla quale non può non riconoscersi natura negoziale. Mancando tra il terzo ed il creditore originario un preesistente rapporto giuridico, il pagamento effettuato dal primo al secondo non può rappresentare un atto dovuto pur essendo caratterizzato dall'*animus* del terzo di voler realizzare, mediante la sua prestazione, il diritto del creditore⁽²⁰⁾.

In una diversa prospettiva, si è ritenuto comunque di dover rifiutare la natura negoziale dell'adempimento del terzo, in quanto gli effetti acquisitivi e realizzativi derivanti da siffatto intervento rappresenterebbero non tanto il risultato di un atto di volontà del terzo, bensì effetto derivante dalla sussistenza del rapporto di valuta tra creditore e debitore originario, ed il riferimento operato allo stesso al momento dell'adempimento⁽²¹⁾. L'effetto acquisitivo troverebbe pertanto la propria giustificazione nel rapporto di valuta, mentre la volontà manifestata dal terzo avrebbe soltanto la funzione di consentire di imputare la prestazione al predetto rapporto, in quanto atto consapevolmente orientato verso l'obiettivo stabilito⁽²²⁾.

Questa ricostruzione, se ha il pregio di aver definitivamente individuato il ruolo fondamentale che assume il rapporto di valuta quale giustificazione causale dell'adempimento del terzo, non sembra aver chiarito del tutto il ruolo che la volontà del terzo svolge nell'ambito della fattispecie di cui all'art. 1180 c.c. Il confine tra volontarietà dell'atto e consapevolezza dello stesso non appare del tutto evidente, in quanto il terzo, nel momento in cui adempie l'obbligazione altrui, non intende soltanto individuare l'obbligo altrui, su cui l'atto deve incidere, ma intende altresì costituire, regolare o estinguere anche un rapporto giuridico tra lui stesso ed il debitore

originario. È indubbio, infatti, che l'adempimento del terzo va ad inquadrarsi in una più ampia operazione negoziale nella quale assumono comunque un rilievo i rapporti interni tra terzo e debitore originario. La duplice direzione effettuale che l'adempimento determina sui rapporti interni (di valuta e di provvista) non può non presupporre un intervento non solo consapevole ma anche pienamente volontario da parte del terzo.

Tuttavia, come si preciserà più innanzi l'adempimento del terzo non può essere immaginato al di fuori di un preesistente rapporto di valuta senza il quale non ha ragione di sussistere e la cui mancanza determina inevitabilmente la ripetibilità di quanto prestato al creditore ⁽²³⁾. Pertanto non si deve abbandonare del tutto l'idea che l'adempimento del terzo rivesta natura esecutiva dell'obbligo assunto dal debitore originario, bensì riconoscere natura anche pienamente negoziale a siffatto intervento ⁽²⁴⁾. Appare chiaro, infatti, che gli effetti dell'adempimento non derivano dalla volontà del terzo ma dipendono dal fatto che la prestazione determina la soddisfazione dell'interesse del creditore ed eventualmente estingue *ex lege* anche l'obbligazione originaria a carico del debitore. L'adempimento del terzo riveste, contemporaneamente, anche natura negoziale, in quanto l'adempiente dispone liberamente e discrezionalmente della propria sfera giuridica, effettuando una prestazione che depauperava il proprio patrimonio, senza ricavarne alcunché (almeno apparentemente), salva la possibilità della surrogazione a suo favore nei diritti vantati dal creditore.

Se tuttora esistono dubbi sulla natura negoziale o meno dell'adempimento del terzo, la dottrina assolutamente prevalente – salvo una isolata voce contraria ⁽²⁵⁾ - ritiene invece che l'effetto che si vuole ottenere attraverso lo strumento della *datio in solutum* ad opera di un terzo – l'estinzione dell'obbligazione originaria per mezzo di una prestazione diversa da quella originariamente convenuta – presuppone necessariamente un accordo delle parti.

L'art. 1197 c.c., infatti, prevede che il debitore possa liberarsi dall'obbligazione eseguendo una prestazione diversa da quella convenuta solo qualora il creditore vi consenta. Ciò significa che all'offerta, da parte del debitore (nel nostro caso del terzo), di eseguire una diversa prestazione deve fare riscontro l'accettazione del creditore che determina la formazione di un vero e proprio accordo. Il principio secondo cui non è possibile sostituire unilateralmente la prestazione convenuta si trova ripetuto in numerose pronunce in termini generali che riproducono sostanzialmente la formula legislativa, sottolineando la necessità, ai fini della *datio in solutum*, del consenso del creditore, il quale ha facoltà, non l'obbligo, di accettare la diversa prestazione ⁽²⁶⁾. Il consenso del creditore, pertanto, sarebbe diretto a sostituire all'oggetto della prestazione originaria un oggetto diverso e ad estinguere, con la dazione di questo, l'obbligo del debitore ⁽²⁷⁾.

La partecipazione delle parti alla conclusione della fattispecie non può essere degradata per il creditore a semplice requisito di efficacia, in quanto il comportamento di entrambi i soggetti del rapporto obbligatorio concorre alla formazione del consenso, elemento essenziale e costitutivo del contratto ⁽²⁸⁾. Pertanto, anche a voler intendere il consenso del creditore come un non rifiuto, non si può sottovalutare il fatto che egli ha il potere di impedire che la fattispecie si completi e produca i suoi effetti. Conseguentemente, si può affermare che la non opposizione, analogamente all'accettazione del contratto, non è un mero fatto giuridico o un possibile autonomo negozio, ma un comportamento cosciente e volontario. La bilateralità del procedimento formativo della

fattispecie si giustifica per la valutazione degli interessi tutelati nel rapporto giuridico sul quale va ad incidere.

3. La realtà quale caratteristica dell'intervento del terzo nell'adempimento dell'obbligazione altrui

Sia nell'adempimento del terzo, sia nella delegazione di pagamento sembra necessaria, perché si possa completare il relativo procedimento formativo della fattispecie, l'esecuzione della prestazione da parte dello stesso terzo. Infatti, il terzo che vuole adempiere l'obbligazione altrui deve offrire *realmente* al creditore la prestazione⁽²⁹⁾, in quanto se invece promettesse soltanto di eseguirla ci troveremmo di fronte alle diverse figure giuridiche della espromissione o della delegazione di debito. Il concetto di realtà, tuttavia, non va inteso nel senso restrittivo di *traditio rei*, ma nel senso più ampio di effettiva esecuzione della prestazione (di dare, di fare, di consegnare ecc.⁽³⁰⁾).

Per quanto riguarda, invece, la *datio in solutum*, è necessario valutare se debba qualificarsi come contratto consensuale oppure reale. Il punto appare tutt'oggi ancora controverso. Occorre in primo luogo osservare che, inizialmente, l'effettivo ambito di applicabilità della *datio in solutum* era limitato all'ipotesi in cui il creditore di una somma di denaro o del trasferimento della proprietà di un bene accettava che il debitore gli cedesse *in solutum* la proprietà di un bene diverso da quello convenuto. Solo successivamente si è ammesso che *in solutum* potesse essere compiuta anche una prestazione di *facere*, tant'è vero che il nostro legislatore opportunamente non utilizza più il termine *datio* ma la formulazione certamente più ampia di prestazione in luogo dell'adempimento, idonea a ricomprendere anche prestazioni di fare e non soltanto di dare⁽³¹⁾.

Un'autorevole dottrina qualifica la *datio in solutum* come negozio modificativo dell'originario rapporto obbligatorio⁽³²⁾. L'ammissibilità di tale fattispecie generale è espressamente ed autonomamente prevista nel § 305 del BGB ma sembrerebbe pienamente ammissibile anche nel nostro ordinamento sulla base della formulazione letterale dell'art. 1321 c.c. che definisce il contratto come l'accordo di due o più parti per costituire, *regolare* o estinguere tra loro un apporto giuridico patrimoniale. Una volta ammessa la possibilità per le parti di modificare il rapporto tra esse intercorrente, e così in special modo, di mutarne l'oggetto, proprio l'accordo modificativo dell'oggetto dell'obbligazione potrebbe essere idoneo a mediare tra la diversa prestazione e l'obbligazione originaria. Tale ricostruzione giuridica consentirebbe di giustificare agevolmente l'estinzione dell'obbligo originario: l'esecuzione della diversa prestazione rappresenterebbe, infatti, adempimento dell'obbligazione così come modificata, in modo che l'obbligazione stessa si estinguerebbe di diritto come in qualsiasi altro caso di adempimento⁽³³⁾.

Alla luce di tali considerazioni, la *datio in solutum*, quale negozio modificativo dell'originaria obbligazione, assumerebbe carattere esclusivamente consensuale, nel quale la *traditio* non rivestirebbe alcun rilievo particolare se non ai fini dell'esecuzione della diversa prestazione convenuta tra creditore e terzo; in tale contesto, l'esecuzione della diversa prestazione rappresenterebbe, infatti, adempimento dell'obbligazione così come modificata⁽³⁴⁾, di modo che l'obbligazione stessa si estinguerebbe di diritto, come in qualsiasi ordinario caso di adempimento⁽³⁵⁾. Il rilievo attribuito all'adempimento della diversa prestazione non sarebbe pertanto in un rapporto necessario con il perfezionamento dell'accordo⁽³⁶⁾.

Questa tesi, tuttavia, è stata criticata sulla base del rilievo che la dazione in pagamento non cambia il contenuto dell'obbligazione, in quanto la prestazione sostitutiva è oggetto di una facoltà che non incide sulle correlative posizioni di debito e credito: la prestazione dovuta rimarrebbe sempre quella originaria. La qualifica della *datio in solutum* come negozio modificativo d'altronde, porrebbe in ombra la specifica funzione solutoria: la dazione in pagamento, infatti, non sarebbe diretta a mutare il contenuto del dare e dell'avere ma ad estinguere satisfattivamente il credito.

Essa sarebbe tipicamente contestuale alla esecuzione, ma anche nell'ipotesi in cui il patto preveda una futura dazione in pagamento si tratterebbe pur sempre di un accordo che concerne esclusivamente l'estinzione dell'obbligazione. Apparirebbe allora giustificata la qualifica della prestazione in luogo dell'adempimento come contratto solutorio, avente ad oggetto l'estinzione satisfattiva del credito⁽³⁷⁾.

D'altronde, sembra a mio avviso difficile ipotizzare che un terzo, d'accordo con il creditore, possa modificare l'originario rapporto obbligatorio senza il consenso del debitore originario. In questa ipotesi, non sembra esservi alcuno spazio per una valutazione circa l'effetto favorevole o meno che possa discendere a favore del debitore in quanto il potere di modificare un determinato rapporto dovrebbe spettare esclusivamente alle stesse parti che lo hanno posto in essere, in quanto soltanto loro ne possono disporre.

A nulla varrebbe il richiamo operato da siffatta dottrina all'art. 1321 c.c. il quale testualmente prevede la possibilità per le parti di regolare un rapporto giuridico. La lettura offerta in tal senso appare fortemente distorsiva dello stesso dettato normativo, il quale riconosce sì il potere di modificare (*rectius* regolare) un rapporto giuridico, ma lo consente alle stesse parti del rapporto e non a terzi estranei. Lo si deduce chiaramente dall'inciso rapporti giuridici "tra loro" (intercorrenti). Ne consegue che un terzo non può modificare un rapporto di cui non è parte.

La *datio in solutum* ad opera di un terzo, proprio per tale motivo, non sembra poter essere inquadrata nei negozi modificativi di precedenti rapporti, ma solo nell'ambito dei negozi estintivi degli stessi⁽³⁸⁾. Peraltro, in tal caso, l'estinzione del rapporto originario non dipende affatto dalla volontà del terzo, bensì esclusivamente dalla volontà del creditore il quale accetta di imputare la diversa prestazione ottenuta al rapporto di valuta originario considerandola per lui (eventualmente) soggettivamente equivalente o anche soltanto satisfattoria rispetto a quella che avrebbe dovuto effettuare il debitore originario.

La dazione in pagamento si presenterebbe, quindi, come un accordo che interviene non sul titolo dell'obbligo, ma sul modo di attuazione dello stesso: un contratto estintivo o liberatorio o solutorio, completamente autonomo, seppur collegato, al rapporto obbligatorio originario che ne rappresenta solo il presupposto, essendo la convergente volontà delle parti volta ad operarne l'estinzione. In effetti, uno degli aspetti fondamentali del meccanismo effettuale della *datio in solutum* è appunto il fatto che attraverso di essa viene determinata direttamente l'estinzione del rapporto obbligatorio quando la diversa prestazione è eseguita o il credito è riscosso, senza alcuna previa strumentale modifica del contenuto o della struttura del rapporto stesso.

La prestazione in luogo dell'adempimento, pertanto, potrebbe essere qualificata come contratto a prestazioni corrispettive che riveste il carattere dell'onerosità, sostanziandosi il suo contenuto in due diverse attribuzioni patrimoniali in correlazione reciproca ed essendo rivolto ad attuare uno scambio tra l'utilità che deriva indirettamente dalla prestazione del terzo al debitore -

l'estinzione dell'obbligazione preesistente - e l'utilità che deriva al creditore dall'attribuzione di un diritto reale o di credito⁽³⁹⁾.

La circostanza che l'estinzione dell'obbligazione è contestuale all'effettiva prestazione dell'*aliud*, quale ne sia lo specifico oggetto, induce a ritenere che il consenso delle parti non sia elemento sufficiente per il perfezionamento della dazione in pagamento e che pertanto in esso possa ravvisarsi un contratto reale⁽⁴⁰⁾. Il carattere della realtà appare compiutamente idoneo a giustificare l'immediatezza dell'effetto estintivo caratteristico della figura, così come delineato nella previsione del codice, poiché altrimenti si creerebbe un obbligo nuovo, mantenendo in vita quello originario. In realtà, ciò che occorrerebbe per il perfezionamento del negozio non sarebbe in realtà la *traditio rei*, in quanto la prestazione in luogo dell'adempimento può avere ad oggetto anche obblighi di fare che non possono certo essere oggetto di consegna. Al fine di rinvenire una soluzione coerente con l'ambito di applicazione dell'istituto *de quo* si può ritenere che la *datio* si perfezioni non con la consegna della cosa ma con l'esecuzione della diversa prestazione convenuta.

Pertanto, tenendo conto che il nostro legislatore ha accolto il principio del consenso traslativo, nel caso in cui sia data in pagamento la proprietà di una *res* la *datio in solutum* si perfezionerebbe con il semplice consenso, mentre qualora il terzo intenda compiere *in solutum* un *facere* sarebbe altresì necessaria per il perfezionamento della fattispecie anche l'esecuzione di questa diversa prestazione⁽⁴¹⁾.

Tale differente ricostruzione del concetto di realtà, pertanto, consente di poter accomunare gli istituti giuridici analizzati in queste pagine come negozi a carattere reale che si perfezionano non solo attraverso la manifestazione di volontà ma anche attraverso l'esecuzione della prestazione da parte del terzo.

4. La nozione di terzo

In tanto si ha adempimento dell'obbligo altrui in quanto il terzo, nell'eseguire la prestazione, espliciti un'attività autonoma che richieda cioè l'impegno delle sue energie volitive per l'attuazione di un determinato intento pratico, destinato a realizzarsi sia nei confronti del creditore, sia mediamente nei confronti del debitore. È necessario, pertanto, che non si tratti un *nuncius*, ossia di un puro e semplice strumento materiale di esecuzione della volontà del debitore. In questi casi infatti l'incaricato non utilizzando il proprio nome né la propria volontà è soltanto un meccanico esecutore della volontà del debitore⁽⁴²⁾.

Inoltre, il terzo deve agire in nome proprio e non deve intervenire quale rappresentante, ausiliario o sostituto del debitore e neppure quale legittimato legale in sua vece; in questi casi, infatti, mancherebbe l'autonomia dell'intervento del terzo rispetto alla situazione giuridica e alla stessa persona del debitore originario⁽⁴³⁾. Il punto peraltro non è pacifico in quanto non manca chi ha ritenuto perfettamente compatibili l'adempimento del terzo e l'agire in nome altrui, senza che ciò alteri la valutazione della figura del terzo il cui intervento, pur incidendo nella sfera giuridica del debitore originario, tenderebbe tuttavia a realizzare esclusivamente un interesse personale dell'agente⁽⁴⁴⁾.

Il rilievo critico mosso non appare del tutto convincente in quanto non vi è incompatibilità assoluta tra interesse del terzo rappresentante e quello del rappresentato; la sussistenza

dell'interesse del terzo al suo intervento nell'originario rapporto obbligatorio non esclude che il terzo stesso agisca anche nell'interesse del debitore originario. Infatti, nell'ambito del fenomeno rappresentativo, l'interesse del rappresentante può convivere con quello del rappresentato, come testimonia la figura giuridica del mandato *in rem propriam* conferito "anche" nell'interesse del mandatario che presuppone comunque da parte del mandatario l'obbligo di perseguire l'interesse del mandante ⁽⁴⁵⁾.

In realtà, la spendita del nome del debitore originario determina la immediata imputabilità dell'operato del terzo direttamente nella sfera giuridica dell'obbligato. In tal caso, tuttavia, ci troveremmo di fronte all'adempimento dello stesso debitore e pertanto rimarremmo al di fuori delle ipotesi di intervento del terzo nell'adempimento dell'obbligazione. Infatti, si ha adempimento del terzo solo quando quest'ultimo agisce in nome proprio e pertanto soltanto in via mediata l'attribuzione si riflette sul patrimonio del debitore.

Ciò peraltro non significa che il terzo debba intervenire spontaneamente ed unilateralmente, senza essere legato da precedenti accordi o convenzioni con il debitore originario ⁽⁴⁶⁾. Anzi, ben potrebbe il terzo essere indotto ad intervenire in quanto obbligato nei confronti dello stesso debitore originario. In realtà, tenendo conto che spesso esiste un rapporto tra debitore originario e terzo che giustifica l'operato di quest'ultimo, fondamentale rimane la necessità che tale rapporto, pur se portato a conoscenza del creditore, non venga posto a fondamento dell'intervento del terzo.

Il terzo adempiente si individua pertanto in via residuale come colui che adempie l'obbligo altrui non avvalendosi nei confronti del creditore né di uno specifico potere a lui attribuito né di forma di legittimazione ad esso direttamente derivante dall'essere coobbligato in via solidale con il debitore. In quest'ultimo caso, infatti, il terzo adempirebbe un obbligo proprio anche se incidente sul patrimonio di altro soggetto.

Pertanto, nulla esclude che il terzo agisca su invito del debitore o in quanto obbligato nei confronti del debitore stesso. Ciò che rileva ai fini della qualificazione della figura dell'adempimento del terzo è che quest'ultimo agisca richiamando il rapporto di valuta, sul quale l'operazione in oggetto trova la propria giustificazione causale, senza porre a fondamento del suo agire nei confronti del creditore l'eventuale rapporto di provvista che lo lega al debitore originario, ovvero l'incarico da quest'ultimo conferitogli ⁽⁴⁷⁾.

Una volta tentata di ricostruire la veste giuridica che il terzo può assumere nel momento in cui interviene nella fase di adempimento di un precedente rapporto obbligatorio, si rende necessario valutare se tale qualifica sia compatibile con tutte le figure negoziali che sembrano consentire l'intervento del terzo. Infatti, è opportuno domandarsi se nell'ambito della delegazione di pagamento il delegato possa qualificarsi terzo rispetto al debitore delegante ovvero manchi quella alterità soggettiva tra il primo ed il secondo, essendo il pagamento del terzo comunque compiuto per conto del debitore originario. In altri termini, occorre valutare se il delegato possa qualificarsi come soggetto che agisce in nome proprio ma per conto altrui. Il delegato, infatti, pur non spendendo il nome del delegante nel momento in cui adempie l'obbligazione di quest'ultimo, dichiara di agire per conto del delegato.

Prima facie, non sembrerebbe esservi incompatibilità fra la nozione di terzo e colui che agisce per conto altrui come dimostra l'orientamento giurisprudenziale che ritiene necessario che

il terzo adempiente ex art. 1180 c.c. agisca con la consapevolezza di eseguire esattamente la prestazione *per conto del debitore* ⁽⁴⁸⁾. In realtà l'orientamento segnalato non appare del tutto risolutivo in merito al problema esposto, in quanto il Supremo Collegio non precisa se questo agire per conto si sostanzia nella sussistenza di un precedente incarico tra terzo e debitore originario (che potrebbe in realtà mancare del tutto nel caso in cui il terzo intendesse compiere una liberalità indiretta al debitore originario) ovvero si identifichi con il richiamo al rapporto di valuta operato dal terzo al momento dell'adempimento (elemento invece che appare imprescindibile per il configurarsi della fattispecie in oggetto).

Secondo alcuni dovrebbe escludersi la qualità di terzo a colui la cui legittimazione all'adempimento indirettamente derivi dall'iniziativa del debitore originario che abbia autorizzato il creditore a ricevere il pagamento dal terzo o comunque abbia delegato il terzo per l'adempimento ⁽⁴⁹⁾.

Nello stesso ordine di idee si colloca in dottrina chi ritiene che il legislatore abbia configurato la *delegatio solvendi* come un pagamento per mezzo del terzo, della cui opera il debitore originario si avvale; poiché il pagamento effettuato dal delegato rimane giuridicamente imputabile al debitore delegante, non solo non occorrerebbe che alla delegazione aderisca il creditore delegatario, ma questi addirittura non potrebbe rifiutare la prestazione puntualmente offerta dal delegato, argomentando dall'art. 1180 c.c. ⁽⁵⁰⁾. Il delegato non pagherebbe in nome proprio con denaro proprio ma per nome e per conto di colui che gliel'ha ordinato ⁽⁵¹⁾.

Questa tesi non appare pienamente condivisibile in quanto se da un lato effettua correttamente un raffronto da delegazione di pagamento e adempimento del terzo, cercando di porne in rilievo le similitudini e le connessioni, dall'altro erra nel momento in cui ritiene che l'attribuzione operata dal delegato sia giuridicamente imputabile al delegante e non sia invece soltanto indirettamente riferibile al suo patrimonio ⁽⁵²⁾. L'imputabilità giuridica immediata di un atto discende necessariamente dalla immediata riferibilità dell'operazione compiuta direttamente nella sfera giuridica del *dominus*.

Tuttavia, in mancanza di una *contemplatio domini* da parte del terzo, gli effetti dell'opera compiuta dal delegato si rifletteranno solo in via indiretta nella sfera giuridica del delegante il quale mantiene la sua posizione di terzo nel rapporto tra delegato e delegatario. Gli effetti giuridici scaturenti dall'atto compiuto dal delegato si produrranno soltanto nel patrimonio di questi e del delegatario, essendo gli unici soggetti cui è immediatamente riferibile l'operazione giuridica posta in essere. Ciò non esclude, peraltro, che il risultato prettamente economico - pratico derivante dalla delegazione quale atto gestorio inciderà anche sul patrimonio del delegante mandante, destinatario finale dell'intera operazione negoziale ⁽⁵³⁾, mentre l'effetto giuridico dell'eventuale estinzione del rapporto di valuta dipenderà dalla volontà del creditore di voler conteggiare la attribuzione effettuata dal delegato al rapporto originario che (eventualmente) lo lega al delegante.

Queste argomentazioni non sono condivise da chi ritiene che nella delegazione di pagamento il delegato agisca non solo per conto ma anche in nome del delegante, in quanto non potrebbe concepirsi <<che un soggetto effettui una prestazione e che un altro la riceva debitamente senza che sia precisato ed individuato il rapporto giuridico al quale deve essere imputata>> ⁽⁵⁴⁾.

La affermazione è successivamente e apparentemente corretta dalla ulteriore precisazione che nella *delegatio solvendi* quando il delegato agisce, oltre che per conto anche nel nome del delegante, non significa che pur essendo mandatario sia anche necessariamente rappresentante del delegante; il delegato infatti dovendo sostituirsi al debitore nell'attività solutoria dovrebbe comunque dichiarare sia il debito che intende estinguere, sia la sua qualità di mandatario. Questa illazione è fondata sulla ulteriore convinzione che il terzo che agisce in nome e per conto altrui può contemporaneamente agire anche in nome proprio.

Tale tesi tuttavia non appare corretta in quanto, così ragionando, non si potrebbe stabilire su quali soggetti andrebbe ad incidere immediatamente il negozio compiuto dal delegato, avendo egli agito contemporaneamente in duplice veste di rappresentante diretto ed indiretto. Non vi è chi non veda infatti come i due fenomeni di spendita del nome proprio ed altrui sono fra di loro del tutto incompatibili stante la diversità degli effetti che ne derivano e la differente incidenza che determinano sulle sfere giuridiche del rappresentante e del rappresentato.

È peraltro inesatto ritenere che un soggetto che non agisca in nome del *dominus* non possa incidere nella sua sfera giuridica estinguendo un suo rapporto obbligatorio; infatti, l'art. 1180 c.c. dimostra chiaramente ed inequivocabilmente che un terzo può incidere nella sfera giuridica del debitore provvedendo all'adempimento di un precedente rapporto di valuta senza la necessità di agire in nome del debitore originario.

Tale possibilità, peraltro, non sembra esclusa dal legislatore nemmeno nell'ambito della delegazione di pagamento. Non si vede, infatti, per quale motivo il terzo, che ex art. 1180 c.c. non dichiara di agire per conto del debitore originario, possa richiamare legittimamente il rapporto di valuta mentre tale possibilità sia preclusa al delegato il quale a maggior ragione agisce facendo riferimento uno specifico incarico conferito in questo senso da parte del delegante/mandante. Appare pertanto erroneo ritenere che il delegato, per poter incidere nella sfera giuridica del delegante, debba necessariamente spendere il suo nome, visto che la necessità di una *contemplatio domini* non risulta necessaria nel caso di adempimento del terzo ex art. 1180 c.c.

La compatibilità tra la qualità di terzo e di delegato nell'ambito della delegazione di pagamento è posta in dubbio soprattutto da chi contesta che il risultato dell'operazione si fissi solo mediatamente in capo al delegante. Dato per presupposto che quest'ultimo sia debitore nei confronti del delegatario e contemporaneamente creditore del delegato, il pagamento effettuato da quest'ultimo al delegatario estinguerebbe immediatamente i due diversi debiti. Conseguentemente, la dichiarazione del delegante al delegato non assumerebbe la veste giuridica di mandato, ma di un negozio unilaterale (non accettabile) in forza del quale l'agire del delegato inciderebbe immediatamente sulla sfera giuridica del delegante⁽⁵⁵⁾. A questo negozio unilaterale viene assegnato il nome di *iussum* (o *iussus*) sulla base della prevalente terminologia delle fonti di diritto romano⁽⁵⁶⁾.

Il *iussum* è stato qualificato come l'elemento essenziale, l'«anima della delegazione», da intendersi, secondo una diffusa tendenza, come ordine imperativo impartito dal delegante al delegato di fare in nome proprio ma per conto altrui una prestazione ad un terzo⁽⁵⁷⁾. Non manca, tuttavia, chi accoglie una concezione più sfumata del *iussum* riconoscendogli soltanto la funzione di semplice autorizzazione, la cui caratteristica fondamentale è data dal fatto che chi «ordina» l'atto se ne appropria, lo fa suo come se egli ne fosse l'autore⁽⁵⁸⁾.

5. La rilevanza dei rapporti di valuta e provvista nell'ambito del fenomeno dell'intervento del terzo

È pacificamente denominato rapporto di valuta il vincolo giuridico intercorrente tra creditore e debitore originario. Il ruolo e la funzione svolta dal rapporto di valuta nell'ambito dell'art. 1180 c.c. e nella prestazione in luogo dell'adempimento ad opera di un terzo appare abbastanza chiaro. Lo stesso legislatore, infatti, lo richiama e prevede che l'intervento - adempimento del terzo vada ad incidere proprio sullo stesso provocandone l'estinzione. Come si è già in precedenza affermato, il terzo non compie nei confronti del creditore alcun richiamo espresso ai suoi rapporti con il debitore originario e l'eventuale presenza di un mandato tra quest'ultimo ed il terzo adempiente risulta del tutto influente per il legislatore il quale si "accontenta" del richiamo al rapporto di valuta per giustificare casualmente l'attribuzione patrimoniale da lui compiuta nei confronti del creditore.

Pertanto, è opportuno notare che il rapporto di valuta ha altresì l'ulteriore funzione di consentire di distinguere le ipotesi in cui il creditore può o meno rifiutare l'adempimento da parte del terzo. Infatti, è proprio il rapporto di valuta e la particolare natura delle prestazioni che ne discendono a legittimare il creditore a rifiutare l'adempimento offerto dal terzo. Nessuna rilevanza nei confronti del creditore assume, invece, il rapporto di provvista qualora non sia richiamato dal terzo adempiente, vale a dire non sia posto da quest'ultimo a fondamento del suo agire. Anzi, proprio la mancanza dell'espresso richiamo all'eventuale incarico conferito dal debitore originario consentirebbe di distinguere senza ombra di dubbio l'adempimento del terzo dalla delegazione di pagamento, caratterizzata, invece, proprio dal concorde riferimento del delegato e delegatario al *iussum* impartito ⁽⁵⁹⁾ (da non confondere con il rapporto di provvista) dal delegante che rappresenta anche la giustificazione causale della delegazione e che una volta posto a fondamento causale dell'attribuzione da parte del delegato obbliga il creditore a conteggiare il pagamento al delegante ⁽⁶⁰⁾.

Tale elemento distintivo è considerato da una parte della dottrina di tale rilevanza e portata da impedire la possibilità di riconduzione delle due fattispecie sopra prospettate nell'alveo di un unico *genus*. Tale affermazione è basata sull'ulteriore principio secondo il quale quando il terzo dichiara di adempiere ex art. 1180 c.c. intende, in primo luogo, soddisfare l'interesse del creditore, mentre l'estinzione dell'obbligazione per il debitore è meramente eventuale stante la possibilità per il terzo di surrogarsi nei diritti vantati dal creditore originario.

Viceversa, nella delegazione di pagamento, il terzo delegato manifesterebbe al creditore la sua veste di mandatario del debitore, intendendo in tal modo non tanto soddisfare l'interesse del creditore quanto invece l'ordine impartito dal debitore. Questa ricostruzione giuridica determinerebbe ulteriori differenze tra gli istituti in oggetto soprattutto sotto il profilo causale in quanto l'adempimento del terzo sarebbe fondato casualmente sul rapporto di valuta mentre la delegazione di pagamento sul *iussum* impartito dal delegante al delegato. Pertanto, anche nel caso in cui la delegazione di pagamento risultasse titolata rispetto al rapporto di valuta, comunque l'attribuzione patrimoniale compiuta dal terzo delegato non sarebbe finalizzata in via immediata al soddisfacimento dell'interesse del delegatario quanto invece a quello del delegante all'estinzione del rapporto di valuta ⁽⁶¹⁾.

Il rigore giuridico che contraddistingue simili argomentazioni difficilmente può essere contraddetto. Tuttavia, è possibile tentare di ricostruire diversamente i rapporti tra adempimento del terzo e delegazione di pagamento cercando di ridurre le evidenti differenze e ponendo invece in risalto le altrettanto rilevanti analogie e similitudini tali da poter consentire di applicare parte della disciplina prevista nell'art. 1180 c.c. anche alla delegazione di pagamento.

In primo luogo, è opportuno notare che il tentativo, seppur non eccessivamente approfondito, di accomunare questi due istituti non è nuovo nell'ambito della nostra esperienza giuridica⁽⁶²⁾. In secondo luogo, è necessario valutare attentamente se sia corretto ritenere che la delegazione di pagamento al pari della cd. *delegatio promittendi* sia fondata casualmente sul *iussum* delegatorio anziché sul rapporto di valuta.

L'affermazione secondo cui la delegazione di debito e di pagamento siano fondate sull'incarico conferito dal delegante ha incontrato larghi consensi in dottrina, soprattutto tenendo conto della possibilità offerta dal legislatore di porre in essere una delegazione che non richiamandosi ai rapporti di provvista e di valuta risulti essere "pura" e non titolata⁽⁶³⁾. Questa affermazione è giustificata dalla disciplina del regime delle eccezioni nella delegazione ex art. 1271 c.c. secondo cui il delegato non può opporre al delegatario le eccezioni del rapporto di provvista, a meno che sia nullo quello di valuta; inoltre, il delegato non potrebbe opporre le eccezioni relative a quest'ultimo rapporto qualora allo stesso le parti non abbiano fatto espresso riferimento. Dall'analisi sistematica della norma in oggetto si dovrebbe dedurre la piena ammissibilità nel nostro ordinamento di una delegazione che non si richiami né al rapporto di provvista né a quella di valuta⁽⁶⁴⁾ e che sia pertanto casualmente fondata solo sul *iussum* impartito dal delegante al delegato⁽⁶⁵⁾.

Questa ricostruzione giuridica è particolarmente criticata da una parte della dottrina secondo la quale la delegazione (sia di debito che di pagamento) deve considerarsi sempre titolata in riferimento al rapporto di valuta, in quanto non potrebbe essere rimessa all'arbitrio delle parti la scelta circa la causalità o l'astrattezza della figura negoziale *de qua*, essendo questa valutazione opera esclusiva del legislatore. La funzione svolta dalla delegazione sarebbe quella di consentire ad un terzo/delegato, sulla base dell'incarico del mandante/delegante quale debitore del delegatario, di obbligarsi a pagare (o a pagare direttamente) a quest'ultimo l'obbligazione del delegante al fine di soddisfare l'interesse del creditore quale emergerebbe dal rapporto di valuta⁽⁶⁶⁾.

La funzione economico – sociale della delegazione andrebbe rintracciata proprio in riferimento al rapporto sopra menzionato; infatti, il legislatore, nel momento in cui ha dettato la disciplina generale della delegazione nell'art.1268 c.c., ha definito il delegante quale debitore del delegatario. Pertanto, nel momento in cui il delegato dà esecuzione all'incarico/*iussum* il rapporto che si costituisce tra questi ed il delegatario è diretto necessariamente al soddisfacimento dell'interesse del creditore quale risultante dal rapporto di valuta⁽⁶⁷⁾. Di qui l'ulteriore affermazione che anche la *delegatio solvendi* sia soltanto causale, in quanto non si potrebbe concepire che un soggetto effettui una prestazione e che un altro la riceva senza che sia espressamente indicato il rapporto giuridico al quale tale attribuzione debba essere imputata⁽⁶⁸⁾.

Entrambe le argomentazioni sopra riferite non appaiono risolutive. In primo luogo, pur potendosi ammettere che la causalità e l'astrattezza di un negozio non possa dipendere dalla mera volontà delle parti, è pur vero che la delegazione cd. "pura" non è affatto una delegazione priva di

causa, bensì soltanto una delegazione che non contiene il richiamo delle parti al rapporto di valuta e/o di provvista⁽⁶⁹⁾. Conseguentemente, la cd. “astrattezza delegatoria” non preclude la possibilità di individuare comunque una causa, seppur generica consistente nello scopo di far valere la attribuzione operata dal delegato a favore del delegatario con effetto sul patrimonio del delegante, effetto denominato del conteggio⁽⁷⁰⁾. La dottrina prevalente non ritiene che l’attribuzione patrimoniale effettuata dal delegato possa incidere nella sfera giuridica del delegante solo in base al *iussum*, attraverso il quale la prestazione compiuta dal delegato può essere imputata indirettamente al delegante; infatti, resta ferma la necessità di individuare le cause specifiche che legittimano le attribuzioni delegato – delegante e delegante – delegatario.

In secondo luogo, non sembra essere risolutivo il richiamo all’art. 1268 c.c. per affermare la necessità del riferimento al rapporto di valuta nella delegazione, in quanto, come si è già affermato, l’articolo sopra richiamato potrebbe aver disciplinato solo una delle ipotesi di delegazione (quella presumibilmente più diffusa nella pratica) senza tuttavia escludere peraltro la possibilità per le parti di prevedere una delegazione in parte diversa dal prototipo normativo⁽⁷¹⁾.

Il medesimo dubbio interpretativo si pone anche per la delegazione di pagamento, in quanto l’art. 1269 c.c. presuppone che il delegante, debitore del delegatario incarichi un terzo al pagamento; sembrerebbe pertanto necessaria anche in questa ipotesi la preesistenza di un rapporto obbligatorio tra delegante e delegatario⁽⁷²⁾. Tuttavia, in senso contrario è sufficiente richiamare la ammissibilità di una figura di delegazione di pagamento non diretta ad estinguere un precedente rapporto obbligatorio, ma eventualmente a costituirlo. Non manca, infatti, in dottrina chi ritiene che la delegazione di pagamento abbia come unico scopo non l’estinzione di un precedente rapporto obbligatorio ma soltanto l’esecuzione di una prestazione⁽⁷³⁾.

In tal senso, deporrebbe altresì la disciplina delle eccezioni opponibili dal delegante al delegatario di cui all’art. 1271 c.c. Essendo prevista la possibilità che le parti non compiano alcun richiamo al rapporto di valuta, si potrebbe escludere con sufficiente certezza che il delegato debba sempre porre a fondamento del suo agire la funzione di estinguere il predetto rapporto di valuta⁽⁷⁴⁾.

Alla luce di tutto quanto sopra esposto, può affermarsi che la delegazione è caratterizzata da una causalità generica consistente nel sopra indicato scopo di conteggiare la prestazione operata dal delegato al delegatario nel patrimonio del delegante; l’eventuale mancanza della stessa non può legittimamente consentire la ripetizione della prestazione già eseguita⁽⁷⁵⁾, la quale comunque trova il suo fondamento giuridico e la sua giustificazione causale ultima nei rapporti sottostanti di provvista e di valuta.

Se, infatti, la delegazione è diretta a costituire o ad estinguere rapporti di valuta e di provvista⁽⁷⁶⁾, è ragionevole ritenere che l’attribuzione operata dal delegato nei confronti del delegatario non sia certo una prestazione isolata, ma debba essere inquadrata in una più ampia operazione negoziale (rapporti sottostanti) che giustifica e legittima gli spostamenti patrimoniali tra delegante, delegato e delegatario. Uno spunto in tal senso sembra potersi ricavare dallo stesso dettato normativo il quale all’art. 1271, 2° comma c.c. sancisce la cd. nullità della doppia causa. Proprio l’invalidità di entrambi i rapporti determina la assoluta mancanza di giustificazione all’attribuzione effettuata dal delegato e legittima la piena esperibilità di tutte le eccezioni dal delegato al delegatario.

Relativamente all'ulteriore illazione, secondo la quale quando il terzo dichiara di adempiere ex art. 1180 c.c. intende, in primo luogo, soddisfare l'interesse del creditore mentre nella delegazione di pagamento il terzo delegato intende, non tanto soddisfare l'interesse del creditore, quanto invece l'ordine impartito dal debitore, è possibile rilevare che, se da un lato non può dubitarsi che l'adempimento del terzo mira in primo luogo a soddisfare l'interesse del creditore, non è altrettanto certo che in tal modo non si intenda comunque contemporaneamente soddisfare anche l'interesse del debitore originario. Se teniamo conto che la surrogazione del terzo nei diritti del creditore è un fenomeno meramente eventuale e non automatico, l'unico effetto che discende dall'adempimento del terzo è il soddisfacimento dell'interesse del creditore e la contestuale estinzione del rapporto obbligatorio originario, evento che senz'altro soddisfa anche l'interesse del debitore (salvo prova contraria da parte del debitore stesso). Conseguentemente appare corretto ritenere che soddisfacimento del credito e estinzione del debito siano due effetti naturalmente (seppur non essenzialmente) inscindibili dell'adempimento del terzo.

La fattispecie non è molto dissimile da quella che si presenta in caso di delegazione di pagamento, in quanto se da un lato generalmente il delegato intende senz'altro soddisfare l'interesse del delegante mandante all'estinzione del rapporto di valuta dall'altro è evidente che l'attribuzione da lui compiuta soddisfa in primo luogo l'interesse del delegatario. Il pagamento, infatti, produce immediatamente un effetto favorevole nell'ambito del patrimonio di quest'ultimo e solo attraverso il cd. "conteggio" questa attribuzione produrrà effetto anche nel patrimonio del delegante. Quindi ad essere soddisfatto immediatamente non è l'interesse del debitore delegante ma quello del creditore delegatario.

In entrambe le ipotesi, l'attribuzione operata dal terzo incide immediatamente e direttamente sul patrimonio del creditore originario, mentre l'effetto nel patrimonio del debitore/delegante è mediato ed è sempre legato alla volontà del creditore originario. Infatti, nella delegazione di pagamento, il delegatario una volta ricevuto il pagamento può dichiarare di voler conteggiare questa attribuzione nei suoi rapporti con il delegante consentendo in tal modo che l'attribuzione operata dal delegato incida anche nel patrimonio del delegante. Nell'adempimento del terzo ex art. 1180 c.c., invece, il creditore originario può non surrogare il terzo nei diritti vantati nei confronti del debitore originario ed in tal modo l'attribuzione operata dal terzo determinerà non solo la soddisfazione dell'interesse del creditore ma altresì la liberazione del debitore originario a seguito dell'estinzione del rapporto obbligatorio.

In altri termini è necessario distinguere l'imputazione al rapporto di valuta (che spetta esclusivamente al terzo adempiente ovvero al delegato) dall'imputazione della prestazione al patrimonio debitore che invece spetta sempre al creditore ⁽⁷⁷⁾. Se non si distinguessero adeguatamente i due profili difficilmente si riuscirebbe a rinvenire una differenza apprezzabile tra adempimento del terzo e delegazione di pagamento titolata rispetto al rapporto di valuta. Infatti, non si riuscirebbe a cogliere la differente posizione del creditore nell'adempimento del terzo (laddove gli è impedito di rifiutare il pagamento del terzo laddove non abbia interesse a che il debitore esegua personalmente la prestazione) rispetto alla delegazione (dove invece il creditore sembra senza dubbio avere maggiore "voce in capitolo") ⁽⁷⁸⁾. Se manteniamo invece ben distinti i due piani di imputazione (al rapporto e al patrimonio del debitore) le fattispecie di cui agli artt.

1180 e 1269 c.c. appaiono maggiormente armonizzarsi laddove in entrambe è prevista la possibilità per il terzo e per il delegato di riferire immediatamente la prestazione al rapporto di valuta mentre la riferibilità al patrimonio del debitore è rimessa, nell'art. 1180 c.c., alla volontà del creditore di liberarlo definitivamente in caso di mancata concessione della surroga e, nell'art. 1269 c.c., alla volontà del creditore di conteggiare la prestazione al patrimonio del debitore.

In ogni caso, comunque, i due istituti mantengono una loro differenziazione ben precisa soprattutto se valutiamo la posizione del creditore: infatti, nell'adempimento del terzo il creditore non può rifiutare il pagamento (salvo il suo interesse all'esecuzione personale della prestazione da parte del debitore originario) e pertanto la sua partecipazione al procedimento formativo del negozio è ininfluente nei limiti di quanto espressamente previsto dall'art. 1180 c.c.; nella delegazione di pagamento, invece, il delegatario partecipa attivamente in quanto, in deroga all'art. 1705 c.c. (laddove è prescritto che il terzo non ha alcun rapporto con il mandante e che il terzo acquista i diritti ed assume gli obblighi derivanti dagli atti compiuti con i terzi, *anche se questi hanno avuto conoscenza del mandato*), il *iussum* delegatorio (mandato) è a lui opponibile e posto a fondamento dell'agire del delegato ⁽⁷⁹⁾. Ma la suddetta opponibilità del *iussum*, non potendo discendere dai principi del codice civile stante il chiaro disposto dell'art. 1705 c.c. deve pertanto necessariamente derivare da una manifestazione di volontà del delegatario in tal senso, il quale espressamente accetta di porre a fondamento causale dell'attribuzione in suo favore il suddetto mandato ⁽⁸⁰⁾.

Pertanto, l'effetto della estinzione del rapporto di valuta dipenderebbe sempre e comunque dal creditore il quale nella delegazione di pagamento dovrebbe dichiarare di imputare la prestazione eseguita dal delegato al patrimonio del debitore, mentre nell'adempimento ex art. 1180 c.c. non dovrebbe dichiarare di surrogare il terzo nel diritto di credito. La differenza tra le due ipotesi prospettate è che nella delegazione di pagamento l'effetto mediato nella sfera giuridica del debitore originario discenderebbe da una dichiarazione positiva del delegatario di conteggiare l'attribuzione operata dal delegato non tanto al rapporto di valuta ⁽⁸¹⁾ quanto al patrimonio del debitore, mentre nell'adempimento del terzo deriverebbe dalla mancata designazione del terzo quale surrogante nel diritto di credito.

Si è già avuto modo di rilevare invece come il rapporto di provvista, se non espressamente richiamato dalle parti, non determini alcuna influenza immediata ed esterna sia nell'ambito della delegazione di pagamento che nell'ambito dell'adempimento del terzo. Infatti, nella prima figura indicata, il delegato pone a fondamento del suo agire il *iussum* delegatorio, negozio ben distinto dall'eventuale rapporto di provvista che le parti possono non richiamare affatto al momento della conclusione del negozio delegatorio.

Ne consegue che al delegatario non può essere opposta alcuna eccezione riguardante i rapporti interni tra delegante e delegato, salvo quanto previsto dall'art. 1271, 2° comma c.c., in tema di nullità della doppia causa. Il rapporto di provvista, pertanto, se non è espressamente richiamato al momento del pagamento al delegatario non assume rilevanza nei suoi confronti ma mantiene comunque una sua importante funzione nell'ambito dei rapporti interni intercorrenti tra delegante e delegato, in quanto giustifica tra gli stessi la prestazione compiuta dal delegato nei confronti del delegatario.

Nell'ambito dell'adempimento e della *datio in solutum* ad opera del terzo, invece, il rapporto di provvista rimane certamente influente per il creditore al quale non può comunque mai essere opposto, non potendosi attribuire allo stesso alcuna funzione o rilevanza al momento dell'adempimento. Il predetto rapporto, al contrario di quello di valuta, rimane relegato a disciplinare i rapporti interni tra terzo adempiente e debitore originario; tra questi due soggetti, peraltro, il pagamento ex art. 1180 c.c. può determinare le stesse conseguenze già indicate in tema di delegazione di pagamento; non va dimenticato, infatti, che il terzo adempiente può benissimo effettuare la prestazione al creditore su incarico del debitore originario per regolare altresì proprio un precedente rapporto di provvista, purchè naturalmente non manifesti al creditore la sua qualità di mandatario. La caratteristica peculiare è che in tal caso il creditore non subisce alcun pregiudizio dalla eventuale invalidità di questo rapporto al quale il legislatore ha opportunamente evitato di assegnare una rilevanza ed una incidenza.

Mariano Sannino

-
- 1) Il presente studio vuole proporre un ulteriore approfondimento dell'argomento già trattato dallo studio n. 711-2008 C (dal titolo *Il pagamento del prezzo della compravendita. Problematiche connesse alla mancata coincidenza soggettiva tra acquirente e finanziatore*) del quale si condividono i risultati raggiunti. Lo studio dottrinale fondamentale sulla tematica *de qua* è senza dubbio quello compiuto ancora vigente il codice civile del 1865 da R. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936. Successivamente all'emanazione del codice del 1942 è doveroso segnalare il rilevante contributo di R. CICALA, *L'adempimento indiretto del debito altrui*, Napoli, 1968. Salvi in ogni caso gli ulteriori riferimenti bibliografici riportati nelle prossime note si può richiamare sin da ora l'ampia trattazione dedicata recentemente all'argomento in oggetto da AA.VV. *L'adempimento del terzo*, in *Trattato delle obbligazioni* diretto da L. Garofalo e M. Talamanca, *La struttura e l'adempimento*, Vol. I, Tomo Quinto, *La liberazione del debitore*, a cura di M. Talamanca e M. Maggiolo, Padova, 2010, pp. 11 ss.; ancora più recentemente cfr. il contributo di A. CICCARELLI, *Gli interessi del debitore nel rapporto obbligatorio, il problema dell'adempimento del terzo*, Roma, 2011, nell'ottica di una rivisitazione della disciplina *de qua* alla luce dei principi costituzionali. Vedi anche C. CAMARDI, sub. art. 1180 c.c. in *Comm. del cod. civ.* diretto da E. Gabrielli, *Delle Obbligazioni* a cura di V. Cuffaro, Assago, 2012, p. 267 ss.; cfr. pure da ultimo F. GAMBINO, *Il rapporto obbligatorio*, in *Tratt. di dir. civ.* diretto da R. Sacco, Assago, 2015, p. 320 ss.
 - 2) Sul tema in generale della delegazione la bibliografia è davvero molto ampia: cfr. sin da ora sotto il vigore del codice del 1865 R. NICOLÒ, *Il negozio delegatorio*, Messina, 1932, W. BIGIARI, *La delegazione*, Padova, 1940, M. ANDREOLI, *La delegazione*, Padova, 1937, per la disciplina attuale cfr. P. RESCIGNO, (voce) *Delegazione*, (diritto civile) in *Enc. dir.*, vol. XI; Milano, 1962, p. 929 ss., P. GRECO, (voce) *Delegazione* (diritto civile) in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1960, p. 327 ss., G. GIACOBBE – D. GIACOBBE, *Delegazione, espromissione e accollo*, in *Comm. del cod. civ. Scialoja – Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna Roma, 1992; E. BOTTIGLIERI, (voce) *Delegazione*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988 e ivi postilla di aggiornamento di S. TRIVELLONI, (voce) *Delegazione*, Roma, 2006.
 - 3) Per una ampia e approfondita indagine storico – comparatistica del rapporto obbligatorio cfr. P. FAVA, *Profili storici comparatistici comuni all'obbligazione*, in AA.VV., *Le obbligazioni, Diritto sostanziale e processuale*, a cura di P. Fava, Tomo I, *Caratteri generali, adempimento, inadempimento*, Milano, 2008, p. 3 ss. al quale si rinvia per gli ulteriori riferimenti bibliografici.
 - 4) Cfr. G. BRANCA, (voce) *Adempimento*, (*Diritto romano ed intermedio*), in *Enc. dir.*, vol. I, Milano, 1958, p. 548 s. In argomento, in luogo di molti, cfr. S. SOLAZZI, *L'estinzione dell'obbligazione in diritto romano*, Napoli, 1931, p. 3 ss. In realtà, la *solutio* non era un vero e proprio adempimento, in quanto risultava essere il pagamento reale e solenne di una somma di denaro destinata al riscatto di sé o di altri dalla prigionia. Solo successivamente il termine *solutio* ha assunto un significato più ampio di liberazione dal vincolo obbligatorio, estinzione dell'obbligazione senza alcun riferimento al modo in cui essa si verifica. In età classica, la legittimità dell'intervento del terzo trovò una propria giustificazione giuridico – dogmatica nella mancanza di un interesse contrario del debitore. Il principio testimonia chiaramente la volontà di attribuire maggiore importanza al soddisfacimento del diritto del creditore temperato tuttavia dall'interesse eventuale del debitore ad adempiere personalmente. Quindi, sempre che la natura della prestazione non lo escluda, chiunque può pagare, anche se non autorizzato né interessato al rapporto obbligatorio. È sufficiente che il terzo abbia la capacità di agire e che

effettui il pagamento con la conoscenza di adempiere il debito altrui; il consenso del creditore non è necessario ed il suo eventuale dissenso lo esporrebbe addirittura alle conseguenze della mora.

- 5) La dottrina tedesca ha manifestato enorme interesse sull'argomento in oggetto: tra gli altri, cfr. O. JAUERNIG (a cura di) *BGB*, sub. § 267 e 268, München, 1990, p. 227 ss.; A. KELLER, in H. REBMANN - E. SÄCKER, *Münchener Kommentar zum BGB, II*, München, 1979, sub. § 267 e 268, p. 407 ss. Tuttavia, il § 267 BGB stabilisce che l'assenso del debitore all'adempimento del terzo non è necessario, ma non prevede espressamente che il creditore possa rifiutare l'adempimento se il debitore originario si oppone. La mancanza di una previsione normativa in tal senso non appare decisiva per fondare una marcata differenza tra il codice tedesco e quello italiano in quanto il § 267 1° comma comunque subordina l'ammissibilità dell'adempimento del terzo alla circostanza che il debitore non sia tenuto "*Person zu leisten*". Se da un lato, pertanto, l'ordinamento tedesco sembra essere meno specifico del nostro, dall'altro, tuttavia, risulta essere più completo in quanto il § 268, 1° comma attribuisce al terzo un "*besonderes Ablösungsrecht*" nel caso in cui, in caso di esecuzione forzata del creditore su di un bene spettante al debitore, vi sia il rischio di perdere un diritto a lui spettante sul bene stesso. Peraltro, l'attribuzione di un vero e proprio diritto potestativo ad adempiere il debito altrui viene prospettata comunque anche nel nostro ordinamento, da una parte della dottrina, nei casi in cui il terzo sia titolare di un legittimo interesse a tale adempimento. Sul punto, A. DI MAJO, *Dell'adempimento in generale*, in *Comm. del cod. civ. Scialoja - Branca* a cura di Francesco Galgano, *Libro quarto Delle Obbligazioni art. 1177 - 1200*, Bologna Roma, 1994, p. 53 s.
- 6) Cfr. D. FRIEDMAN, *Payment for another's Debt*, in *The Law Quarterly Review*, London, 1983, p. 536 ss.
- 7) Cfr. A. DI MAJO, *Dell'adempimento in generale*, cit., p. 43 nota 6, secondo il quale la maggiore preoccupazione del legislatore dell'epoca era quella di impedire che la posizione giuridica del debitore risultasse aggravata dall'intervento del terzo soprattutto nel caso di surrogazione da parte di quest'ultimo nei diritti del creditore. Aderisce a siffatta impostazione anche C. TURCO, *L'adempimento del terzo*, in *Il Cod. civ. Comm.* diretto da P. Schlesinger, Milano, 2002, p. 13. Ad una più attenta analisi dell'istituto in oggetto, l'interesse del debitore non sembra rivestire il ruolo di principio ispiratore della disciplina dell'adempimento del terzo; anzi, dalla lettura dell'art. 1238 cod. civ. 1865, appare evidente come il suddetto interesse non incida in alcun modo sulla ammissibilità dell'adempimento del terzo, potendo al più soltanto rilevare esclusivamente nei rapporti interni tra *solvens* e debitore originario al fine di limitare o addirittura escludere le eventuali ragioni di rivalsa del primo verso il secondo. In realtà, nell'adempimento ad opera di un terzo, deve necessariamente sussistere un interesse di quest'ultimo all'operazione, interesse che può sostanziarsi nell'intenzione di preconstituirsì una ragione di credito nei confronti del debitore originario ovvero di effettuare nei suoi confronti una liberalità ovvero ancora di estinguere una sua precedente posizione debitoria. È indubbio, infatti, che con l'attribuzione operata dal terzo è possibile costituire, regolare o estinguere ulteriori rapporti obbligatori tra il terzo ed il debitore originario; in tali casi, sembra corretto rilevare non un mero interesse economico del terzo ma un vero e proprio interesse giuridico da parte del terzo a preconstituirsì una ragione di credito nei confronti del debitore originario oppure ad effettuare una liberalità (seppur indiretta) nei suoi confronti ovvero ancora ad estinguere una precedente posizione debitoria.
- 8) Cfr. ancora R. NICOLÒ, *o.u.c.*, p. 26 s.
- 9) A. DI MAJO, *Dell'adempimento in generale*, cit., p. 43 nota 6, il quale precisa altresì che l'attuale figura dell'adempimento del terzo risulta individuata in via residuale dal rapporto con altre figure negoziali; C. TURCO, *L'adempimento del terzo*, cit., p. 13.
- 10) In tal senso, P. RESCIGNO, *Studi sull'accollo*, Milano, 1958, p. 115 ss.; U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.* diretto da A. Cicu e F. Messineo, vol. I, Milano, 1974, p. 187 secondo cui la *ratio* della norma sarebbe quella di evitare interventi indesiderati sia per motivi di carattere esclusivamente morale che pratico; l'interesse del debitore troverebbe, tuttavia, un proprio temperamento nell'altrettanto rilevante interesse del creditore ad ottenere il soddisfacimento del suo interesse anche da un terzo.
- 11) Per questi rilievi R. CICALA, *L'adempimento indiretto del debito altrui*, cit., p. 196 ss.
- 12) Nel diritto romano classico con l'espressione *in solutum dare* ovvero *in solutum accipere* oppure *in solutum accipere* oppure ancora *in solutum pro soluto dare* veniva indicato, in via generica, il complesso dei *pacta* con i quali, di volta in volta, le parti predisponavano il regolamento concreto relativamente alla prestazione convenzionale di un *aliud pro alio*. L'effetto liberatorio per l'obbligato si verificava soltanto se il creditore consapevolmente avesse accettato, quale adempimento, la diversa prestazione a lui offerta. Sulla *datio in solutum* in diritto romano, cfr. G. MELILLO, *In solutum dare*, Napoli, 1970, *passim*; G. ASTUTI, (voce) *Dazione in pagamento (diritto romano e intermedio)*, in *Enc. dir.*, vol. XI, Milano, 1962, p. 727 ss.
- 13) In giurisprudenza cfr. Cass. 23 marzo 1973, n. 811, in *Rep. Foro it.*, 1973, voce *Obbligazione in genere*, n. 18, c. 1757. Ammettono espressamente una *datio* ad opera di un terzo R. NICOLÒ, *o.u.c.*, p. 237 ss.; A. ZACCARIA, *La*

prestazione in luogo dell'adempimento fra novazione e negozio modificativo del rapporto, Milano, 1987, p. 300 ss.; di questo autore, tuttavia, non si condivide la ricostruzione della *datio* come negozio modificativo come si cercherà di meglio specificare in seguito.

- 14) Così espressamente R. NICOLÒ, *o.u.c.*, p. 238.
- 15) Sul tema specifico si tornerà più avanti nel testo.
- 16) È questa, in estrema sintesi, e con ampia approssimazione, la tesi prospettata da R. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., p. 156 ss., spec. p. 160 ss.
- 17) R. NICOLÒ, *o.u.c.*, p. 103.
- 18) Tra gli altri, A. DI MAJO, *Dell'adempimento in generale*, cit., p. 45; C. CASTRONOVO, *Adempimento del terzo*, in *Comm. cod. civ.* a cura di P. Cendon, Torino, 1991, p. 39. Per le ulteriori critiche prospettate contro la tesi del Nicolò, si rinvia a quanto efficacemente riportato da C. TURCO, *L'adempimento del terzo*, cit., p. 154 ss.
- 19) P. RESCIGNO, *Incapacità naturale e adempimento*, Napoli, 1950, p. 231 s.
- 20) Cass., 7 luglio 1980, n. 4349, in *Giust. civ.*, 1981, I, p. 113.
- 21) C.A. CANNATA, *L'adempimento delle obbligazioni*, in *Tratt. di dir. priv.* diretto da P. Rescigno, vol. IX, *Obbligazioni e contratti*, tomo primo, II ed., Torino, 1999, p. 93 ss., per il quale, qualora l'esecuzione operata da un terzo non fosse considerata adempimento, mancherebbe la connessione causale con l'obbligazione originaria che, fornendo la giustificazione dell'attribuzione, renderebbe possibile il trasferimento o la costituzione del diritto a favore del creditore.
- 22) A. DI MAJO, *o.u.c.*, p. 75.
- 23) È questo un tema ampiamente approfondito da C. ABATANGELO, *Intermediazione del pagamento e ripetizione dell'indebito*, Padova, 2009, p. 177 ss.; cfr. pure gli spunti in tal senso già di W. BIGIAVI, *La delegazione*, p. 229 nota 40.
- 24) Così C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, Milano, 1993, p. 286 ss.
- 25) In tal senso C.A. CANNATA, *L'adempimento delle obbligazioni*, cit., p. 80 ss.
- 26) Cass., 4 gennaio 1966, n. 70, in *Rep. Giust. civ.*, 1966, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 26, c. 2432; Cass., 3 luglio 1980, n. 4205, in *Banca borsa e tit. cred.*, 1980, II, p. 393 ss.; in *Giur. it.*, 1981, I, 1, c. 95 ss.; Cass., 2 maggio 1957, n. 1491, in *Giur. it.*, 1958, I, 1, c. 518 ss.
- 27) Cass., 21 marzo 1969, n. 913, in *Mass. Giur. it.*, 1969, c. 2245.
- 28) Cass. 5 febbraio 1969, n. 383, in *Rep. Giust. civ.*, 1969, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 7, c. 2354.
- 29) A. DI MAJO, *o.u.c.*, p. 76, il quale qualifica espressamente l'adempimento del terzo quale atto reale.
- 30) Anche la Suprema Corte, sia pur in una risalente pronuncia afferma espressamente che <<la delegazione si raffigura nell'ipotesi di un ordine dato ed accettato di eseguire un pagamento o una qualsiasi altra prestazione a favore di un terzo...ecc.>>; in questi termini Cass., 16 luglio 1931, in *Giur. it.*, 1931, I, 1, p. 1247. In senso contrario sembrerebbe orientato invece P. GRECO, *o.u.c.*, p. 346 sulla base di una presunta *intentio legis* anche se lo stesso Autore ammette che la nostra legge non riproduce la limitazione contenuta in altri ordinamenti (cfr. § 783 BGB).
- 31) Cfr., tra gli altri, L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, vol. III, Milano, 1948, p. 146 ss.
- 32) A. ZACCARIA, *La prestazione in luogo dell'adempimento*, cit., p. 98 ss.
- 33) G. BISCONTINI, *Vicenda modificativa, <<prestazione in luogo dell'adempimento>> e novazione del rapporto obbligatorio*, in *Rass. dir. civ.*, 1989, p. 270 ss.
- 34) Cass., 30 marzo 1973, n. 888, in *Giur. it.*, 1974, I, 1, c. 973 ss.
- 35) A. ZACCARIA, *La prestazione in luogo dell'adempimento*, cit. p. 98.
- 36) U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, Milano, 1991, p. 557.
- 37) C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, cit., p. 437 s.
- 38) In tal senso, Cass., 28 ottobre 1988, n. 5852, in *Giust. civ.*, 1989, I, p. 28, la quale espressamente definisce la *datio in solutum* quale negozio con effetto estintivo della originaria obbligazione.
- 39) O. BUCCISANO, *Novazione oggettiva e contratti estintivi onerosi*, Milano, 1968, p. 166 s.; A.M. MARCHIO, (voce) *Dazione in pagamento*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. X, Roma, 1988, p. 2 s. Anche la giurisprudenza, dal canto suo, riconosce la natura solutoria ed onerosa della *datio in solutum* in numerose pronunce: cfr. Cass., 28 novembre 1984, n. 6185, in *Foro it.*, 1985, I, 1, c. 1097 ss.; Cass., 24 febbraio 1978, n. 943, in *Mass. Giur. it.*, 1978, voce *Obbligazioni e contratti* n. 157, c. 1967; Cass., 30 marzo 1968, n. 995, in *Rep. Giust. civ.*, 1968, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 19, c. 2234; Cass., 3 ottobre 1966, n. 2404, in *Giur. it.*, 1967, I, 1, p. 162 ss.

- 40) È questo l'orientamento tradizionalmente accolto dalla nostra dottrina: cfr., tra gli altri, N. COVIELLO, *Della trascrizione*, II, Napoli – Torino, 1915, p. 202 s.; C. GRASSETTI, (voce) *Datio in solutum*, in *Noviss. Dig. It.*, V, Torino, 1960, p. 174 ss.; L. MENGONI, *L'acquisto <<a non domino>>*, Milano, 1949, p. 193.
- 41) In tal senso, tra gli altri, F. AGOSTINO, *Punti fermi in materia di datio in solutum*, in *Giur. merit.*, 1972, I, p. 531 ss.; F. AGOSTINO, *Appunti sulla datio in solutum*, in *Giur. agr.*, 1975, I, 594 ss.; R. MICCIO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. Cod. civ.* a cura di magistrati e docenti, Torino, 1982, libro IV, p. 157. In giurisprudenza, Cass., 1 dicembre 2000, n. 15396, in *Mass. Giust. civ.*, 2000, p. 2534, la quale ha precisato, incidentalmente nella massima, che l'accettazione del creditore di una somma di denaro di un assegno bancario non estingue l'obbligazione se il titolo di credito non va a buon fine, in quanto in caso contrario la prestazione non può considerarsi eseguita; Trib. Catania, 30 novembre 1987, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1989, II, p. 193 ss.
- 42) In tal senso M. GIORGIANNI, (voce) *Pagamento (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, XII, Torino, 1968, p. 330.
- 43) C.M. BIANCA, *o.u.c.*, p. 283; conforme anche M. GIORGIANNI, *o.u.c.*, p. 330 il quale correttamente precisa che l'adempimento, nei casi sopra richiamati, sarebbe da considerarsi, sotto tutti i punti di vista, come adempimento del debitore.
- 44) In questi termini R. NICOLÒ, *o.u.c.*, p. 25.
- 45) Sulla compatibilità, nell'ambito della figura del mandato *in rem propriam*, degli interessi del mandante e del mandatario cfr. sin da ora U. NATOLI, *La rappresentanza*, Milano, 1977, p. 39 ss.
- 46) In tal senso, invece, Cass., 17 luglio 1974, n. 2139, in *Mass. Foro it.*, 1974, voce *Obbligazione in genere*, c. 511; Cass., 7 luglio 1980, n. 4340, in *Giust. civ.*, 1981, I, p. 111.
- 47) Il creditore, dal canto suo, non può in alcun modo sindacare i motivi dell'operato del terzo: così Cass., 23 ottobre 1999, n. 11929, in *Dir. e prat. soc.*, 2000, p. 64; cfr. anche C. ABATANGELO, *Intermediazione nel pagamento e ripetizione dell'indebito*, cit., p. 19.
- 48) Cass. 8 giugno 1977, n. 2354, in *Rep. Foro it.*, 1977, voce *Obbligazione in genere*, n. 17, c. 1905; nel caso di specie si è escluso che l'obbligo del conduttore di risarcire al locatore i danni arrecati alla cosa locata potesse ritenersi estinto per essere stati i danni stessi riparati da un successivo conduttore, che non conosceva il precedente conduttore e non fosse al corrente che quest'ultimo fosse tenuto a risarcire i suddetti danni. In termini analoghi Cass., 14 maggio 1983, n. 3323, in *Rep. Foro it.*, 1983, voce *Obbligazione in genere*, n. 16, c. 2232, secondo la quale l'adempimento di un'obbligazione (nel caso prospettato il pagamento di un canone di locazione) può essere eseguito da un terzo con effetto liberatorio per il debitore, purché la prestazione sia effettuata per conto del debitore ed in modo conforme ai termini dell'obbligazione da questi assunta, e sempre che il creditore non abbia interesse a che la prestazione liberatoria sia eseguita dallo stesso debitore.
- 49) A. DI MAJO, *o.u.c.*, p. 50; *contra* G. CIAN, (voce) *Pagamento*, in *Dig. Disc. Giur., Sez. priv.*, vol. XIII, Torino, 1995, p. 241, il quale precisa che nei rapporti creditore - terzo la vicenda resta regolata, anche nel caso di delegazione, esclusivamente dall'art. 1180 c.c.; l'art. 1269 c.c. riguarderebbe soltanto il rapporto delegante delegato, con la sola precisazione che se c'è delega non ci può essere per definizione opposizione del debitore originario all'adempimento del terzo.
- 50) Cfr. CIAN – TRABUCCHI, *Commentario breve al codice civile*, III ed., Padova, 1988, sub. art. 1269, p. 855.
- 51) Così testualmente anche G. MACCARRONE, *Contratto <<con prestazione al terzo>>*, Napoli, 1997, p. 99.
- 52) Cfr. C. ABATANGELO, *o.u.c.*, p. 26 la quale espressamente afferma la natura diretta e indiretta dell'attribuzione nell'ambito rispettivamente dell'adempimento del terzo e della delegazione. In questo senso già W. BIGIARI, *La delegazione*, cit., p. 217 ss.
- 53) In tal senso, relativamente alla figura generale del mandato, A. LUMINOSO, *Mandato, commissione e spedizione*, in *Trattato di dir. civ. e comm.* già diretto da Cicu e Messineo e continuato da L. Mengoni, Milano, 1984, p. 24 ss. e 44 ss., il quale peraltro critica la dicotomia "effetti diretti" – "effetti indiretti" in quanto l'effetto giuridico una volta che si è prodotto esaurisce la sua funzione; conformemente anche C. SANTAGATA, *Mandato. Disposizioni generali*, in *Comm. del cod. civ.* a cura di A. Scialoja e G. Branca, *Libro quarto: Obbligazioni art. 1703 – 1709*, Bologna Roma, 1985, p. 74.
- 54) È questa l'opinione sostenuta da A. DONATI, *Causalità ed astrattezza nella delegazione*, Padova, 1975, p. 178 ss.
- 55) B. VON SALPIUS, *Novation und Delegation nach römischen Recht*, Berlin, 1864, p. 48 ss.
- 56) Per una sintesi delle questioni attinenti alla delegazione in diritto romano cfr. M. TALAMANCA, (voce) *Delegazione*, (dir. rom.), in *Enc. dir.*, vol. XI, Milano, 1962, p. 918 ss.
- 57) In tal senso, tra gli altri, già R. DE RUGGIERO, *La delegazione in diritto romano*, in *Arch. Giur.*, 1899, p. 238; B. VON SALPIUS, *o.u.c.*, p. 33 e 39; in giurisprudenza Cass., 31 ottobre 1960, n. 2955, in *Rep. Foro it.*, 1960, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 307.

- 58) L'importanza del *iussum* nell'ambito della delegazione da intendersi come mandato e non come semplice autorizzazione è stata recentemente confermata da U. LA PORTA, *L'assunzione del debito altrui*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.* già diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni continuato da P. Schlesinger, Milano, 2009, p. 332 ss.; il tema del *iussum* nell'ambito della delegazione è ampiamente approfondito da tutti gli autori che si sono occupati *ex professo* della materia; *ex multis* cfr. infatti, W. BIGIAMI, *La delegazione*, cit., p. 131 ss.; più di recente cfr. pure C. ABATANGELO, *Sulla struttura della delegazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 463 ss.
- 59) Cfr. U. LA PORTA, *Bonifico bancario, delegazione di pagamento e diritti del beneficiario*, nota a Cass., 19 settembre 2008, n. 23864, in *Corr. giur.*, 2009, p. 967 secondo il quale <<l'iniziativa del debitore originario (delegante) concorre in modo determinante alla identificazione della delegazione di pagamento, nel senso che il richiamo a tale iniziativa, operato dal delegato all'atto del pagamento, attribuisce alla delegazione autonoma fisionomia funzionale rispetto all'adempimento del terzo disciplinato dall'art. 1180 c.c.>>.
- 60) In tal senso, tra gli altri, C. ABATANGELO, *Sulla struttura della delegazione*, cit., p. 465; U. LA PORTA, *L'assunzione del debito altrui*, cit., p. 314 ss.
- 61) È questa la sintesi della ricostruzione giuridica offerta in un primo momento da P. SCHLESINGER, *Adempimento del terzo e delegazione di pagamento*, in *Temi*, 1958, p. 572 ss. e accolta da U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., I, p. 179 ss.
- 62) In tal senso L. BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit. p. 142; P. RESCIGNO, *L'accollo semplice*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1957, I, p. 353 nota 60, ora in *Id.*, *Studi sull'accollo*, Milano, 1958, p. 59, nota 60, il quale ritiene che si configuri adempimento del terzo anche nel caso in cui il *solvens* paghi nell'erronea convinzione di essere obbligato verso il debitore originario per mandato o di essere stato delegato.
- 63) In tal senso già W. BIGIAMI, *La delegazione*, cit., p. 61 s. il quale ne trae anche il corollario della unitarietà della struttura tra *delegatio promittendi* e *solvendi*. La suddetta identità è accolta anche da P. RESCIGNO, (voce) *Delegazione*, cit., p. 941.
- 64) Cfr. Cass. 14 giugno 1994, n. 5770, in *Giust. civ. Mass.* 1994, fasc. 6, secondo la quale << nella delegazione di pagamento pura l'obbligazione del delegato verso il delegatario prescinde del tutto dai rapporti sottostanti di provvista (delegante - delegato) e di valuta (delegante - delegatario) e quindi dai relativi vizi (a meno che non ricorra la nullità della doppia causa, poiché in tal caso viene meno la funzione stessa della delegazione. Conseguentemente nell'ipotesi predetta, ove l'autonomia dei due rapporti è piena - come si deduce dall'ultimo comma dell'art. 1271 c.c. per il quale il delegato non può opporre le eccezioni relative al rapporto tra delegante e delegatario se ad esso le parti non hanno fatto espresso riferimento - non si ravvisa di regola una obbligazione trilatera, in quanto il delegatario non deve aderire al rapporto delegante - delegato, nè può rifiutare l'adempimento di quest'ultimo.>>. Su quest'ultima deduzione cfr. pure Cass., 23 marzo 1991, n. 3179, in *Giust. civ. Mass.*, 1991, fasc. 3 secondo cui la partecipazione del delegatario alla delegazione non è necessaria; sul punto tuttavia si tornerà più avanti nel testo in quanto la irrilevanza della partecipazione del creditore delegatario non sembra condivisibile.
- 65) Cfr. B. GRASSO, *Considerazioni sul cd. iussum accipiendi nella delegazione di debito*, in *Saggi di diritto civile*, Napoli, 1989, p. 151 ss.; più di recente *Id.* *Delegazione, espromissione e accollo*, in *Il Cod. civ. Comm.* fondato da P. Schlesinger diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2011, p. 36 ss.; aderisce a siffatta impostazione anche U. LA PORTA, *o.u.c.*, p. 314 ss.
- 66) Così A. DONATI, *o.u.c.*, p. 11 ss. il quale fa discendere da tale affermazione una serie di ulteriori corollari quali l'impossibilità di utilizzare lo schema delegatorio al fine di costituire un rapporto giuridico tra delegante e delegatario e l'irrilevanza del rapporto di provvista.
- 67) A. DONATI, *o.u.c.*, p. 31.
- 68) A. DONATI, *o.u.c.*, p. 178.
- 69) In tal senso già R. NICOLÒ, *Il negozio delegatorio*, cit., p. 157.
- 70) Aderiscono a siffatta impostazione G.L. PELLIZZI, *Fallimento del delegante e successiva esecuzione del <<iussum>>*, cit., p. 576 ss.; P. GRECO, (voce) *Delegazione*, cit., p. 334; B. GRASSO, *Considerazioni sul cd. iussum accipiendi nella delegazione di debito*, cit., p. 156.
- 71) Così B. GRASSO, *Delegazione, espromissione, accollo*, cit., p. 73 ss.; U. LA PORTA, *L'assunzione del debito altrui*, cit. p. 302.
- 72) In tal senso G. GIACOBBE – D. GIACOBBE, *Della delegazione, dell'espromissione e dell'accollo*, cit., p. 40.
- 73) P. RESCIGNO, (voce) *Delegazione*, cit., p. 947, il quale ritiene che la delegazione di pagamento possa anche essere effettuata al solo fine di consegnare una cosa; cfr. pure R. NICOLÒ, *Il negozio delegatorio*, cit., p. 203.

- 74)** In tal senso ancora B. GRASSO, *Considerazioni sul cd. iussum accipiendi nella delegazione di debito*, cit., p. 157 s.; *contra* A. DONATI, *o.u.c.*, p. 124 ss. il quale ritiene che proprio dal regime delle eccezioni si potrebbe dedurre la presunta necessità del richiamo al rapporto di valuta nella delegazione.
- 75)** In tal senso, correggendo il suo precedente orientamento P. SCHLESINGER, *Il pagamento al terzo*, cit., p. 88.
- 76)** La possibilità di utilizzare la delegazione non solo per estinguere ma anche per costituire rapporti obbligatori era già affermata da R. NICOLÒ, *Il negozio delegatorio*, cit., p. 11; cfr. pure M. ANDREOLI, *La delegazione*, cit., p. 4 ed ivi l'ampia ricostruzione storica dell'istituto; W. BIGIAMI, *La delegazione*, cit., p. 4; in giurisprudenza cfr. Trib. Bologna, 6 giugno 2006, in *Obbl. e contr.*, Milano, 2006, p. 1037 ss.
- 77)** Sul punto cfr. ancora C. ABATANGELO, *Intermediazione nel pagamento e ripetizione dell'indebito*, cit. p. 148 s.
- 78)** B. GRASSO, *Delegazione, espromissione e accollo*, cit. 48, avverte infatti l'esigenza di non cadere in commistioni o sovrapposizioni dei due istituti.
- 79)** Cfr. G.L. PELLIZZI, *L'assegno bancario*, Padova, 1964, p. 37 secondo cui la delegazione seppure indipendente dai rapporti di base non è indipendente dall'esistenza e dalla validità del *iussum*, tanto che dimostratosi questo inesistente o nullo ne deriva l'invalidità del rapporto finale; cfr. pure U. LA PORTA, *L'assunzione del debito altrui*, cit., p. 354 secondo il quale il delegato può opporre al delegatario il difetto o la nullità del mandato in quanto determinante la mancanza di causa dello stesso contratto delegatorio.
- 80)** Sul punto, cfr. U. LA PORTA, *Bonifico bancario, delegazione di pagamento e diritti del beneficiario*, cit., p. 971 il quale espressamente afferma che <<mentre il creditore, ai sensi dell'art. 1180 c. c., non può, salvo che ricorra un giustificato motivo, rifiutare l'adempimento del terzo, in quanto normalmente estintivo, in via definitiva, delle sue ragioni di credito originarie, egli ben potrebbe rifiutare l'adempimento del delegato in quanto questo lo esporrebbe, anche nel caso di delegazione pura, al rischio di inesistenza del mandato e dunque al rischio di ripetizione del pagamento ricevuto.>>.
- 81)** Così invece B. GRASSO, *o.u.c.*, cit., p. 49.