



2

La delegazione a trasferire

SOMMARIO

2.1. Delegazione e rapporto giuridico plurilaterale senza comunione di scopo. – 2.2. L'attribuzione indiretta. – 2.3. La struttura della fattispecie sotto il vigore del codice previgente. – 2.4. (*segue*) ... sotto il vigore del codice attuale. – 2.5. (*segue*) ... secondo una prospettiva comparatistica. – 2.6. (*segue*) ... secondo l'assetto degli interessi concretamente perseguito dalle parti. – 2.7. La disciplina giuridica: forma, invalidità e vizi del consenso, fallimento. – 2.8. (*segue*) ... le garanzie. – 2.9. Delegazione di pagamento e delegazione a trasferire. – 2.10. Delegazione a trasferire (doppiamente) titolata e nullità della doppia causa. – 2.11. Aspetti pubblicitari, fiscali, redazionali.

2.1. *Delegazione e rapporto giuridico plurilaterale senza comunione di scopo*

L'esame di altra fattispecie ricorrente nella pratica offre l'opportunità di rivedere, nell'ambito del rapporto giuridico plurilaterale senza comunione di scopo, l'istituto della delegazione, nella particolare configurazione che può assumere, quale delegazione, non semplice-

mente a promettere, ma a trasferire, ferma la distinzione di questa fattispecie rispetto a quella sottesa alla delegazione di pagamento.

Si pensi a quest'ipotesi: Tizio trasferisce all'imprenditore edile Caio il suolo edificabile *omega*; le parti utilizzano lo schema (parzialmente simulato) della compravendita, ma, in effetti, in una scrittura privata *a latere* (controdi chiarazione), le parti stabiliscono, a favore del trasferente Tizio, in sostituzione del prezzo, il diritto a tre appartamenti di una certa metratura nell'ambito dell'erigendo complesso residenziale, con facoltà di scelta attribuita allo stesso Tizio.

Sui negozi aventi ad oggetto porzioni di fabbricati da costruire cfr., ora, la recente legge delega, 2 agosto 2004, n. 189, la quale, con l'imporre inderogabilmente al costruttore la prestazione di adeguata fideiussione di importo pari alle somme e al valore di ogni altro corrispettivo ricevuti e da ricevere a titolo di acconto o, comunque, prima della produzione dell'effetto traslativo, dovrebbe favorire, con gli emanandi decreti legislativi, l'emersione della sostanza economica delle transazioni riconducibili a fattispecie analoghe o corrispondenti a quella appena delineata.

Tizio, ad ultimazione avvenuta del complesso residenziale, opera la scelta dei tre appartamenti, mettendone in vendita uno, prima di acquisirne formalmente la proprietà. In particolare, stipula con Sempronio un contratto preliminare di compravendita, con il quale promette di vendere o di far vendere, ai sensi dell'art. 1381 c.c., a Sempronio, che promette di acquistare, l'appartamento *alfa*. L'operazione si conclude con un negozio, con il quale l'imprenditore Caio, *su delega* di Tizio, trasferisce l'appartamento alfa a Sempronio, che paga il prezzo convenuto, consegnando a Caio un assegno circolare all'ordine di Tizio.

La causa di tale negozio è, a ben vedere, quella stessa della compravendita e cioè quella dello scambio di cosa contro prezzo.

Il rapporto che si costituisce è, peraltro, un rapporto triangolare, in quanto, come si è visto, Caio trasferisce a Sempronio su delega di Tizio.

Si può, tuttavia, osservare che il meccanismo delegatorio utilizzato è soltanto uno strumento di attuazione della causa di scambio di cosa contro prezzo e cioè della causa tipica della compravendita bilaterale.

Caio, dunque, trasferisce a Sempronio su delega di Tizio.

Il trasferimento di Caio non si realizza, peraltro, in questa ipotesi, attraverso un negozio unilaterale a titolo gratuito; il trasferimento di Caio integra, piuttosto, nella fattispecie concreta, quella che la dot-

trina chiama dichiarazione di messa a disposizione del diritto, la quale deve combinarsi con la dichiarazione di appropriazione e di accettazione del destinatario Sempronio (cfr. GORLA, *La compravendita*, Torino, 1937, n. 5, 16 ss.).

Il trasferimento, come si è visto, avviene, infatti, a titolo oneroso, vale a dire esige una controprestazione, destinata, peraltro, non a Caio, ma a Tizio.

Sempronio, quindi, accetta ed acquista da Caio, ma paga a Tizio, che indica per il pagamento lo stesso Caio.

Può, così, riconoscersi, nella fattispecie concreta, l'esistenza di un negozio unico con effetti traslativi, risultante dall'accordo delle parti sulle dichiarazioni di Tizio rivolte a Caio e Sempronio; sulla dichiarazione di Caio rivolta a Sempronio con effetto di accettazione della dichiarazione di Tizio e sulla dichiarazione di Sempronio che accompagna il pagamento ed accetta il trasferimento di Caio e la dichiarazione di Tizio.

La compravendita, qui, non rileva, come tipo contrattuale, sul piano della struttura della fattispecie, ma come causa del rapporto, che, per il tramite della delegazione, si viene ad instaurare tra delegante e delegatario.

Il delegato Caio, con la dichiarazione di messa a disposizione del bene, garantisce di esserne il proprietario, rispondendo, così, in caso contrario, per il valore dello stesso, oltre che dei danni, ma il delegatario-compratore Sempronio conserva una azione di garanzia per evizione nei confronti del delegante – venditore Tizio, esercitabile in via diretta e non sussidiaria, come, invece, accade nella disciplina generale della *delegatio promittendi*, in quanto, in questo caso, trattasi di responsabilità aventi fonte, contenuto e natura giuridica diverse.

Potrebbero, invero, le parti perfezionare la fattispecie non già attraverso un negozio unitario, sia pure a formazione successiva, ma attraverso più negozi tra loro collegati e cioè l'accordo bilaterale tra Tizio e Sempronio; l'accordo bilaterale tra Tizio e Caio; ed, infine, un contratto di compravendita tra Caio e Sempronio, in cui Caio, su delega di Tizio, vende a Sempronio, che accetta ed acquista e paga il prezzo, su delega di Caio, mediante assegni circolari all'ordine di Tizio.

In questo caso, la compravendita è sia, sotto il profilo strutturale del contratto tra Caio e Sempronio, uno dei tre negozi posti in essere, sia, sotto il profilo funzionale dei rapporti (di valuta) tra Tizio e Sempronio, la ragione pratica del collegamento negoziale programmato e concretamente realizzato dalle parti.

Le parti, peraltro, ponendo in essere, non un negozio unitario, sia

pure a formazione successiva, come nella prima soluzione, ma un collegamento negoziale di tre negozi bilaterali, potrebbero astrarre il rapporto finale di compravendita tra Caio e Sempronio dalla sorte dei rapporti di provvista e di valuta; Caio e Sempronio potrebbero, infatti, convenire che la compravendita tra di essi intercorsa rimanga, comunque, valida ed efficace a prescindere dalla sorte dei rapporti esistenti tra Caio e Tizio e tra Tizio e Sempronio, salva l'ipotesi della nullità, inefficacia od inesistenza di entrambi tali rapporti.

Al di fuori del meccanismo delegatorio, la soluzione della fattispecie concreta potrebbe ricercarsi sul piano della integrazione successiva della legittimazione a disporre di cosa altrui, nel senso di un negozio di compravendita, con il quale Tizio dispone, in nome proprio, di un bene di Caio, a favore di Sempronio; negozio inefficace, per carenza di legittimazione, fino all'approvazione di Caio, titolare del bene (sull'approvazione del titolare cfr. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 1987, 128 ss.), a seguito della quale diventa operativo il trasferimento del bene dal patrimonio di Caio a quello di Sempronio, in ciò distinguendosi, la dinamica di tale vicenda giuridica, da quella propria della piena efficacia traslativa della vendita di cosa altrui, che si determina quando, per un istante ideale, il venditore acquista la proprietà della cosa dal titolare di essa (sulla vendita di cosa altrui cfr., per tutti, CAPOZZI, *Dei singoli contratti*, Milano, 1988, 110 ss.).

Nel caso dell'approvazione successiva di un negozio dispositivo di bene altrui, non nasce, a ben vedere, alcun rapporto giuridico plurilaterale, neanche per effetto di collegamento negoziale; il rapporto tra Tizio e Sempronio rimane, infatti, bilaterale e l'approvazione successiva di Caio, rivolgendosi al negozio bilaterale già compiuto, pur consentendo l'operatività del trasferimento del bene dal patrimonio di Caio a quello di Sempronio, non determina la nascita di alcun rapporto giuridico tra Caio e Sempronio, ma soltanto, ed eventualmente, l'adempimento di un precedente rapporto tra Caio e Tizio, ovvero la costituzione di un nuovo rapporto tra di essi (cfr., in tal senso, BIANCA, *op. cit.*, 130, per il quale «il rapporto autorizzante-autorizzato sarà disciplinato secondo la causa di esso (liberalità, transazione, ecc.)»).

Che sia, peraltro, possibile utilizzare il meccanismo delegatorio per la soluzione della fattispecie concreta in esame, risulta anche dal raffronto con altri sistemi giuridici e precisamente con quello anglosassone, che conosce l'ipotesi della *delegation of performance of the seller*, disciplinandola nel senso che il venditore delegante rimane responsabile verso il compratore dei danni che al medesimo possano

derivare dalla delegazione fino al limite di quelli che lo stesso avrebbe potuto prevenire:

«the seller is liable to the buyer for damages caused by delegation to the extent that the damages could not reasonably be prevented by the buyer»

MONTANA, Code Annotated, 1999, *Delegation of performance – assignment of rights*, 30-2-210, (Effective July 1, 2001).

Questa disciplina mantiene, così, integra la figura giuridica e la responsabilità del venditore in testa al delegante, anche se l'attribuzione avviene per il tramite della delegazione.

Questa disciplina sembra, quindi, aver presente la prima delle soluzioni proposte: un negozio unico con effetti traslativi, risultante dall'accordo delle parti sulle dichiarazioni di Tizio rivolte a Caio e Sempronio; sulla dichiarazione di Caio rivolta a Sempronio con effetto di accettazione della dichiarazione di Tizio e sulla dichiarazione di Sempronio che accompagna il pagamento ed accetta il trasferimento di Caio e la dichiarazione di Tizio, con l'ulteriore precisazione, già rilevata, che la compravendita, qui, non rileva, come tipo contrattuale, sul piano della struttura della fattispecie, ma come causa del rapporto, che, per il tramite della delegazione, si viene ad instaurare tra delegante e delegatario.

Anche nell'ipotesi del negozio unitario, tuttavia, lo stesso, come si vedrà, può essere scomposto in più dichiarazioni di volontà, per così dire autonome, cioè idonee, di per sé, alla produzione di effetti giuridici non meramente prodromici o strumentali e ciò a differenza del mero valore prenegoziale della semplice proposta o accettazione contrattuale.

2.2. L'attribuzione indiretta

Prima di approfondire l'esame strutturale della fattispecie delegatoria, è opportuno riflettere ulteriormente sul concetto di attribuzione indiretta, che si è venuto sopra delineando.

Caio su delega di Tizio trasferisce a Sempronio, che accetta ed acquista da Caio, ma paga a Tizio, che indica per il pagamento lo stesso Caio. L'attribuzione di Caio consente, così, la realizzazione di un rapporto di compravendita tra Tizio e Sempronio, *come se* quell'attribuzione provenisse dallo stesso Tizio.

Come possa l'unica prestazione del delegato al delegatario dispiegare la sua efficacia sul rapporto di valuta, oltre che sul rapporto di provvista, è stato oggetto di un articolato dibattito dottrinale, sin dal tempo dei giuristi romani.

Il fenomeno veniva spiegato da Celso con il duplice trasferimento della proprietà dal delegato al delegante e dal delegante al delegatario (teoria del doppio passaggio di proprietà, cosiddetta *Durchgangstheorie* dei giuristi tedeschi); Giuliano, invece, affermava l'unicità del trasferimento dal delegato al delegatario, precisando, peraltro, che la liberazione del delegato nei confronti del delegante non avveniva *ipso iure*, come nella teoria celsina, ma a seguito della cessione al delegante dell'azione che poteva spettare al delegato nei confronti del delegatario (sul dibattito intorno alla prestazione indiretta al tempo dei giuristi romani cfr., sinteticamente, BOTTIGLIERI, *Delegazione*, in *Enc. giur. Treccani*, X, Roma, 1989, 17).

La teoria giulianea è stata autorevolmente ripresa da chi, evidenziando l'inutilità e la finzione della dinamica del doppio passaggio di proprietà, ha osservato che «il delegato-proprietario, con il fatto della prestazione al delegatario eseguita sulla base di un *iussum* del delegante, a sua volta autorizza quest'ultimo a disporre come meglio crede della cosa prestata, sia trasferendone direttamente la proprietà al delegatario ..., sia decidendo di attribuire a se stesso (delegante) la proprietà della cosa in parola, lasciandone al delegatario il mero godimento temporaneo» (cfr. BIGIAMI, *La delegazione*, Padova, 1940, 237).

Qualora il trasferimento dal delegato al delegatario sia invalido per incapacità del delegatario o inefficace per il dissenso tra delegante e delegatario sulla causa della attribuzione (ad esempio l'uno vuole donare e l'altro vuole comperare o prendere a mutuo), si è, quindi, affermato, che sebbene la cosa appartenga, ancora, giuridicamente al patrimonio del delegato, non v'è dubbio che economicamente essa ne è uscita, in quanto solo il delegante può disporne a favore di una persona qualsiasi, anche di se stesso e, quindi, nel caso di fallimento del delegato, la cosa prestata invalidamente o inefficacemente al delegatario non farà parte della massa attiva (cfr. BIGIAMI, *op. cit.*, 241).

Secondo altra impostazione, che, viceversa, si riconduce alla teoria celsina, il delegante ha diritto ad avere la prestazione e ad acquistare la proprietà delle cose dovutegli, anche per trasmetterla ad altri, e, nell'invito rivolto al delegato, intende realizzare tale diritto, sostituendo a sé il delegatario, agli effetti della individuazione delle cose dovute, necessaria per l'acquisto della proprietà di beni, che ha già, peraltro, anteriormente alienato al delegatario, e quindi perde la

proprietà stessa nell'istante medesimo in cui la consegue (cfr. DALMARTELLO, *Recensione a Bigiavi*, in *Riv. dir. civ.*, 1943, 123).

Quest'ultima impostazione, elaborata avendo principalmente presente la *delegatio solvendi* di cose generiche, riproduce la dinamica del doppio trasferimento di proprietà, criticando lo sviluppo della tesi giuliana, che ravvisa, nell'attribuzione del delegato, un'autorizzazione, al delegante, a disporre della cosa prestata, sotto il profilo che non si riuscirebbe a capire come possa vedersi un'autorizzazione in un atto, l'attribuzione del delegato, che non si dirige al preteso autorizzato.

Questa osservazione critica può, tuttavia, essere agevolmente superata, qualora la fattispecie, non riconducibile ad una semplice *delegatio solvendi* di cose generiche, assuma, in concreto, la struttura di un negozio unitario, in cui la dichiarazione di volontà di ciascun soggetto del rapporto si indirizza a ciascuno degli altri due, mentre, qualora la fattispecie assuma, in concreto, la struttura di tre negozi collegati, il problema non sorge neppure, in quanto il rapporto finale traslativo è, come si è visto, una compravendita tra il delegato ed il delegatario ed il bene non passa, nemmeno per un istante ideale, nel patrimonio del delegante, anche se, da un lato, la giustificazione causale e, conseguentemente, la disciplina del rapporto di valuta, corrente tra delegante e delegatario, continua ad essere quella di una compravendita tra di essi intercorrente, e, dall'altro, in caso di invalidità o inefficacia del rapporto finale, il diritto del delegante al bene, rimasto nel patrimonio del delegato, potrà trovare realizzazione secondo quanto delegante e delegatario avranno disposto, per quella eventualità, nell'accordo bilaterale tra di essi intercorso.

2.3. La struttura della fattispecie sotto il vigore del codice previgente

Quello della struttura della fattispecie delegatoria è stato, da sempre, uno dei problemi più dibattuti dagli interpreti. Il limite di tale dibattito è stato, forse, quello di porsi sul piano squisitamente teorico, aderendo, aprioristicamente, le varie posizioni, all'una o all'altra ricostruzione dell'istituto, senza considerare che, di volta in volta e secondo l'effettiva volontà delle parti, la fattispecie concreta può avere struttura unitaria o, viceversa, constare di un collegamento di più negozi autonomi.

Sotto il vigore del codice previgente si contrapponevano una concezione unitaria della delegazione che faceva capo al Nicolò ed una

concezione atomistica sostenuta dal Bigiavi. Il primo autore ricostruiva la fattispecie delegatoria come un unitario negozio giuridico plurilaterale (cfr. NICOLÒ, *Il negozio delegatorio*, Messina, 1932, 111 ss.; ANDREOLI, *Delegazione*, Padova, 1937, 395 ss.).

Altra teoria unitaria era sostenuta da COVIELLO, *Della successione nei debiti a titolo particolare*, in *Arch. giur.*, 1896, 364, per il quale la delegazione sarebbe, non un negozio giuridico plurilaterale, ma un contratto, in quanto delegante e delegato formerebbero un'unica parte, che dà vita ad un'offerta collettiva. Per la critica di questa teoria, sotto il profilo che risulterebbe assai strano che, dei due soggetti che formano la parte proponente, l'uno – il delegato – abbia tutti gli obblighi e l'altro – il delegante – abbia tutti i diritti, oltre che sotto il profilo dell'inadeguatezza a spiegare gli effetti della prestazione del delegato nella sfera giuridica del delegante, cfr. NICOLÒ, *op. cit.*, 65-66. Aderiva alla teoria unitaria, pur negando la ricostruzione della fattispecie in termini di *contratto trilaterale*, GRECO, *Delegazione e obbligazione nel diritto civile italiano*, Napoli, 1928, 23 ss.

Gli elementi costitutivi di tale negozio venivano individuati, da un lato, nelle dichiarazioni autorizzative del delegante dirette al delegato ed al delegatario e consistenti nel riconoscimento dell'efficacia del rapporto delegato-delegatario nella sfera giuridica del delegante, (cfr. NICOLÒ, *op. cit.*, 75-76), e precisamente, sia nel rapporto delegante-delegato, sia in quello delegante-delegatario, e, dall'altro, nella costituzione del rapporto finale delegato-delegatario. Vi è da precisare che questa ricostruzione considera le autorizzazioni come elementi inscindibili dal tutto e non come entità autonome e materialmente separabili. Esse infatti esplicano la loro efficacia soltanto quando si costituisce il rapporto finale delegato-delegatario; prima di quel momento si ha soltanto un progetto di delegazione, una situazione preliminare, un elemento costitutivo, non già un negozio a sé, interamente perfetto (cfr. NICOLÒ, *op. cit.*, 78).

Le dichiarazioni autorizzative del delegante costituiscono, peraltro, l'espressione ultima e concretamente rilevabile dei rapporti di base, i quali, per un fenomeno di necessaria propagazione, attraverso quelle dichiarazioni di volontà del delegante, si pongono, entrambi, in relazione, sia pure in modo diverso tra loro, con il rapporto finale. Infatti, secondo questa impostazione, per il delegante, i rapporti interni, pur funzionando, entrambi, da presupposto, non hanno la medesima rilevanza causale. Il rapporto interno delegante-delegato esaurisce la sua efficacia funzionale con la semplice costituzione del rapporto finale, sul quale non viene ad esercitare alcuna azione giuridicamente rilevabile. Se il risultato finale, cui tende tutto il negozio di delegazione,

è l'attribuzione patrimoniale del delegato al delegatario, il rapporto che lega il delegato al delegante rappresenta, per questi, il mezzo per giungere a quell'attribuzione ed è destinato ad essere estinto per effetto riflesso dell'attribuzione medesima. In altri termini, il rapporto interno con il delegato viene, dal delegante, destinato al fine di ottenere la costituzione del rapporto giuridico tra delegato e delegatario e, con questa destinazione, il rapporto interno esaurisce la sua efficacia e non può, quindi, avere alcuna influenza, neppure mediata, nei riguardi del delegatario e del rapporto finale, di cui questi è il soggetto attivo (cfr. NICOLÒ, *op. cit.*, 168).

L'altro rapporto di base, che corre tra delegante e delegatario, non limita, invece, la sua sfera di azione alle relazioni puramente interne. Esso è, infatti, il rapporto tenuto presente da tutti i soggetti della fattispecie delegatoria, affinché, con il perfezionamento di questa, ne venga estinto o trasformato. Se l'intento pratico, che il delegante persegue con le sue dichiarazioni e viene a realizzare con la costituzione del rapporto finale, è quello di procurare un'attribuzione patrimoniale al delegatario, tale attribuzione trova la sua giustificazione causale proprio nel rapporto delegante-delegatario, o, ancora più precisamente, nel nuovo atteggiamento, che, a questo rapporto, si vuole fare assumere. Tale rapporto si atteggia, quindi, ad elemento causale, non solo del rapporto finale, ma di tutto il complesso meccanismo esteriore della delegazione (cfr. NICOLÒ, *op. cit.*, 169-171).

La concezione atomistica sostenuta da Bigiavi, invece, rilevava l'impossibilità di fondere con la promessa finale di evidente natura contrattuale distinti ed autonomi negozi dotati di una propria individualità giuridica, quali le dichiarazioni del delegante al delegato ed, eventualmente, al delegatario. Ed infatti, secondo tale concezione, data l'esistenza di tre parti, la stipulazione di un contratto tra due di queste rende impossibile fare ricorso alla costruzione del negozio giuridico plurilaterale, proposta appunto per scartare, in determinate ipotesi, la figura giuridica del contratto (cfr. BIGIAVI, *op. cit.*, 380).

Di conseguenza, nemmeno può essere individuata una unitaria causa negoziale, dal momento che, se esiste una causa, variabile, dell'obbligazione o della prestazione del delegato, così come esiste, anch'essa variabile, una *causa stipulandi* od *accipiendi* del delegatario, non esiste, invece, e non potrebbe esistere, una causa della delegazione, appunto perché quest'ultima non è un negozio unitario (cfr. BIGIAVI, *op. cit.*, 389).

Secondo tale concezione, la delegazione viene, così, ad integrare un collegamento negoziale, tra la dichiarazione di volontà del dele-

gante, verso il delegato, ricostruita come un'autorizzazione o *iussum*, nel caso di delegazione su debito (cfr. BIGIAMI, *op. cit.*, 149 ss.), e come un'offerta di mandato, nel caso di delegazione allo scoperto (cfr. BIGIAMI, *op. cit.*, 154 ss.), ed, eventualmente, la dichiarazione autorizzativa rivolta dal delegante al delegatario, producente unicamente l'effetto di rendere possibile, a quest'ultimo, di sollecitare l'attribuzione del delegato (cfr. BIGIAMI, *op. cit.*, 182 ss.), ed, infine, il contratto, dal quale scaturisce il rapporto finale delegato-delegatario.

Questa diversità di impostazione si riflette anche nella diversa, conseguente, interpretazione del controverso art. 1278 c.c. 1865, per il quale “il debitore che accettò la delegazione non può opporre al secondo creditore le eccezioni che avrebbe potuto opporre al creditore originario, salva però la sua azione contro di questo ...”. Secondo la teoria unitaria, infatti, se l'articolo appena riportato impediva al delegato di opporre al delegatario le eccezioni scaturenti dal rapporto di provvista, esso nulla diceva con riguardo al rapporto di valuta e, pertanto, trattandosi di delegazione cumulativa, avente come causa la trasformazione del rapporto di valuta, il delegato avrebbe potuto sempre opporre tutte le eccezioni derivanti da tale rapporto; trattandosi, invece, di delegazione novativa, avente come causa l'estinzione del rapporto delegante-delegatario, il delegato avrebbe potuto addurre soltanto la nullità o l'inesistenza, non già l'annullabilità di quest'ultimo rapporto (cfr. NICOLÒ, *op. cit.*, 168), salva l'azione di ripetizione del delegante verso il delegatario.

Secondo la concezione atomistica, invece, il silenzio dell'art. 1278 c.c. 1865, riguardo al rapporto di valuta, non poteva consentire al delegato di opporre le eccezioni relative a quest'ultimo rapporto, qualora le parti non vi avessero fatto espresso riferimento. La norma in esame aveva, in effetti, presente il solo rapporto di provvista, per il fatto che questo soltanto costituiva, verso il delegante, la causa dell'obbligazione del delegato, sicché costui, senza una norma espressa, che avesse degradato a semplice motivo irrilevante, per il delegatario, il rapporto di provvista, avrebbe potuto essere indotto ad opporre, a quest'ultimo, le eccezioni derivanti dal rapporto medesimo (cfr. BIGIAMI, *op. cit.*, 308).

Al contrario, non vi era, affatto, la necessità di disporre, in quella o in altre norme, che il delegato non potesse opporre le eccezioni relative al rapporto di valuta. Infatti, quest'ultimo rapporto poteva configurarsi, rispetto al delegato, come “*res inter alios acta*”, sicché era ben ovvio che egli non potesse avvalersi di una *exceptio de iure tertii* (cfr. BIGIAMI, *op. cit.*, 309).

Da questo punto di vista, poteva essere di nessun rilievo il fatto che il delegatario venisse, così, a ricevere senza causa, in quanto tale circostanza non significava affatto che il delegato avesse promesso o prestato senza causa, e, per tale ragione, il delegato non avrebbe potuto opporre le eccezioni derivanti dal rapporto di valuta. E, data la mancanza di ogni norma in proposito, tale regola veniva mantenuta ferma, anche quando la causa del rapporto di valuta fosse stata *contra legem*, oppure *contra bonos mores*, salvo che il delegato, effettuando la prestazione, avesse commesso un reato (cfr. BIGIAMI, *op. cit.*, 310-311).

In altri termini, questa tesi, in tanto negava l'opponibilità delle eccezioni, scaturenti dal rapporto di valuta, in quanto quest'ultimo era e doveva rimanere giuridicamente ignoto al delegato, il quale "*etiamsi sciisset, dissimulare debebat ne curiosus videretur*" (cfr. BIGIAMI, *op. cit.*, 309, nota 131).

2.4. (segue) ... sotto il vigore del codice attuale

Il dibattito sulla struttura della fattispecie delegatoria non è cessato nemmeno sotto il vigore del vigente Codice Civile, benché quest'ultimo abbia dettato una disciplina più articolata e completa, prevedendo espressamente, all'art. 1271, quale ipotesi normale, la delegazione pura, vale a dire svincolata da entrambi i rapporti di base. La giurisprudenza ha costantemente accolto la teoria unitaria, pur ammettendo la possibilità della formazione progressiva e non contestuale della fattispecie (cfr. Cass. 9 ottobre 1958, n. 3178, in *Giust. civ.*, 1958, I, 1832; Cass. 14 maggio 1962, n. 998, in *Giust. civ.*, 1962, I, 1908; Cass. 7 aprile 1964, n. 773, in *Giust. civ.*, 1964, I, 921; Cass. 13 novembre 1964, n. 2732, in *Giust. civ.*, 1965, I, 1007; Cass. 11 ottobre 1967, n. 2907, in *Foro it.*, 1968, I, 676; Cass. 3 febbraio 1969, n. 305, in *Foro it.*, 1969, I, 1492; Cass. 13 maggio 1969, n. 1637, in *Giust. civ. Mass.*, 1969, 846; Cass. 15 marzo 1971, n. 723, in *Giust. civ. Rep.*, 1971, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 138; Cass. 12 marzo 1973, n. 676, in *Giust. civ. Mass.*, 1973, 349).

La delegazione viene, quindi, ricostruita come un unitario negozio trilaterale, caratterizzato dalla compresenza di tre dichiarazioni in capo ai tre soggetti del rapporto, l'efficacia di ciascuna delle quali è subordinata a quella delle altre due.

Rare decisioni hanno, invece, aderito alla concezione atomistica

(cfr. Cass. 28 gennaio 1961, n. 155, in *Giur. it.*, 1, 1, 135; Trib. Milano, 9 settembre 1954, in *Giur. it.*, 1956, I, 2, 324).

Merita, peraltro, di essere segnalata per il diverso tipo di approccio, volto all'esame dell'assetto di interessi, di volta in volta, concretamente perseguito dalle parti, quella decisione, per la quale

Giurisprudenza 

«la delegazione può essere realizzata attraverso una pluralità di distinti negozi bilaterali e unilaterali, dotati ciascuno di una propria causa, pur se tra loro finalisticamente collegati»

Cass. 17 maggio 2000, n. 6387.

La dottrina prevalente sostiene, invece, una concezione atomistica, argomentando dall'impossibilità di individuare una causa unica dell'intero procedimento delegatorio, non potendo considerarsi tale la *celeritas coniungendarum actionum*, e cioè la possibilità di realizzare, con un solo atto, due rapporti giuridici, ovvero la concentrazione delle due prestazioni di base in una prestazione unica, posto che causa di una attribuzione patrimoniale può essere in senso tecnico-giuridico soltanto un'altra attribuzione patrimoniale o lo spirito di liberalità (cfr. RESCIGNO, *Delegazione*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, 960; BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, Milano, 1992, 637; MAGAZZÙ, *Delegazione*, in *Digesto, Disc. priv., sez. civ.*, V, Torino, 1989, 160).

Altro argomento portato dalla dottrina prevalente a sostegno della concezione atomistica è quello tratto dall'analisi dell'art. 1270, comma 2, c.c., che, consentendo al delegato di assumere l'obbligazione o di eseguire il pagamento dopo la morte o la sopravvenuta incapacità del delegante, detta una regola opposta a quella che disciplina la conclusione dei contratti e quindi anche dei negozi plurilaterali (cfr. RESCIGNO, *op. cit.*, 960).

Altri autori evidenziano, quali elementi ostativi alla concezione unitaria, soprattutto difficoltà di ordine strutturale, quali sono quelle derivanti dall'eterogeneità degli elementi negoziali – due autorizzazioni o mandati delegante-delegato e delegante-delegatario ed un contratto delegato-delegatario – che concorrono a determinare la triangolare situazione delegatoria (cfr. GRECO, *Delegazione (diritto civile)*, in *Nov. Dig. it.*, Torino, 1960, 336).

Altro argomento posto a sostegno della concezione atomistica è stato quello che la teoria dell'unico negozio trilaterale non riuscirebbe comunque a ricomprendere la figura della delegazione di paga-

mento, in quanto, in questa figura, tra delegato e delegatario, non si svolge alcuna attività di natura negoziale, limitandosi questi soggetti, rispettivamente, ad eseguire ed a ricevere un pagamento (cfr. MAGAZZÙ, *op. cit.*, 160-161, testo e nota 25).

La dottrina prevalente, che sostiene la concezione atomistica, non esclude, tuttavia, la legittimità di una ricostruzione in certo senso unitaria dell'istituto, considerando l'operazione delegatoria nel complesso dei suoi elementi tra loro collegati in vista del risultato con essa conseguibile e che ne rappresenta sinteticamente la essenziale funzione di strumento per la realizzazione di un'attribuzione patrimoniale indiretta del delegante al delegatario per mezzo del delegato (cfr. MAGAZZÙ, *op. cit.*, 160-161; BIANCA, *op. ult. cit.*, 637).

Altra parte della dottrina ha sostenuto una concezione unitaria, disegnando la delegazione tipica come un negozio a causa generica costante, che sarebbe quella di determinare la successione nel debito, attraverso la realizzazione di due distinti rapporti obbligatori. Tale causa generica sarebbe, peraltro, suscettibile di essere integrata da ulteriori profili funzionali specifici, derivanti dalla possibile molteplicità dei rapporti delegante-delegato (cfr. MANCINI, *La delegazione*, in *Tratt. Rescigno*, 9, I, Torino, 2^a ed., 1999, 488).

Secondo questa ricostruzione l'inopponibilità delle eccezioni relative al rapporto delegante-delegatario non deriva da un fenomeno di astrattezza, ma dal fatto che il delegato si pone come terzo, carente di interesse, in relazione a tale rapporto, mentre sussiste un fenomeno di vera e propria astrazione rispetto al rapporto delegato-delegante, in quanto tale rapporto sarebbe rilevante senza la specifica disposizione contenuta nell'art. 1271, comma 2, c.c. (cfr. MANCINI, *op. cit.*, 488-489).

Ripropono, di recente, la tesi del negozio trilaterale NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000, 383 ss., per la quale tale negozio determina la convergenza di tre volontà su un duplice effetto, il sorgere dell'obbligo del delegato ed il conteggio nella sfera giuridica del delegante.

Altra parte della dottrina ha cercato di spostare l'oggetto dell'indagine dalla fattispecie costitutiva alla situazione effettuale che ne deriva, affermando che la delegazione non indica un negozio, ma una situazione giuridica, che si determina quando un soggetto paga o promette di pagare ad un terzo per incarico di un altro (cfr. F. FERRARA JR., *Questioni in tema di crediti documentari*, in *Riv. banc.*, 1952,

20), ovvero che con la delegazione il legislatore ha voluto privilegiare la realizzazione di un rapporto plurilaterale tramite un unico atto solutorio (cfr. G. GIACOBBE, in G. GIACOBBE-D. GIACOBBE, *Delegazione, espromissione, accollo*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 10).

Spostare l'oggetto dell'indagine dalla fattispecie costitutiva alla situazione effettuale che ne deriva è certamente il modo migliore per evitare impostazioni aprioristiche che rischiano di non tenere nel debito conto tutte le particolarità delle fattispecie concrete. Affermare che l'espressione delegazione si riferisce, comunque, ad un rapporto giuridico plurilaterale, equivale, cioè, a non assumere una posizione rigida e preconstituita in merito alla struttura della fattispecie costitutiva. Che la fattispecie costitutiva sia un negozio unitario o derivi da un collegamento di tre negozi autonomi non è, peraltro, una questione meramente teorica; essa ha importanti implicazioni sul piano della concreta disciplina applicabile, soprattutto, come vedremo, per quel che concerne le norme sull'invalidità, sui vizi della volontà, sull'incidenza del fallimento, che colpisca uno dei tre soggetti del rapporto delegatorio.

Proprio per la concreta rilevanza della questione, è sicuramente inadeguato un approccio, che si illuda di fornire soluzioni operative, aderendo all'una o all'altra possibile ricostruzione dell'istituto, senza tenere, di volta in volta, conto dell'assetto di interessi concretamente perseguito dalle parti, e, quindi, della conseguente volontà delle stesse di dar vita ad un negozio unitario, ovvero ad una pluralità di negozi autonomi, ma collegati.

Questo approccio sembra, in effetti, essere stato tenuto presente da quella dottrina, che, negli anni immediatamente successivi alla nuova codificazione, osservò che, in concreto, *talora* – e cioè, si può aggiungere, non in tutti i casi – la delegazione si perfeziona, per volontà delle parti, soltanto con l'incrocio o l'incontro dei consensi dei tre soggetti, dando luogo ad un negozio giuridico unitario (cfr. FIORENTINO, *Appunti sulla delegazione*, in *Riv. dir. priv.*, 1943, 136).

Con particolare riferimento alla fattispecie concreta, descritta al primo paragrafo del presente capitolo, si può osservare che le parti, a seconda del concreto assetto di interessi programmato, potranno o stipulare un unitario negozio giuridico, avente come causa lo scambio di cosa contro prezzo dal delegante al delegatario, per mezzo dell'attribuzione indiretta del delegato, ed in questa ipotesi la delegazione sarà necessariamente titolata con riferimento al rapporto di valuta, costituendo proprio quest'ultimo il fondamento causale del

negozio, analogamente alla struttura della fattispecie delegatoria avuta presente dalla teoria del Nicolò, ovvero potranno collegare più dichiarazioni di volontà completamente autonome, di guisa che l'effetto traslativo sia prodotto direttamente da uno solo di tali negozi e precisamente dal contratto di compravendita, causalmente autosufficiente, stipulato dal delegato e dal delegatario, ed in questa ipotesi, sicuramente riconducibile alla struttura atomistica della fattispecie, avuta presente dal Bigiavi e dalla dottrina prevalente successiva, le parti potranno anche, se ciò dovesse meglio rispondere ai loro interessi, staccare del tutto il rapporto finale dai rapporti di provvista e di valuta.

2.5. (segue) ... secondo una prospettiva comparatistica

Del resto, anche orientando l'indagine secondo una prospettiva comparatistica, non vi sono degli indici concordi, che possano condurre a ritenere l'essenzialità, per la coerenza logico-giuridica dell'istituto, della struttura unitaria o, viceversa, di quella atomistica. Se, infatti, il Codice Civile francese sembra privilegiare una concezione unitaria, potendosi, alla stregua dell'art. 1275 di quel codice, definire la delegazione una convenzione (afferma la «*nécessité de l'acceptation du délégataire*» Civ. 12 mars 1946, in *JCP*, 1946, II, 3114), «*par laquelle un débiteur donne au créancier un autre débiteur qui s'oblige envers le créancier*», senza operare novazione, «*si le créancier n'a expressément déclaré qu'il entendait décharger son débiteur qui a fait la délégation*», nel Codice Civile tedesco sembra prevalere una visione atomistica. Non mancano, peraltro, nel *BGB*, rilevanti indici normativi, che possono condurre l'interprete a scorgere l'esistenza di un rapporto giuridico plurilaterale, derivante da una fattispecie negoziale complessa, formata da negozi giuridici autonomi, e cioè immediatamente produttivi di effetti definitivi loro propri, ma, altresì, tra di loro strutturalmente connessi, in modo assai più stringente di quanto non avvenga nel semplice collegamento negoziale, di guisa che la fattispecie delegatoria potrebbe venire ad emergere, nell'ordinamento giuridico tedesco, come il risultato della fusione di più negozi giuridici autonomi e non meramente prodromici o preliminari.

Nell'ambito di quest'ordinamento, infatti, la delegazione, che assume il nome di *Anweisung*, è un ordine documentale di prestazione di danaro, titoli od altre cose fungibili, che autorizza il delegatario a

richiedere, in nome proprio, la prestazione al delegato ed il delegato a prestare al delegatario, conteggiando la prestazione al delegante (cfr. § 783 *BGB*; sull'interpretazione dello *iussum* delegatorio in termini di autorizzazione, cfr. BYDLINSKI, *System und Prinzipien des Privatrechtst*, Wien-New York, 1996, 255).

L'ordine può essere accettato dal delegato – analogamente a quanto dispone l'art. 1269, comma 1, c.c. it., per la delegazione di pagamento – ed allora costui diventa obbligato nei confronti del delegatario, potendo allo stesso opporre soltanto le eccezioni che riguardano la validità dell'accettazione o il contenuto dell'ordine o dell'accettazione o che siano personali allo stesso delegato (cfr. § 784 (1) *BGB*): c.d. delegazione pura, prevista come normale dall'art. 1271 c.c. it., salva la possibilità di titolare la delegazione con riferimento al rapporto di provvista – c.d. *titulierte Anweisung* – o, per l'ordinamento giuridico italiano, anche a quello di valuta.

Si è osservato che la dottrina germanica chiama *titulierte Anweisung* solo quella in cui è richiamato il rapporto di provvista e ciò in quanto nel diritto germanico l'*Anweisung* "gioca" quasi soltanto come delegazione attiva, mentre, al posto della delegazione passiva, interviene la *Schuldübernahme*, che ha come funzione specifica quella dell'assunzione del debito altrui. Cfr., sul punto, BIGIAMI, *op. cit.*, 268, nota 2.

Tanto l'ordine, quanto l'accettazione, sono negozi, che necessitano della forma scritta, elemento questo che differenzia l'*Anweisung* tedesca dalla delegazione italiana. In particolare, l'accettazione avviene mediante un'annotazione scritta sull'ordine. Se l'annotazione di accettazione viene scritta sull'ordine, prima della consegna di questo al delegatario, l'accettazione diventa efficace, nei confronti di quest'ultimo, semplicemente con la consegna o meglio con la ricezione della consegna (cfr. § 784 (2) *BGB*).

Se, infatti, il delegatario non può o non vuole far valere la delegazione, deve farne immediata denuncia al delegante. Eguale immediata denuncia deve fare il delegatario, se il delegato rifiuta l'accettazione o la prestazione (cfr. § 789 *BGB*).

Anche nell'ordinamento giuridico italiano è prevista la partecipazione negoziale del delegatario, che non può, peraltro, presumersi nel caso di mancata comunicazione del rifiuto di profittarne, attesi gli effetti, potenzialmente pregiudizievole, della degradazione da principale a sussidiaria della responsabilità del debitore delegante, deri-

vanti, per l'art. 1268, comma 2, c.c. it., dall'accettazione del delegatario. Il delegato deve eseguire la prestazione, soltanto a fronte della consegna dell'ordine documentale (cfr. § 785 BGB).

Nella delegazione su debito, il delegato si libera dal suo debito verso il delegante, fino a concorrenza della prestazione eseguita (cfr. § 787 (1) BGB).

Regola questa, che disegna una situazione effettuale corrispondente a quella che la dottrina italiana chiamerebbe delegazione non novativa con riguardo al rapporto di provvista. Il delegato non è obbligato ad accettare l'ordine, ovvero ad eseguire la prestazione, nemmeno qualora sia debitore dell'ordinante (cfr. § 787 (2) BGB).

Regola questa, corrispondente a quella prevista dall'art. 1269, comma 2, c.c. it.

La causa, della dichiarazione del delegante, di fare pervenire, da parte sua, un'attribuzione al delegatario, si realizza, peraltro, soltanto quando la prestazione viene effettivamente eseguita, anche se il delegato abbia accettato la delegazione (cfr. § 788 BGB).

Regola questa del *pro solvendo*, corrispondente alla situazione effettuale della delegazione cumulativa di cui all'art. 1268, c.c. it. Il delegante può revocare la delegazione, fino a quando il delegato non abbia accettato la delegazione o non abbia eseguito la prestazione: cfr. art. 1270, comma 1, c.c. it. Ciò vale anche se il delegante, con la revoca, violi un impegno assunto nei confronti del delegatario (cfr. § 790 BGB).

La delegazione non perde la sua efficacia, a seguito della morte o dell'incapacità di agire di uno degli interessati (cfr. § 791 BGB; art. 1270, comma 2, c.c. it.).

Il delegatario può cedere la delegazione ad un terzo, attraverso un contratto con questi, anche qualora la delegazione non sia stata ancora accettata (cfr. § 792 (1) BGB).

Non vi è una corrispondente disposizione nel codice civile italiano, ma non vi sono reali ostacoli all'ammissibilità di tale fattispecie traslativa, com'è, del resto, confermato, nell'ambito dei titoli di credito, dalla possibilità, che ha il prenditore, di girare una cambiale-tratta non ancora accettata dal trattario.

Quest'affermazione non si pone in contrasto con il tradizionale principio, per il quale *delegatus delegare non potest* in quanto, in questo caso, l'autorizzazione del delegante conferisce al delegatario il potere di richiedere, in nome proprio, la prestazione al delegato. Il potere viene conferito a tutela di un interesse patrimoniale

dell'autorizzato e non, come nella procura o anche nel mandato senza rappresentanza, a tutela di un interesse personale del rappresentato o del mandante. L'autorizzazione del delegante al delegatario non può considerarsi conferita *intuitu personae*, in quanto la causa di tale dichiarazione di volontà è di carattere patrimoniale ed è, precisamente, quella di far pervenire, da parte del delegante, un'attribuzione patrimoniale al delegatario.

Anche la cessione della delegazione necessita della forma scritta (cfr. § 792 (1) BGB).

Il delegante può, peraltro, vietare la cessione. Il divieto è efficace, nei confronti del delegato, solo se risulta dall'ordine, ovvero quando venga comunicato dal delegante al delegato, prima che questi accetti la delegazione o effettui la prestazione (cfr. § 792 (2) BGB).

Se il delegato accetta la delegazione nei confronti del cessionario, non può sollevare eccezioni derivanti da eventuali rapporti giuridici esistenti tra lui e l'originario delegatario. Per il resto trovano corrispondente applicazione, alla cessione della delegazione, le vigenti norme sulla cessione dei diritti di credito (cfr. § 792 (3) BGB).

Può, quindi, nell'*Anweisung* tedesca, ravvisarsi l'esistenza di quattro negozi giuridici unilaterali e, precisamente, l'autorizzazione del delegante al delegato; l'autorizzazione del delegante al delegatario; l'accettazione del delegato; l'accettazione del delegatario, che, a differenza degli altri negozi dell'*Anweisung*, si manifesta, senza necessità della forma scritta, nella ricezione della consegna dell'ordine documentale, senza la tempestiva comunicazione di non potere o volere avvalersi della delegazione.

Ma anche nell'ordinamento giuridico italiano, quando la volontà delle parti si dirige verso la conclusione di un unitario negozio giuridico delegatorio, anziché verso la soluzione del collegamento negoziale, viene, in effetti, ad emergere una fattispecie negoziale complessa, risultante dalla fusione di quattro dichiarazioni di volontà, corrispondenti, nella struttura e negli effetti, a quelle dell'*Anweisung* tedesca.

Ciascuna di queste dichiarazioni di volontà sono negozi giuridici unilaterali autonomi, nel senso che sono produttivi di effetti già definitivi, ossia non meramente prodromici o preliminari. La dichiarazione del delegante rivolta al delegato produce l'effetto definitivo di autorizzare quest'ultimo ad eseguire la prestazione conteggiandola al delegante. Si tratta di un effetto già definitivo, tanto è vero che non viene meno a seguito della morte o dell'incapacità legale del delegante. La dichiarazione del delegante rivolta al delegatario produce l'effetto definitivo di autorizzare quest'ultimo a richiedere, in nome pro-

prio, la prestazione al delegato. Si tratta di un effetto già definitivo, tanto è vero che ne è consentita la cessione, anche quando il delegato non abbia ancora accettato la delegazione e quindi la fattispecie negoziale complessa non si sia potuta perfezionare. L'accettazione del delegato produce l'effetto definitivo di obbligare quest'ultimo verso il delegante ad eseguire la prestazione al delegatario. Si tratta di un effetto definitivo, scaturente direttamente dall'accettazione, tanto è vero che, prima di essa, quest'obbligo non sussiste, nemmeno se il delegato fosse debitore del delegante. L'accettazione del delegatario produce l'effetto definitivo di determinare la nascita dell'obbligo giuridico del delegato direttamente verso il delegatario. Si tratta di un effetto definitivo, in quanto la fattispecie negoziale complessa si è finalmente perfezionata e tutti gli effetti già prodottisi si consolidano non potendo più la delegazione essere revocata dal delegante, mentre altri effetti, peraltro già programmati, si produrranno con l'effettiva esecuzione della prestazione, quali la liberazione del delegato verso il delegante, fino a concorrenza della prestazione eseguita, e la piena realizzazione della causa, delle dichiarazioni del delegante, di fare pervenire, da parte sua, un'attribuzione patrimoniale al delegatario.

A ben vedere, nel diritto tedesco, l'*Anweisung* può, quindi, ricostruirsi come una fattispecie negoziale complessa a formazione successiva, all'esito del cui perfezionamento, risultante dalla fusione di quattro negozi unilaterali autonomi, può dirsi formato un accordo di tre soggetti, avente per oggetto un testo documentale, che racchiude una duplice autorizzazione del delegante al delegato ed al delegatario, che viene accettata dal primo con l'annotazione sul documento e dal secondo con la ricezione, non formale, del documento medesimo.

Secondo una parte della dottrina tedesca, il delegato è sia autore dell'attribuzione patrimoniale, sia *nuncius* della volontà estintiva del delegante verso il delegatario: cfr., in tal senso, BYDLINSKI, *op. cit.*, 255 ss.; REUTER MARTINEK, *Ungerechtfertigte Bereicherung*, in *Handbuch des Schuldrechts*, Tübingen, 1983, 413.

2.6. (segue) ... secondo l'assetto degli interessi concretamente perseguito dalle parti

Nel diritto italiano, se la volontà delle parti si dirige verso la soluzione del collegamento negoziale di più negozi unilaterali o bilaterali,

ciascuno di questi rimane strutturalmente autonomo e l'effetto finale di fare pervenire un'attribuzione patrimoniale al delegatario sarà prodotto non già dalla fusione di quattro negozi giuridici unilaterali autonomi, ma direttamente dal contratto stipulato dal delegato e dal delegatario. Questo contratto potrà essere staccato dai rapporti di base, trovando la giustificazione causale sua propria, sia nello scopo di dar corso allo *iussum* del delegante e cioè al consenso al conteggio nel patrimonio del delegante degli effetti della prestazione che il delegato esegue o promette al delegatario (cfr. BOTTIGLIERI, *op. cit.*, 8), sia anche, talvolta, come nella fattispecie concreta descritta al primo paragrafo del presente capitolo, nella corrispettività della prestazione richiesta dal delegato al delegatario.

Se, invece, le parti dovessero ritenere più aderente ai loro interessi stipulare un negozio delegatorio unitario, necessariamente titolandolo con riferimento al rapporto delegante-delegatario, la fattispecie complessa, eventualmente a formazione successiva, risulterà dalla fusione di quattro negozi giuridici funzionalmente autonomi in quanto produttivi, ciascuno, di effetti definitivi e cioè non meramente prodromici o preliminari; quattro negozi giuridici corrispondenti, come si è visto, nella struttura e negli effetti, agli elementi negoziali costitutivi dell'*Anweisung* tedesca.

Non sembra che la possibilità, che ha il delegante, di revocare la delegazione, fino a quando il delegato non abbia accettato la delegazione o non abbia eseguito la prestazione, prevista dal § 790 del *BGB* e dal comma 1 dell'art. 1270 c.c. it., possa impedire di considerare già definitivi gli effetti prodotti da ciascuna dichiarazione di volontà, prima del perfezionamento della fattispecie. La revoca, infatti, è un negozio giuridico, che si caratterizza, distinguendosi dal recesso, non tanto per il fatto che, a volte, può dirigersi verso atti giuridici non negoziali o pre-negoziali, come nel caso della revoca della proposta o dell'accettazione, quanto per il fatto che essa è idonea ad eliminare retroattivamente tutti gli effetti definitivi, eventualmente già prodottisi, come, nell'ordinamento giuridico italiano, nel caso dell'esercizio del diritto di riscatto da parte del venditore (sulla ricostruzione della vendita con patto di riscatto come negozio puro attributivo di un potere di revoca cfr., per tutti, in dottrina, CAPOZZI, *op. cit.*, 146-147).

Da questo punto di vista, la cosiddetta revoca del mandato, strutturalmente e funzionalmente analoga alla revoca dell'ordine del delegante, non esplicando i suoi effetti sugli atti, che il mandatario ha compiuto prima di conoscere l'estinzione del mandato, può forse, più correttamente, qualificarsi come atto di recesso, che lascia, cioè, im-

pregiudicati gli effetti già prodottisi (cfr. MINERVINI, *Il mandato, la commissione, la spedizione*, Torino, 1957, 182 ss.; LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, Milano, 1984, 453, testo e nota 72; MIRABELLI, *Dei singoli contratti*, in *Commentario del Codice civile redatto a cura di magistrati e docenti (Artt. 1470-1765)*, Torino, 3^a ed., 1991, 587).

Il fatto che la morte o la sopravvenuta incapacità legale del delegante non faccia venir meno l'efficacia delle dichiarazioni di volontà del delegante, da un lato, costituisce una conferma del carattere di atto negoziale già produttivo di effetti definitivi delle dichiarazioni medesime, dall'altro, non è di ostacolo alla ricostruzione unitaria della fattispecie, che la identifica nel risultato della fusione di quattro negozi giuridici unilaterali, in quanto, in modo analogo, si fonde la proposta irrevocabile, che è già un negozio, con l'accettazione contrattuale dell'oblato (cfr., per tutti, in dottrina, SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 9^a ed., 1966, 210, per il quale «come la proposta tenda a creare un vincolo stabile per il suo autore, diventa un negozio giuridico: tale è la cosiddetta proposta ferma, irrevocabile e sottratta alle vicende concernenti l'esistenza e la capacità d'agire del proponente ...»).

2.7. La disciplina giuridica: forma, invalidità e vizi del consenso, fallimento

Passando ad esaminare la disciplina giuridica applicabile alla fattispecie concreta in esame, a seconda che venga posta in essere una unitaria fattispecie negoziale complessa, ovvero un collegamento di più negozi, si può osservare che, in entrambi i casi, tutte le dichiarazioni di volontà dei tre soggetti coinvolti nell'operazione, devono rivestire la forma scritta, trattandosi, nel primo caso, di un unitario negozio traslativo, avente ad oggetto un bene immobile e, nel secondo caso, di un contratto traslativo, quello tra delegato e delegatario, e di due negozi autorizzativi, che devono rivestire la stessa forma del negozio autorizzato, in omaggio al generale principio di simmetria delle forme negoziali (cfr., con particolare riferimento al caso del negozio risolutorio del contratto preliminare avente ad oggetto il trasferimento di diritti reali immobiliari, da ultimo, in giurisprudenza, Cass. 23 dicembre 1995, n. 13104, in *Vita not.*, 1997, 179).

Con riguardo all'applicazione delle norme sull'invalidità negoziale e sui vizi del consenso, nel caso di collegamento negoziale, se, da

un lato, si ritiene, nell'ambito della concezione atomistica, che l'inesistenza, la nullità, l'annullamento e l'inefficacia della delega rendono invalido il contratto delegato-delegatario per difetto genetico o funzionale della causa (cfr. PELIZZI, *Fallimento del delegante e successiva esecuzione del «iussum»*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, II, 552), dall'altro, si afferma la compatibilità, dal punto di vista della legittimazione passiva, dell'azione di annullamento con un negozio unilaterale, quale è la dichiarazione autorizzativa del delegante, privo per definizione di controparte, tutte le volte che il negozio stesso abbia determinato effetti nella sfera di terzi (cfr. GRECO, *op. cit.*, 337).

Si è, tuttavia, affermato che se il delegante fa valere il dolo subito nel conferimento della delega, l'annullamento di questa, nell'ipotesi che il dolo sia stato posto in essere dal delegatario, non muterà gli eventuali effetti della delegazione in ordine al rapporto di provvista, e, ad esempio, nel caso di novazione di tale rapporto, il delegante avrà diritto di pretendere che a lui sia devoluto quanto il delegato ha promesso al delegatario, mentre, nell'ipotesi che il dolo sia stato posto in essere dal delegato, l'annullamento della delega lascerà impregiudicata l'obbligazione assunta dal delegato nei confronti del delegatario di buona fede: cfr. BIGIAMI, *op. cit.*, 398, nota 80.

Si afferma, peraltro, che il delegato non è legittimato a far valere, neanche in via di eccezione, i vizi del suo consenso relativi all'eventuale negozio intercorso tra lui ed il delegante e tanto meno i vizi della volontà del delegante relativi ad uno o ad entrambi i negozi delegatori. Il delegato non potrebbe, in particolare, opporre al delegatario l'errore, in cui sia incorso nell'eventuale negozio con il delegante, quantunque l'errore fosse stato riconosciuto dal delegatario. Il delegato potrebbe, comunque, far valere l'annullamento dei negozi delegatori ottenuto per uno di quei vizi su iniziativa sua o del delegante (cfr. GRECO, *op. cit.*, 339; BOTTIGLIERI, *op. cit.*, 15).

Diversa è la disciplina applicabile nel caso dell'unitaria fattispecie negoziale complessa: è stato, infatti, ritenuto, nell'ambito della concezione unitaria, che l'erronea credenza del delegato di essere debitore del delegante vizi il contratto di delegazione e quindi possa essere fatta valere anche nel rapporto delegato-delegatario (cfr. Cass. 1° luglio 1948, n. 1050, in *Giur. it.*, 1949, I, 1, 53).

Analogamente, per l'opponibilità al delegatario del dolo, con cui il delegante abbia indotto il delegato ad accettare la delega, si può ritenere non necessario che il dolo fosse noto al delegatario, come invece si deve ritenere, *ex art.* 1439 c.c., rispetto alla struttura del collegamento negoziale (cfr. BOTTIGLIERI, *op. cit.*, 15).

Per quanto riguarda la disciplina applicabile in merito all'incidenza del fallimento, che colpisca uno dei tre soggetti del rapporto delegatorio, si può osservare che, nel caso dell'unitaria fattispecie negoziale complessa, se il fallimento del delegante viene dichiarato prima che il delegato esegua la delega, obbligandosi od eseguendo la prestazione, il processo formativo della delegazione si interrompe e quindi la delegazione non può più perfezionarsi e ciò in aderenza al principio generale per il quale un negozio dopo il fallimento di uno degli stipulanti può concludersi con efficacia verso la massa soltanto se vi intervenga il curatore; principio questo che rende impossibile l'applicazione al fallimento dell'art. 1270, comma 2, c.c. in via di interpretazione estensiva o analogica. In particolare si è affermato in giurisprudenza che il fallimento del traente, intervenuto prima dell'accettazione della tratta da parte del trattario, interrompe il processo formativo della delegazione di pagamento insita nell'emissione di una cambiale tratta, onde il pagamento eseguito dal trattario, che non abbia accettato la tratta, non è riferibile al traente fallito (cfr. Cass. 26 febbraio 1965, n. 325, in *Giust. civ.*, 1965, I, 442).

Lo stesso effetto interruttivo del processo formativo della fattispecie delegatoria si verifica ovviamente qualora il fallimento colpisca il delegato o il delegatario prima del perfezionamento della fattispecie medesima.

Nel caso, invece, della delegazione realizzata per il tramite del collegamento di più negozi, una parte della dottrina (cfr. BIGIAMI, *op. cit.*, 213) ritiene che il fallimento del delegante non comporti l'automatica estinzione del *iussum*; si precisa, peraltro, che una volta conosciuto il fallimento del delegante, il delegato non può promettere o prestare con efficacia nei riguardi della massa; si evidenzia, pertanto, l'opportunità che il curatore non già revochi il *iussum*, ciò che potrebbe indurre una responsabilità della massa nei confronti del delegatario, nel caso in cui fosse stata pattuita l'irrevocabilità, ma semplicemente notifichi al delegato l'avvenuto fallimento (cfr. BIGIAMI, *op. cit.*, 214-215).

Altra parte della dottrina, pur nell'ambito della concezione atomistica, sostiene l'inopponibilità al fallimento dell'esecuzione della delega intervenuta successivamente al fallimento stesso (cfr. BIANCA, *op. ult. cit.*, 661).

A ben vedere, peraltro, questa dottrina giunge a conclusioni non dissimili da quella che afferma la non automatica estinzione del *iussum*, in quanto ritiene applicabile al delegato la norma che fa salvi, nei confronti del mandante, gli atti compiuti dal mandatario prima

di avere conosciuto l'estinzione del mandato (cfr. BIANCA, *op. ult. cit.*, 661).

La differenza tra le due impostazioni riguarda pertanto unicamente il soggetto cui incombe l'onere di provare la conoscenza o la mancata conoscenza da parte del delegato del fallimento del delegante; secondo la prima impostazione è il curatore che deve provare la conoscenza del delegato del fallimento del delegante, onde per evitare tale prova, non sempre agevole, si suggerisce di effettuare una notifica dell'intervenuto fallimento al delegato; per la seconda impostazione incombe al delegato l'onere di provare la sua buona fede.

Con riferimento alla fattispecie concreta in esame, di particolare interesse appare l'ipotesi di fallimento del delegato intervenuto dopo il trasferimento al delegatario e, quindi, dopo che la delegazione si è perfezionata, per quel che concerne l'esperibilità dell'azione revocatoria. Se la fattispecie si è perfezionata in forma atomistica, la compravendita conclusa dal delegato con il delegatario sarà potenzialmente esposta alle azioni revocatorie, di cui agli artt. 66 e 67, r.d. 16 marzo 1942, n. 267, da parte del curatore del fallimento del delegato-venditore. Se, invece, la fattispecie si è perfezionata in forma unitaria, ancorché si ritenga di non potere accogliere la teoria celsina del doppio trasferimento di proprietà dal delegato al delegante e dal delegante al delegatario, la posizione di quest'ultimo è sostanzialmente equiparabile a quella di un subacquirente dal delegante, in quanto il fondamento causale dell'unitaria fattispecie negoziale risiede proprio nel rapporto di valuta delegante-delegatario; ne consegue che l'azione revocatoria potrà, eventualmente, esercitarsi nell'ambito del rapporto di provvista delegato-delegante; che il delegatario potrà avvalersi della norma di cui all'art. 2901, ultimo comma, c.c., per la quale l'inefficacia dell'atto conseguente alla revocatoria non pregiudica i diritti acquistati a titolo oneroso dai terzi di buona fede, la quale, per regola generale, si presume, e che, se l'acquisto del delegatario dovesse rimanere salvo per la norma da ultimo citata, l'azione revocatoria potrà, eventualmente, far conseguire alla massa il valore economico del bene trasferito al delegatario per ordine e, quindi, con effetti di conteggio sul patrimonio del delegante.

Analogo approfondimento merita l'ipotesi del fallimento del delegante, con riguardo ai risultati dell'azione revocatoria rispetto alle due ipotesi di struttura atomistica o unitaria della delegazione. Nell'ipotesi di struttura atomistica, l'azione revocatoria potrà dirigersi soltanto contro il *iussum* del delegante, con l'obiettivo di renderlo inefficace e, pertanto, di consentire al curatore fallimentare un'azio-

ne contro il delegato, nell'ambito del rapporto di provvista; il delegato, per evitare le conseguenze pregiudizievoli di tale azione, potrà, a sua volta, far valere l'inefficacia dell'*iussum* nell'ambito del rapporto contrattuale con il delegatario, allo scopo di ripeterne l'attribuzione, per devolverla, finalmente, al delegante. Nell'ipotesi, invece, di struttura unitaria, l'azione revocatoria, in caso di fallimento del delegante, potrà rivolgersi contro l'intero negozio delegatorio, con l'obiettivo di rendere direttamente inefficace il trasferimento dal delegato al delegatario, per recuperare, successivamente, dal delegato l'attribuzione originariamente fatta pervenire al delegatario.

2.8. (segue) ... le garanzie

Di particolare interesse è poi il tema delle garanzie. Si è già affermato che, in caso di fattispecie a struttura unitaria, il delegato, con la dichiarazione di messa a disposizione del bene, garantisce di esserne il proprietario, rispondendo, così, in caso contrario, per il valore dello stesso, oltre che dei danni, ma il delegatario-compratore conserva le azioni di garanzia per vizi ed evizione nei confronti del delegante-venditore, esercitabili in via diretta e non sussidiaria, come, invece, accade nella disciplina generale della *delegatio promittendi*, in quanto, in questo caso, trattasi di responsabilità aventi fonte, contenuto e natura giuridica diverse.

Spesso sono venute all'esame della giurisprudenza fattispecie concrete, analoghe a quella descritta al primo paragrafo del presente capitolo; il mancato inquadramento di tali fattispecie nell'ambito della delegazione a trasferire e, comunque, del rapporto giuridico plurilaterale, nelle diverse configurazioni che, come si è visto, può assumere la relativa fattispecie costitutiva, ha impedito l'elaborazione di principi idonei a coprire tutte le esigenze di tutela di siffatte vicende traslative, dando origine a contrastanti pronunce giurisprudenziali.

Si afferma, così, in giurisprudenza che

Giurisprudenza 

«nel caso di vendita, definitiva o preliminare, di cosa altrui, l'obbligo del venditore o del promittente venditore può essere adempiuto, sia mediante l'acquisto della proprietà della cosa da parte di tale soggetto, col successivo trasferimento di essa al promissario acquirente – nell'ipotesi di vendita preliminare – sia mediante la vendita diretta della cosa stessa dal terzo al compratore o promissario acquirente, pur-

ché tale trasferimento abbia avuto luogo in conseguenza di una attività svolta dallo stesso venditore o promittente, *sia pure con l'intervento in sede di stipulazione del contratto definitivo del terzo proprietario della cosa*, che manifesti la propria volontà di alienare il bene di sua proprietà direttamente al compratore; in tale caso, mentre il consenso manifestato dai promittenti è diretto alla conclusione del contratto definitivo, il consenso che si forma tra il terzo proprietario ed il compratore determina l'effetto traslativo della proprietà della cosa; in ogni caso, comunque, il contratto di compravendita intercorre tra gli originari promittenti, e venditore è pur sempre il promittente della vendita, di modo che su di lui ricadono tutte le obbligazioni connesse a tale sua qualità, come quelle della consegna della cosa, della garanzia per l'evizione e della garanzia per i vizi»

Cass. 27 novembre 2001, n. 15035.

Orbene, se appare sicuramente condivisibile riferire il contratto di compravendita e le relative garanzie al rapporto tra il promittente venditore e l'acquirente, non sembra che si possa esonerare il delegato, che compie un atto traslativo, da qualsivoglia responsabilità, specie se la fattispecie costitutiva dovesse avere struttura non unitaria, ma atomistica, e cioè senza l'intervento del promittente venditore-delegante nel contratto traslativo concluso direttamente dal delegato-proprietario con il promittente acquirente-delegatario, contratto questo che, per essere causalmente autosufficiente, non potrà che qualificarsi come compravendita, con la conseguente applicazione della relativa disciplina.

Ma anche nell'ipotesi di fattispecie a struttura unitaria non può non applicarsi il principio di autoreponsabilità, per il quale il delegato, con la dichiarazione di messa a disposizione del bene, garantisce, se non anche l'assenza di vizi, quanto meno di esserne il proprietario. La misura di questa garanzia non potrà corrispondere, certamente, a quella della garanzia per evizione, tipica del venditore, per il semplice fatto che quest'ultima garanzia, a parte l'obbligo di risarcire i danni e di rimborsare le spese, è strettamente commisurata al prezzo, che, nella fattispecie a struttura unitaria, non costituisce, viceversa, un'attribuzione destinata al delegato trasferente, essendo, come si è visto, destinata al delegante venditore. La misura della responsabilità del delegato trasferente, non potendo essere commisurata al prezzo, dovrà, pertanto, riferirsi al valore della cosa, analogamente a quanto, del resto, avviene in tutte le ipotesi di trasferimento, a titolo oneroso, di un bene pur senza il corrispettivo di un prezzo: cfr. art. 1553 c.c.

L'impossibilità di privare l'acquirente della vera e propria garanzia per evizione del soggetto che compie l'atto traslativo è, invece, tenuta presente da altra giurisprudenza, per la quale, pur dovendosi

riconoscere al promissario acquirente il diritto di addivenire al contratto definitivo con la stessa controparte del preliminare, qualora il medesimo, pur senza esservi tenuto, accetti di stipulare il contratto con il terzo proprietario, non permangono tra gli originari contraenti gli obblighi di garanzia propri della compravendita, rimanendo regolata la vicenda traslativa esclusivamente dal nuovo accordo e sostituendosi integralmente le obbligazioni di garanzia del terzo proprietario a quelle del promittente venditore.

Si afferma, infatti, che

Giurisprudenza 

«Il promissario acquirente di un bene indicato come libero da pesi ed oneri, che al momento della stipula del definitivo ne scopra invece l'altruità e l'esistenza di ipoteca a garanzia di un mutuo, ha facoltà di chiedere la risoluzione del preliminare, con connesse restituzioni di denaro anticipato e risarcimento del danno, ovvero di accollarsi il mutuo per il pagamento del residuo prezzo, o di sospendere il pagamento, ai sensi dell'art. 1482 c.c. Ne consegue che, se ciononostante egli accetta di stipulare il contratto definitivo con l'effettivo proprietario, senza riservarsi alcuna pretesa nei confronti del promittente venditore e pagando l'intero prezzo pattuito, e successivamente sia costretto, per evitare l'evizione, a pagare il creditore ipotecario, a causa dell'inadempimento del venditore all'obbligo, assumendosi nella compravendita, di liberare l'immobile dalla garanzia reale a sue spese, non può agire nei confronti del promittente venditore il quale non può più essere chiamato a rispondere dell'esistenza di vizi o pesi sul bene venduto».

Cass. 10 marzo 1999, n. 2091.

Anche, peraltro, a voler ritenere che la giurisprudenza da ultimo citata abbia avuto presente una fattispecie a struttura atomistica, non si può non considerare che, in questo caso, la compravendita è sia, sotto il profilo strutturale del contratto tra delegato e delegatario, uno dei tre negozi posti in essere, sia, sotto il profilo funzionale dei rapporti (di valuta) tra delegante e delegatario, la ragione pratica del collegamento negoziale programmato e concretamente realizzato dalle parti.

In questo caso, pertanto, salva l'ipotesi della delegazione novativa o semplicemente privativa con riguardo al rapporto di valuta, la responsabilità e gli obblighi di garanzia del delegato avranno la stessa natura giuridica e lo stesso contenuto di quelli del delegante, applicandosi il regime della solidarietà passiva, salvo, a favore del delegante, il beneficio della sussidiarietà di cui all'art. 1268, comma 2, c.c.

2.9. Delegazione di pagamento e delegazione a trasferire

Il rilevato mancato inquadramento, da parte della giurisprudenza, di fattispecie concrete, analoghe a quella descritta al primo paragrafo del presente capitolo, nell'ambito della delegazione a trasferire può, forse, giustificarsi, avendo presente la sistematica del Codice civile, che sembra prevedere soltanto la delegazione a promettere e la delegazione di pagamento, presupponendo, peraltro, per entrambe, l'esistenza di un rapporto di debito tra il delegante-debitore ed il delegatario-creditore. In altri termini, per il codice, la delegazione presuppone l'esistenza di un debito del delegante verso il delegatario ed ha come effetto una modificazione nella posizione debitoria (cfr. RESCIGNO, *op. cit.*, 930).

Una parte della dottrina (cfr. MANCINI, *op. cit.*, 489, per il quale «il nostro ordinamento giuridico, seppure con una visione inadeguata della delegazione, ha considerato quest'ultima, in modo del tutto tradizionale, come mero fenomeno di successione nella situazione debitoria ed escludendo, quindi, dal suo ambito tutte quelle ipotesi nelle quali l'assunzione dell'obbligazione avvenga senza che vi sia preesistenza di tale situazione»), e la giurisprudenza meno recente (cfr. Cass. 9 novembre 1961, n. 2598, in *Rep. Giust. civ.*, 1961, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 184; Cass. 13 maggio 1969, n. 1637, cit.) negano, così, la possibilità di configurare la delegazione nell'ipotesi che non vi sia preesistenza di tale situazione debitoria.

La giurisprudenza più recente ha, peraltro, dimostrato di superare tale posizione (cfr. Cass. 11 aprile 1978, n. 1698, in *Rep. Foro it.*, 1978, voce *Obbligazioni in genere*, n. 51, per la quale il fatto che il delegato non è tenuto ad accettare l'incarico, ancorché sia debitore del delegante, comporta che la delegazione può avere luogo anche al di fuori della normale ipotesi di una preesistente obbligazione), mentre la prevalente dottrina non manca di rilevare che il tema della delegazione, conformemente alla tradizione dell'istituto, non attiene soltanto allo studio delle vicende modificative del rapporto, in quanto può porsi anche come mezzo di costituzione di nuovi rapporti giuridici (cfr. GRECO, *op. cit.*, 328; RESCIGNO, *op. cit.*, 930).

In particolare, si è affermato che se manca un rapporto precedente tra delegante e delegatario ed il primo intende donare al secondo, è necessaria la forma solenne prescritta dall'art. 782 c.c. (cfr. BARASSI, *La teoria delle obbligazioni*, III, Milano, 1948, 114; RESCIGNO, *op. cit.*, 937, nota 26, e 961).

È, altresì, possibile che sia il delegato a volere donare al delegante, o che attraverso la delegazione si voglia far derivare una ragione creditoria del delegato verso il delegante o del delegante verso il delegatario.

Che la delegazione, sul piano della logica giuridica, non presupponga necessariamente la modifica della posizione debitoria del delegante o del delegato è dimostrato dal fatto che, nell'ordinamento giuridico tedesco, l'*Anweisung*, come si è visto, è disciplinata senza alcun riferimento particolare alla possibile natura dei rapporti di provvista e di valuta, a differenza della *Schuldübernahme*, nella duplice forma del contratto tra assuntore e creditore (§ 414 BGB) e tra assuntore e debitore (§ 415 BGB), che ha, invece, come funzione specifica, quella dell'assunzione del debito altrui.

La possibilità di una delegazione a trasferire, distinta rispetto alla semplice *delegatio solvendi*, trova, in particolare, importanti conferme nella tradizione del diritto romano. Al di là della circostanza che la donazione tra coniugi fosse *iniusta causa traditionis*, estremamente significativo è, al riguardo, il seguente frammento di Paolo (D., 24, 1, 26, pr.): «*Si eum qui mihi vendiderit iusserim eam rem uxori meae donationis causa dare et is possessionem iussu meo tradiderit, liberatus erit, quia licet illa iure civili possidere non intellegatur, certe tamen venditor nihil habet quod tradat*».

La delegazione a trasferire non può, peraltro, essere ricondotta alla semplice *delegatio solvendi*, in quanto, mentre nella delegazione a trasferire l'atto compiuto dal delegato integra una vera e propria dichiarazione di volontà e cioè un negozio giuridico traslativo (sui rapporti tra obbligazione di dare ed atto *negoziale* traslativo cfr. DALMARTELLO, *La prestazione nell'obbligazione di dare*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1947, 214 ss.), nella *delegatio solvendi* l'atto compiuto dal delegato ha natura di attività meramente esecutiva, o, al massimo, di atto giuridico non negoziale, a differenza dell'adempimento del terzo di cui all'art. 1180 c.c. (sull'esclusione del carattere negoziale del pagamento delegatorio cfr., per tutti, in dottrina, BOTTIGLIERI, *op. cit.*, 9 e 17; sulla distinzione tra delegazione di pagamento ed adempimento del debito altrui cfr. MAGAZZÙ, *op. cit.*, 169).

La ragione per la quale si nega valore negoziale all'atto del delegato nell'ambito della *delegatio solvendi* è che tale atto non può che avere la stessa natura giuridica che avrebbe se fosse posto in essere direttamente nell'ambito del rapporto di provvista con il delegante. È stato, al riguardo, chiarito molto efficacemente che, quando il debitore per eseguire un'obbligazione pecuniaria delega un terzo, l'atto

traslativo della proprietà del danaro deve essere cercato nell'accordo debitore-creditore (delegante-delegatario), mentre la consegna materiale avviene in un secondo momento da parte del delegato e, se il delegatario ricevendo la somma dal delegato ne acquista la proprietà, ciò dipende dal fatto che diventa operativo ed efficiente, in quel momento, l'atto traslativo precedentemente intervenuto tra delegante e delegatario (cfr. DALMARTELLO, *op. ult. cit.*, 230-231).

Come si vede, rispetto alla semplice *delegatio solvendi* di cose fungibili, la teoria celsina conserva tutta la sua validità, diversamente da quanto si è ritenuto, rispetto alla delegazione a trasferire, per le considerazioni sopra esposte.

2.10. Delegazione a trasferire (doppiamente) titolata e nullità della doppia causa

È necessario, a questo punto, verificare la possibilità che la delegazione a trasferire sia titolata con riferimento ad entrambi i rapporti sottostanti. Si tratta, in effetti, di una questione dibattuta in dottrina. Una parte di essa ha escluso, infatti, una delegazione doppiamente titolata, sotto il profilo che se il delegato ha promesso quel che egli deve al delegante, non potrebbe, per il principio di non contraddizione, aver promesso, con lo stesso atto, quel che il delegante deve al delegatario (cfr. BIGIAMI, *op. cit.*, 269. Per GRECO, *op. cit.*, 340, «sembra che sia da escludere la possibilità di effettuare la titolazione congiuntamente rispetto ad entrambi i rapporti sottostanti»).

Questa stessa dottrina, peraltro, sottolinea il valore meramente terminologico della questione, in quanto ammette che l'obbligazione del delegato possa essere subordinata ad entrambi i rapporti di base, negando, soltanto, che possa, in tal caso, parlarsi di delegazione doppiamente titolata (cfr. BIGIAMI, *op. cit.*, 269-270).

Nell'ambito della concezione unitaria di Nicolò, che individua la causa del negozio delegatorio nel rapporto di valuta, l'autore si preoccupa di precisare che ciò scaturisce dalla struttura normale dell'istituto, ma le parti, atteggiando diversamente il rapporto, possono operare uno spostamento nel fondamento causale del negozio delegatorio, riponendolo nell'altro rapporto di base (cfr. NICOLÒ, *op. cit.*, 171, nota 2).

La giurisprudenza e la dottrina prevalente ammettono, invece, la doppia titolazione (cfr. BIANCA, *op. ult. cit.*, 650, e, in giurisprudenza, Cass. 15 luglio 1967, n. 1788).

Non sembra, in effetti, alla luce soprattutto del contenuto normativo dell'art. 1271 c.c., che possa escludersi la possibilità per le parti di far assumere rilevanza causale ad entrambi i rapporti sottostanti, sia nel caso della fattispecie a struttura unitaria, sia nel caso della fattispecie a struttura atomistica. Nel primo caso, la fattispecie negoziale complessa viene ad avere una causa anch'essa complessa, risultante, cioè, dalla rilevanza giuridica concorrente di entrambi i rapporti di base, senza che possano trovare, questa volta, applicazione i principi della prevalenza e della combinazione, elaborati per i contratti misti; nel secondo caso, è la causa del contratto delegato-delegatario, di per sé, come si è visto, consistente nello scopo di eseguire il *iussum* del delegante, che viene ad essere integrata dai profili funzionali di entrambi i rapporti di base.

Se una differenza esiste tra la struttura atomistica e quella unitaria è che quest'ultima non potrà, comunque, astrarre da entrambi i rapporti di base, in quanto la fusione delle dichiarazioni di volontà di tutti i soggetti in una fattispecie unitaria si giustifica proprio per la finalità comune alle parti della realizzazione di almeno un rapporto sottostante corrente tra due di essi, attraverso l'intervento dell'altro soggetto, il quale non potrebbe, pertanto, non rimanere soggetto alla medesima disciplina di quel rapporto.

Nel caso della fattispecie a struttura atomistica, invece, le parti possono staccare il contratto delegato-delegatario da entrambi i rapporti di base, ed anzi questa è l'ipotesi prevista, in via normale, dall'art. 1271 c.c., salvo il limite derivante dal tradizionale principio della così detta nullità della doppia causa, recepito dal comma 2 del medesimo articolo.

Relativamente alla formulazione di tale principio, si è osservato che la lettera della norma prevede l'opponibilità delle eccezioni relative al rapporto di provvista solo in caso di nullità del rapporto di valuta e non anche l'opponibilità delle eccezioni relative al rapporto di valuta in caso di nullità del rapporto di provvista, ma sembra che le due ipotesi debbano essere equiparate (cfr. GRECO, *op. cit.*, 339; BOTTIGLIERI, *op. cit.*, 13-14; Cass. 9 ottobre 1958, n. 3178, cit.), in quanto in entrambi i casi ricorre la *ratio* ispiratrice della norma, per la quale, quando entrambi i rapporti di base siano viziati, viene meno sia il fondamento economico che giustifica l'obbligazione del delegato, sia il fondamento che legittima il creditore a ricevere (cfr. *Relazione al Codice Civile*, n. 586).

Sembra, invece, da accogliere quel rilievo che, rispetto alle eccezioni relative al rapporto di valuta, consente l'opponibilità, da parte

del delegato, soltanto di quelle volte a farne valere l'inesistenza, la nullità, l'inefficacia, l'annullamento, ma non anche di quelle di annullabilità, di risolubilità o di rescissione, in quanto la loro rilevabilità è rimessa alla piena discrezionalità del delegante, al quale, soltanto, è attribuita la legittimazione alla relativa azione costitutiva (cfr. MANCINI, *op. cit.*, 497-498).

2.11. Aspetti pubblicitari, fiscali, redazionali

Non sembra che la dottrina si sia occupata direttamente degli aspetti pubblicitari del trasferimento delegatorio o attribuzione traslativa indiretta (sulla diversa questione della trascrivibilità del mandato senza rappresentanza ad alienare un bene del mandante cfr., in dottrina, GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, I, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2^a ed., 1998, 385-388; L. FERRI, in L. FERRI-ZANELLI-D'ORAZI FLAVONI, *Della Trascrizione*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 3^a ed., 1995, 99-101).

A prescindere dall'accoglimento, a livello di ricostruzione generale dell'istituto, della teoria dell'unicità del trasferimento o di quella del doppio passaggio di proprietà, si può, comunque, ravvisare l'analogia, sotto il profilo pubblicitario, della situazione del trasferimento delegatorio con quella che si verifica nel contratto con effetti traslativi a favore di terzo, e così ritenere che la trascrizione del trasferimento delegatorio debba avvenire contro il delegato ed a favore del delegatario.

Rimane, ovviamente, impregiudicata la diversa questione della trascrivibilità, con efficacia prenotativa, della originaria fattispecie, che abbia determinato la nascita dell'obbligazione di dare a carico del delegato ed in favore del delegante o della diversa persona che questi si fosse riservato di nominare: se, infatti, la dottrina prevalente sostiene la tassatività della previsione dell'art. 2645 *bis* c.c., affermando l'impossibilità di estendere il sistema della trascrizione al di là del tipico preliminare bilaterale (cfr., in tal senso, RICCI, *Profili problematici della nuova disciplina sulla trascrizione del contratto preliminare*, in *Giust. civ.*, 1997, II, 303; GAZZONI, *op. cit.*, 739, pur nell'ambito di una impostazione, che riconosce alla trascrizione del preliminare, non una semplice efficacia prenotativa, ma un effetto di opponibilità risolutivamente condizionato alla mancata successiva trascrizione del definitivo: ID., *op. cit.*, 703 ss.), vi è, invece, chi considera «ricompreso nella nozione di preliminare, adottata dalla novella,

ogni negozio avente per oggetto l'assunzione dell'obbligo di trasferire la proprietà (ovvero altro diritto reale di godimento) di un immobile» (cfr. CHIANALE, *Trascrizione del contratto preliminare e trasferimento della proprietà*, Torino, 1998, 57).

Per quanto concerne gli aspetti fiscali dell'istituto, con particolare riferimento alla imposizione indiretta, occorre distinguere a seconda che le parti abbiano posto in essere una struttura unitaria, pur risultante, come si è visto, dalla fusione di più negozi unilaterali, ovvero abbiano dato vita ad un collegamento negoziale.

Nel primo caso, soggetto a tassazione sarà soltanto quel frammento della fattispecie unitaria, al quale sia direttamente imputabile l'effetto traslativo, mentre gli altri frammenti autorizzatori dal delegante al delegato e dal delegante al delegatario non assumeranno autonoma rilevanza fiscale, in quanto disposizioni connesse, in applicazione dell'art. 21, comma 2, D.P.R. 26 aprile 1986, n. 131, per il quale «se le disposizioni contenute nell'atto derivano necessariamente, per la loro intrinseca natura, le une dalle altre, l'imposta si applica come se l'atto contenesse la sola disposizione che dà luogo alla imposizione più onerosa».

Nel secondo caso, invece, fermo restando il normale trattamento fiscale del contratto traslativo stipulato dal delegato e dal delegatario, gli altri negozi unilaterali o bilaterali collegati, esplicitanti i loro effetti nell'ambito dei rapporti di provvista e di valuta ed a contenuto latamente autorizzatorio (o di conferimento di incarico accettato), in quanto posti in essere per il compimento di un solo atto, ed in quanto non prevedano un corrispettivo per l'espletamento dell'incarico, saranno soggetti a registrazione in misura fissa e solo in caso d'uso, anche se redatti in forma pubblica o mediante scrittura privata autenticata, ai sensi degli artt. 6 della tariffa, parte seconda, e 11 della tariffa, parte prima, allegata al D.P.R. 26 aprile 1986, n. 131 (cfr. LANZILLOTTI-MAGURNO, *Il notaio e le imposte indirette*, Roma, 4^a ed., 2004, 355-356).

Qualora il delegato trasferente sia un soggetto passivo IVA, il fatto, che il corrispettivo previsto per il trasferimento sia destinato, sin dall'origine, al delegante, pur rilevante sotto il profilo delle imposte dirette, non è, invece, idoneo ad escludere l'operazione dall'ambito impositivo dell'imposta sul valore aggiunto, che il delegato addebiterà, a titolo di rivalsa, al delegatario.

Con riguardo al profilo delle imposte dirette, occorre distinguere la posizione del delegante da quella del delegato.

Il delegante reimpiega non un diritto reale, ma una situazione giuridica soggettiva che gli attribuisce un diritto di credito al bene e, pertan-

to, analogamente a quanto si vedrà in tema di cessione di contratto preliminare, deve escludersi che la fattispecie possa generare, in capo allo stesso delegante, plusvalenza speculativa tassabile *ex art. 67, comma 1, lett. b)*, D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, come sostituito dal D.Lgs. 12 dicembre 2003, n. 344, salva la possibilità che l'operazione delegatoria venga ad essere qualificata come produttiva di reddito di impresa, ovvero di reddito derivante (*art. 67, comma 1, lett. i)*) da «attività commerciali non esercitate abitualmente», ovvero (*art. 67, comma 1, lett. l)*) da «attività di lavoro autonomo non esercitate abitualmente».

Con riguardo alla posizione del delegato, l'operazione delegatoria in sé non potrà, in ogni caso, generare plusvalenza tassabile, nemmeno a livello di reddito di impresa, in quanto il trasferimento del delegato al delegatario costituisce esecuzione di un obbligo di dare assunto, sin dall'origine, dal delegato verso il delegante ed *il corrispettivo* del trasferimento stesso è, sempre sin dall'origine, *destinato al delegante* (cfr. *art. 85, comma 1, lett. a)*, D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, come sostituito dal D.Lgs. 12 dicembre 2003, n. 344).

Repertorio Generale N.

Raccolta N.

COMPRAVENDITA
REPUBBLICA ITALIANA

L'anno ..., il giorno ...del mese di ... (indicazione in lettere per disteso).

In Roma, nel mio studio sito nella via n....

Innanzi a me, Dottor ROMOLO ROMANI, Notaio in Roma, iscritto presso il Collegio Notarile dei Distretti Notarili Riuniti di Roma, Velletri e Civitavecchia, esclusa l'assistenza dei testimoni, per avervi i comparenti, di comune accordo e con il mio consenso, espressamente rinunziato, avendo i requisiti di legge,

SONO PRESENTI I SIGNORI

– Tizio (cognome e nome, luogo e data di nascita, domicilio o residenza, condizione, codice fiscale, stato e regime patrimoniale familiare);

– Caio (cognome e nome, luogo e data di nascita, domicilio o residenza, condizione, codice fiscale, stato e regime patrimoniale familiare), titolare della ditta individuale corrente in ..., P. IVA ...;

– Sempronio (cognome e nome, luogo e data di nascita, domicilio o residenza, condizione, codice fiscale, stato e regime patrimoniale familiare).

Detti comparenti, della cui identità personale io Notaio sono certo, mi richiedono di ricevere il presente atto, al quale premettono che

– il signor Caio è proprietario del seguente cespite immobiliare e precisamente:

Appartamento idoneo ad uso ..., al piano ..., a ... salendo le scale, del fabbricato

condominiale di recente costruzione, denominato Condominio Ciclamino, sito in Roma, nella via ..., civico ..., (descrizione, confini, dati catastali), per essere allo stesso pervenuto in virtù di costruzione eseguita con mezzi propri su area acquistata da potere del signor Tizio (cognome e nome, luogo e data di nascita) con atto ricevuto dal notaio ... (indicazione della provenienza);

– all'esito di trattative intercorse tra i signori Tizio e Sempronio, è intendimento del signor Tizio far conseguire la piena proprietà dell'appartamento sopra descritto al signor Sempronio, il quale è interessato all'acquisto e si è dichiarato disponibile al pagamento della somma di euro ... (indicazione in lettere per disteso) a titolo di prezzo, somma che è stata giudicata adeguata dal signor Tizio;

tutto ciò premesso, costituente parte integrante e sostanziale del presente atto, le parti stipulano e convengono quanto segue:

Art. 1) Il signor Tizio delega, con il presente atto, il signor Caio, che accetta e si obbliga, a trasferire al signor Sempronio l'appartamento di sua proprietà sopra descritto, facente parte del fabbricato condominiale di recente costruzione, denominato Condominio La Betulla, in funzione ed a fronte del pagamento della somma di euro ... (indicazione in lettere per disteso) in favore dello stesso Tizio, per la realizzazione di un rapporto di compravendita tra il signor Tizio ed il signor Sempronio.

Art. 2) Il signor Caio, su delega del signor Tizio, per la realizzazione di un rapporto di compravendita tra il signor Tizio ed il signor Sempronio, cede e trasferisce al signor Sempronio, che, per realizzare la medesima funzione, accetta e riceve, il seguente cespite immobiliare e precisamente:

Appartamento idoneo ad uso ..., al piano ..., a ... salendo le scale, del fabbricato condominiale di recente costruzione, denominato Condominio Ciclamino, sito in Roma nella via ..., civico ..., (descrizione, confini, dati catastali);

Art. 3) A corrispettivo della superiore attribuzione, i signori Tizio e Sempronio hanno convenuto il prezzo di euro ... (indicazione in lettere per disteso), che il signor Sempronio paga mediante numero assegni circolari emessi dalla Banca ... in data ... e precisamente:

– assegno di euro ..., n. ...

– assegno di euro ..., n. ...

tutti non trasferibili all'ordine del signor Tizio;

mentre l'imposta sul valore aggiunto con aliquota ..., cui rimane soggetto il presente trasferimento, viene corrisposta al signor Caio mediante assegno circolare di euro ..., emesso dalla Banca ... in data ..., n. ..., non trasferibile all'ordine del signor Caio.

I signori Tizio e Caio ritirano gli assegni loro rispettivamente intestati, rilasciandone ampia e definitiva quietanza al signor Sempronio, salvo buon fine.

Art. 4) Il cespite sopra descritto si trasferisce a corpo per quella che è la sua consistenza, nello stato di fatto e con gli impianti esistenti e funzionanti e conformi alla normativa nazionale, entro gli indicati confini, con tutti i diritti, azioni, ragioni, accessioni, accessori e pertinenze, al netto da arretri di imposte ed oneri condominiali, con le servitù inerenti, attive e passive, legalmente costituite o derivanti dallo stato dei luoghi, con i diritti ed obblighi del condominio edilizio e con la proporzionale quota di comproprietà sulle parti comuni condominiali, quali previste dall'art. 1117 c.c.

Art. 5) Il signor Tizio garantisce che il cespite sopra descritto è di piena proprietà e disponibilità del signor Caio; ne garantisce, altresì, la sua piena regolarità urbanistica, l'inesistenza di ipoteche, di trascrizioni passive, la libertà da canoni, rendite passive, diritti di prelazione e, più in generale, diritti reali o personali comunque a terzi spettanti, vincoli pregiudizievoli, privilegi, anche di natura fiscale, e gravanze di ogni genere.

Il signor Caio conferma e garantisce, anch'egli, di essere pieno proprietario del cespite sopra descritto e di averne la completa disponibilità, rimanendo obbligato, limitatamente al caso di evizione, per il valore del bene, oltre al risarcimento del danno ed al rimborso delle spese, mentre il signor Tizio assume su di sé ogni più ampia garanzia per tutti i casi di vizi, evizioni e molestie.

Art. 6) Precisano le parti che al signor Sempronio non saranno opponibili eventuali eccezioni inerenti i rapporti correnti tra il signor Tizio ed il signor Caio, salvo che sia nullo il rapporto tra il signor Tizio ed il signor Sempronio.

Art. 7) Il possesso giuridico ed il materiale godimento del cespite sopra descritto si trasferiscono oggi stesso al signor Sempronio per tutti i conseguenti effetti utili ed onerosi.

Art. 8) Si autorizza la trascrizione con rinuncia all'iscrizione di eventuale ipoteca legale.

Art. 9) Le spese del presente atto e dipendenti sono a carico del signor Sempronio.

DICHIARAZIONI URBANISTICHE (da rendere dall'alienante Caio).

Il presente trasferimento rimane soggetto all'Imposta sul Valore Aggiunto (IVA), di cui al D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633, attesa la natura imprenditoriale del delegato trasferente signor Caio, ed all'uopo sono state rilasciate le relative fatture.

Il presente atto, pertanto, in sede di registrazione, sarà soggetto alle imposte di registro, ipotecarie e catastali, in misura fissa, in base al disposto degli artt. 40, D.P.R. 26 aprile 1986, n. 131; 10, comma 2, D.Lgs. 31 ottobre 1990, n. 347, e nota all'art. 1 della tariffa allegata al D.Lgs. 31 ottobre 1990, n. 347.

EVENTUALE RICHIESTA DI AGEVOLAZIONI FISCALI "PRIMA CASA" PER L'ACQUIRENTE.

Del che richiesto io notaio ho ricevuto il presente atto, del quale ho dato lettura ai comparenti, che lo hanno approvato dichiarandolo conforme alla loro volontà.

È scritto in parte con mezzi meccanici da persona di mia fiducia ed in parte di mio pugno su tre pagine fin qui di un foglio.