

Capitolo I: Fondamenti storici e concettuali della cessione del contratto.

1. Riferimenti storici.

Le norme che disciplinano la cessione del contratto sono contenute nel codice civile, specificamente agli art.1406\1410, i quali risultano ancora oggi pienamente attuali nonostante il mutato contesto giuridico e commerciale rispetto al 1942: particolarmente nelle società interconnesse e globalizzate, è infatti il contratto che rappresenta << il principale strumento dell'innovazione giuridica >>¹ che consente all'autonomia privata di diventare fonte del diritto.

Contestualmente all'evoluzione socio-economica della prassi negoziale, anche la giurisprudenza ha alternato indirizzi più restrittivi ad altri maggiormente estensivi nell'individuare il perimetro operativo dell'istituto in esame.

Storicamente infatti, il legislatore italiano, tenuto conto intanto della peculiarità del contesto economico di riferimento², nonché della disciplina previgente e dell'indirizzo giurisprudenziale maggioritario e consolidato, aveva inizialmente assunto una posizione restrittiva³. Peraltro, la tradizione giuridica italiana antecedente al codice civile del 1942, non aveva individuato l'esistenza di un complesso unitario di posizioni giuridiche idonee ad essere trasferite, ritenendo piuttosto che, la finalità economica delle parti potesse essere validamente raggiunta anche ricorrendo a singoli negozi di cessione e di acollo⁴.

Il legislatore del codice ha voluto invece porsi in una prospettiva di discontinuità rispetto al passato, costruendo un modello legale di cessione del contratto che potesse dimostrarsi generico e versatile, così da favorirne un'interpretazione estensiva ed una continua attualizzazione anche grazie al ruolo svolto dalla giurisprudenza⁵. Peraltro, anche nel confronto con gli altri principali ordinamenti europei, il modello italiano risulta essere precursore di uno schema normativo *leggero e breve* che consente un pieno riconoscimento del ruolo dell'autonomia privata, la quale sarà libera di impiegare

¹ Così in: *Albanese, Cessione del contratto, in Comm. Scajola-Branca, Zanichelli, 2008, pag.95.*

² La realtà economica italiana è sempre stata caratterizzata da un disomogeneo dislocamento su base territoriale delle industrie, da una centralità della famiglia nella gestione di imprese di dimensioni medio-piccole, da un'agricoltura competitiva solamente in alcune zone, da un persistente divario Nord-Sud.

³ In questo senso in: *Albanese, Cessione del contratto, cit. pag. 6.*

⁴ Infatti, il *Code Civil* era stato il principale modello storico di riferimento per il legislatore italiano. L'ordinamento francese non ha mai codificato espressamente la *cessione del contratto* che però è oggi ammessa nella prassi grazie all'operato dei giudici. Il *trasferimento del contratto* disciplinato in Francia rimane un istituto ben lontano dal conoscere lo sviluppo che caratterizza il suo omologo italiano: infatti, permangono discussioni e contrasti sugli elementi fondamentali della fattispecie quali la causa, l'unitarietà e la possibilità di modificare soggettivamente il rapporto senza sconfinare nella novazione. In questo senso in: *Albanese, Cessione del contratto, cit. pag.99.*

⁵ La prassi conosce diverse fattispecie atipiche di cessione le quali, pur non essendo menzionate espressamente dal codice, trovano piena legittimità nella prassi socio-giurisprudenziale.

l'istituto in maniera opportunistica⁶; ancora oggi infatti, la disciplina italiana risulta all'avanguardia nel confronto con gli altri ordinamenti europei e ciò incide conseguentemente anche nella nascita di un diritto europeo delle obbligazioni⁷. La base concettuale sulla quale il legislatore ha quindi costruito l'istituto è stata l'individuazione di una successione a titolo particolare sia nel lato attivo sia in quello passivo di un rapporto obbligatorio⁸: in questa prospettiva, lo schema unitario adottato dal codice riesce giustappunto a conciliare, tanto la circolazione complessiva del rapporto, quanto le esigenze di conservazione della sua identità giuridica, particolarmente avvertita dal contraente ceduto⁹.

In retrospettiva quindi, il *Code Civil* ha fornito un contributo non irrilevante all'evoluzione dell'istituto, laddove ha iniziato a considerare anche il credito come un *bene* suscettibile di autonoma circolazione giuridica: lo sviluppo delle varie fattispecie di cessione del credito sono diventate il presupposto per qualsivoglia ragionamento in tema di cessione complessiva di un contratto. Certamente più lenta e graduale è stata invece la teorizzazione di un'analogia circolazione anche del *debito*¹⁰: lo stesso veniva inizialmente qualificato non come utilità o valore positivo, bensì come un onere che, limitando l'autonomia del debitore, ne condizionava contestualmente anche la consistenza patrimoniale. Il debito veniva quindi considerato << quale valore negativo insuscettibile di valutazione economica e quindi di contrattazione >>¹¹. Tale assunto veniva però confutato dall'ammissibilità del trasferimento *mortis causa* anche dei debiti, nonché dalla pratica dell'*accollo* e dell'*espromissione* quali istituti idonei a realizzare una sostituzione soggettiva del debitore. Considerare il debito come un'entità economica è quindi << giustificabile proprio con la sua attitudine a diminuire il patrimonio del debitore >>. In tal senso, quando a circolare è il debito, risulta necessario il consenso del creditore << in ragione del potenziale rischio incombente a causa del

⁶ I soli limiti *ex lege* imposti alla discrezionalità delle parti sono quelli che costituiscono anche i punti fermi della disciplina dell'istituto: l'unitarietà, l'imprescindibilità del consenso del ceduto, la garanzia che viene prestata dal cedente.

⁷ Altri ordinamenti europei invece, come quello francese, in cui la costruzione dell'istituto è di origine giurisprudenziale, oppure come quello tedesco, in cui permangono contrasti tra una visione unitaria ed una atomistica, si trovano completamente disallineati rispetto all'indirizzo europeo sulla cessione del contratto. In questo senso in: *Albanese, Cessione del contratto*.

⁸ Un risultato affatto scontato se si considera la tradizione giuridica romana che considerava l'obbligazione caratterizzata dall'attributo della personalità che non la rendeva di conseguenza trasferibile ad altro soggetto senza immaginare una necessaria novazione del rapporto. In questo senso in: *Albanese, Cessione del contratto*.

⁹ Il ceduto, rimanendo nel rapporto originario, certamente non è interessato a che lo stesso possa diventare oggetto di una novazione.

¹⁰ Per molto tempo infatti, si è ritenuto che il lato passivo di un rapporto non potesse circolare unitamente a quello attivo.

¹¹ Così in: *Albanese, Cessione del contratto, cit. pag.107*.

mutamento della persona del debitore >>¹². Ammettere dunque una modificazione soggettiva anche nel lato passivo del rapporto non pregiudica la possibilità del creditore di soddisfarsi poiché lo stesso, addirittura già nei casi di rischio potenziale, potrebbe fermare l'operazione negando il proprio consenso.

Sebbene la dottrina italiana avesse poi riconosciuto un'ipotesi di modificazione soggettiva anche nel debito, rimaneva comunque una lacuna normativa a rappresentare l'ostacolo maggiore rispetto alla realizzazione di un fenomeno successorio unitario¹³; questa lacuna normativa non era peraltro suscettibile di essere colmata applicando analogicamente la disciplina esistente sulla *successione mortis causa* per via delle differenze tra un'ipotesi di successione universale ed una invece a titolo particolare quale deve essere considerata la cessione del contratto.

2. Le differenti teorie concettuali: tesi atomistica, tesi intermedia e tesi unitaria.

L'esigenza di avere una norma che legittimasse espressamente una successione complessiva nel rapporto verrà dunque soddisfatta solamente con il nuovo codice: l'art.1406 c.c. è infatti considerata come la norma costitutiva del fenomeno successorio realizzato dalla cessione del contratto. La norma identifica innanzitutto uno schema tipico di *fattispecie di cessione* piuttosto che un *contratto tipico di cessione*, fornendo dunque all'autonomia privata uno strumento giuridico in cui inquadrare quelle operazioni economiche che fanno circolare un contratto nel suo complesso¹⁴. Al netto del contesto dottrinale e giurisprudenziale di riferimento, il legislatore del codice si confrontava con tre diverse teorie concettuali: quella *atomistica*, di origine tedesca, poi quella della *rinnovazione* ed infine la *teoria unitaria*.

La tesi atomistica nasceva dalla necessità di fornire un generico supporto normativo ad operazioni economiche già consolidate nella prassi¹⁵: di conseguenza, al cessionario si attribuiva uno status più limitato che non gli consentiva di divenire parte del rapporto contrattuale complessivo, bensì solamente di subentrare singolarmente nei soli rapporti attivi e passivi¹⁶.

¹² Rif. alla nota precedente.

¹³ Per far circolare sia il lato attivo sia quello passivo di un rapporto obbligatorio, prima del codice del 1942, la prassi realizzava una combinazione di *cessione del credito* ed *accollo del debito*. In questo senso in: *Albanese, Cessione del contratto*.

¹⁴ In questo senso in: *E. Gabrielli, Trattato dei contratti, I contratti in generale, Vol. II, II ed., pag.1314*.

¹⁵ Piuttosto che creare *ex novo* un istituto giuridico *ad hoc*, si preferiva considerare due istituti già disciplinati: la cessione del credito e l'accollo del debito.

¹⁶ Peraltro, la giurisprudenza italiana ricorreva anche alla teoria della *scomposizione*, sempre di origine tedesca, al fine di applicare estensivamente le norme già previste. In questo senso in: *Albanese, Cessione del contratto*.

L'aspetto positivo della concezione atomistica fu la nascita di alcune teorie originali che in qualche modo anticiparono gli elementi concettuali che si riscontreranno poi nel codice civile¹⁷. Inoltre, è da rilevare come la teoria atomistica si sia sviluppata in un contesto in cui *i codici* erano considerati come un vero e proprio dogma giuridico; tutto ciò ha indotto gli atomisti ad interpretare estensivamente le norme già esistenti onde evitare di uscire dal perimetro della codificazione, piuttosto che teorizzare un nuovo istituto.

La teoria della rinnovazione invece, ammettendo astrattamente la cessione del contratto come un'unione giuridica tra la cessione del credito e l'accollo del debito, si preoccupava di concettualizzarne l'unitarietà ricorrendo alla categoria del *negozio complesso*: in questo senso, la manifestazione di volontà del cessionario realizzava una rinnovazione del rapporto giusto al fine di consentirne il subentro in luogo del cedente¹⁸. L'innovazione concettuale apportata da questa teoria sarà rilevante per il futuro dell'istituto: per la prima volta infatti, il fondamento del subentro veniva rintracciato nell'incontro di volontà negoziali dei soggetti coinvolti nell'operazione¹⁹. Nondimeno, risulta difficile qualificare *qui* una semplice rinnovazione del rapporto se poi come sua conseguenza si realizzerà una modificazione soggettiva²⁰.

La teoria unitaria sarà dunque quella cui aderirà definitivamente il legislatore del codice: in questo senso, la cessione di un contratto non si realizzerà più ricorrendo ad istituti autonomi e diversi, bensì verrà normativamente costruita in modo unitario ed organico. La cessione del contratto, caratterizzata da uno schema trilaterale, oltreché da uno *status* paritario dei soggetti coinvolti, diviene dunque uno strumento in grado di << attuare una successione a titolo particolare nel rapporto giuridico contrattuale operando con un unico atto la sostituzione di un nuovo soggetto nella posizione giuridica attiva e passiva di uno degli originari contraenti e senza la necessità di separati atti di cessione e di accollo>>²¹.

¹⁷ Per es. la tesi unitaria di E. Finzi, il quale avvertiva come l'ordinamento italiano, anche alla luce della struttura della propria economia, non fosse ancora pronto a consentire una cessione complessiva del contratto. Ulteriormente, Fontana riconduceva l'unitarietà della cessione alla manifestazione di volontà del cessionario che in ciò fondava il suo interesse negoziale. Così in: Albanese, *Cessione del contratto*.

¹⁸ In questo senso in: Albanese, *Cessione del contratto*.

¹⁹ *Qui* è la rinnovazione delle volontà negoziali che consente di rinnovare a sua volta il rapporto al fine di realizzare il subentro. Anche nel modello normativo vigente la manifestazione di volontà delle parti è imprescindibile per il perfezionamento della cessione.

²⁰ Il confine tra *rinnovazione del rapporto originario* e *novazione* appare troppo labile. In questo senso in: Albanese, *Cessione del contratto*.

²¹ Così in: Albanese, *Cessione del contratto*, cit. pag.121.

3. Il contratto ceduto: “fatto” o “atto” giuridico?

L'art.1406 c.c. stabilisce che *ciascuna parte può sostituire a sé un terzo nei rapporti derivanti da un contratto con prestazioni corrispettive, se queste non sono state ancora eseguite, purché l'altra parte vi consenta.*

La norma identifica il contratto quale oggetto della cessione: ciò che dunque il cedente trasferisce al cessionario è la sua posizione di parte in quel determinato rapporto.

Prioritariamente è quindi necessario individuare se il riferimento del legislatore al contratto deve intendersi nel senso di un *atto* o piuttosto di un *effetto* giuridico.

Adottando la nozione di atto, ci si riferirà al contratto con cui << il cedente, parte di un altro contratto già in corso con un altro soggetto-ceduto, trasferisce la propria posizione contrattuale al cessionario >>²².

Qualora si facesse invece riferimento all'effetto, significherebbe individuare come oggetto della cessione la posizione contrattuale che circola nel suo complesso di rapporti attivi e passivi dal cedente al cessionario.

La soluzione da preferire è in questo senso intermedia²³: la cessione prevede infatti che il cessionario subentri a pieno titolo nel rapporto contrattuale in luogo del cedente, acquisendo di conseguenza la titolarità di tutte le posizioni giuridiche riconducibili allo *status* di parte.

In questo senso, qualora si intendesse il contratto solamente come un *fatto*, sarebbe quantomeno difficile, già a livello logico, ammettere la possibilità di modificarlo una volta che lo stesso si sia già realizzato, dunque esaurito. È quindi il *rapporto giuridico*, che nel contratto rintraccia la propria fonte, che è idoneo a circolare, diversamente dal *fatto* che risulta ormai immodificabile.

In definitiva, mentre il *fatto* è l'elemento statico del contratto, quindi compiuto ed immutabile, il *rapporto* è invece, non soltanto ancora pienamente vitale, ma anche potenzialmente eseguibile ed utilizzabile sino a quando permarrà l'efficacia del vincolo contrattuale.

Ulteriormente, il grado di *vitalità* del rapporto dovrà essere valutato in concreto poiché è proprio questo elemento su cui si basa il discrimine tra cedibilità e non cedibilità della posizione contrattuale; al fine poi di delineare il contesto di riferimento della cessione, va considerato anche il lato economico-patrimoniale della vicenda negoziale in cui il cessionario avrà tanto interesse ad entrare a pieno titolo in un rapporto non ancora esaurito almeno quanto, il cedente, avrà interesse

²² Così in: Fusaro, A., *Cessione del contratto*, in *Trattato Roppo*, vol III, Giuffrè, 2006, pag. 588.

²³ Così in: Albanese, *Cessione del contratto*.

ad uscire da un *rapporto* e non già da un *fatto*, le cui conseguenze giuridiche, non sono ormai più modificabili.

Il contratto è quindi, nel contempo, sia la fonte che il perimetro del rapporto: l'interesse del cessionario si identifica con la titolarità di tutte le posizioni giuridiche che ne scaturiscono, giusto al fine di sfruttarle a proprio vantaggio. In questo senso, il rapporto andrebbe qualificato in senso funzionalistico alla stregua di un programma o di un insieme di potenzialità ancora inattuata²⁴.

La cessione, che realizza una successione a titolo particolare per atto *inter vivos*, permetterà dunque al cessionario di non essere più un terzo estraneo al rapporto, bensì di diventarne parte: è questa la peculiarità che distingue la cessione del contratto da altri istituti affini²⁵. La posizione del cessionario è *qui* unitaria e complessiva: ciò che circola è lo *status* di parte nel rapporto che produce << la dismissione degli effetti del contratto >> per il cedente, senza che ciò però soppianti << la presenza storica del contraente originario >>²⁶.

4. Lo status di parte in un rapporto contrattuale.

Il legislatore, utilizzando il *nomen iuris* cessione del contratto, intende riferirsi alla circolazione della *posizione del contraente nel negozio* che riguarda però << il rapporto nel suo complesso >>²⁷.

Nondimeno, il *nomen* cessione del contratto, esprime altresì l'identità storico-economica dell'istituto: le parti che stipulano una cessione del contratto manifestano la precisa volontà di realizzare un fenomeno successorio a titolo particolare.

La cessione del contratto trae origine dalla prassi mercantile: il codice ha quindi inaugurato una discontinuità rispetto alla disciplina antecedente, ricostruendo l'istituto in maniera unitaria e raccordandone la *ratio* con la funzione economica per cui l'autonomia privata già lo impiegava. Il legislatore ha quindi recepito l'orientamento pratico che prediligeva uno schema unitario che consentisse nella stessa sede di disciplinare sia i rapporti attivi che quelli passivi: l'autonomia privata non aveva mai inteso realizzare singole operazioni economiche tra loro autonome, bensì ha sempre valorizzato patrimonialmente la posizione di parte che *qui* si comporta come una *res* che circola a causa della cessione.

Il cessionario diviene dunque titolare di tutte quelle utilità, ancora possibili, che derivano dal rapporto contrattuale in cui subentra: lo scopo della cessione diviene dunque il trasferimento della

²⁴ In questo senso in: *Albanese, Cessione del contratto*.

²⁵ Per es. la cessione del credito, l'accollo del debito.

²⁶ Così in: *Fusaro, Trattato Roppo, Vol III, cit. pag.218*.

²⁷ Così in: *Albanese, Cessione del contratto, cit. pag.6*.

titolarità del potere economico connesso allo *status* di parte nel rapporto. È proprio questa titolarità che diviene il misuratore tanto della ricchezza patrimoniale, quanto del potere economico di cui gode un soggetto: di conseguenza, qualora il codice avesse assecondato la teoria atomistica, ciò avrebbe causato una minore rilevanza del *bene* inteso come posizione di parte in un rapporto contrattuale.

L'evoluzione nella qualificazione della posizione contrattuale, *qui* considerata come *bene*, è una conseguenza del fatto che l'ordinamento ammette anche la circolazione di beni immateriali: in base a ciò, troveranno piena legittimazione anche quelle ipotesi di *cessioni atipiche*, con ciò intendendosi quelle che realizzano il trasferimento di posizioni di contratti già eseguiti o in corso di esecuzione ovvero << riferite soltanto ad una porzione del contratto o alle prestazioni residue ancora da eseguire >>²⁸.

L'evoluzione funzionale dell'istituto non ha potuto quindi ignorare come l'interesse negoziale alla cessione si ravviserà solamente laddove il rapporto abbia già dato prova delle proprie potenzialità e ne conservi, nel contempo, delle altre ancora inesprese e fungibili.

Capitolo II: Effetti e struttura della cessione del contratto.

1. La cessione del contratto come successione a titolo particolare nel rapporto.

La cessione realizza quindi una successione a titolo particolare della quale è necessario individuare gli elementi costitutivi.

Poiché il rapporto è la parte dinamica del contratto, ed è anche il bene-oggetto di circolazione, si deve stabilire la soglia limite oltre la quale il rapporto ha esaurito la sua utilità, perdendo di conseguenza l'attitudine dinamica e divenendo, invece, un *fatto* non più idoneo alla circolazione.

Ulteriormente, si dovrà altresì individuare il limite imposto all'autonomia privata rispetto ad eventuali modifiche del regolamento contrattuale che siano possibili contestualmente alla cessione²⁹ e senza che ciò, peraltro, possa essere considerato come indice di sfiducia del legislatore verso l'autonomia privata³⁰. Del resto, è il contratto e << non un qualsiasi negozio e tanto meno un

²⁸ Così in: *Fusaro, Trattato Roppo, Vol III, cit. pag.220.*

²⁹ Se il rapporto venisse modificato nei suoi elementi essenziali e caratterizzanti diventerebbe un *aliquid novi* in cui il cessionario non potrebbe succedere trattandosi piuttosto di novazione.

³⁰ La cessione è *qui* espressione dell'autonomia privata, diversamente dalle ipotesi di cessione legale.

diritto >> a costituire oggetto stesso della cessione³¹, oltreché ad essere il solo strumento idoneo a far circolare efficacemente i beni giuridici³².

In questo senso, vengono quindi ricomprese nell'ambito del modello normativo di cessione anche le ipotesi atipiche, così da evitare che la loro ammissibilità possa dipendere unicamente dalla valutazione sulla tipicità del negozio. In definitiva, la cessione consente ad un contratto *strumento* di farne circolare liberamente un altro inteso come *bene*. L'ordinamento riconosce quindi che le parti che stipulano un contratto ne costruiscono intrinsecamente anche la sua attitudine alla cedibilità così da valorizzarlo patrimonialmente, ed all'uopo farlo circolare³³.

Altresì, la successione realizzata dalla cessione avvicina concettualmente l'idea di erede con quella di successore: come il primo, anche il secondo subentra sia dal lato attivo che da quello passivo nel rapporto, il quale continua a spiegare i suoi effetti come se la modificazione soggettiva non fosse intervenuta poiché, per la sua esistenza in astratto, è indifferente che ne sia parte il cedente piuttosto che il cessionario. Diversamente dalla successione universale che coinvolge l'erede, *qui* ciò che si trasferisce è un bene *in particolare*: la posizione nel rapporto³⁴.

La discontinuità manifestata dallo schema unitario della cessione contenuto nel codice civile vigente è infatti basata sull'idea che un'obbligazione non possa più essere intesa restrittivamente come un legame tra soli individui in quanto, il rapporto obbligatorio, risulta invece distinto dai soggetti che lo compongono, circolando autonomamente. Peraltro, di un rapporto contrattuale, essendo caratterizzato da un contenuto patrimoniale, al pari degli altri diritti patrimoniali, il proprio titolare ne può disporre liberamente.

1.1. Posizioni giuridiche in cui subentra il cessionario.

La cessione del contratto trasferisce la posizione contrattuale del cedente, facendo quindi subentrare il cessionario non solamente nei rapporti attivi e passivi *ex contractu*, ma anche in tutti gli altri elementi che dallo stesso derivano, quali *in primis* i diritti potestativi. Questi ultimi, essendo perlopiù dei diritti accessori, e circolando quindi insieme a quelli principali, appartengono alla sfera giuridica soggettiva di chi gode dello *status* di parte nel rapporto contrattuale³⁵.

³¹ Così in: *Fusaro, Trattato Roppo, vol III, cit. pag. 220.*

³² Ai sensi degli art. 1321 e 1332 c.c. ciò diventa un paradigma irrinunciabile per il nostro ordinamento. In questo senso in: *Albanese, Cessione del contratto.*

³³ In questo senso in: *Albanese, Cessione del contratto.*

³⁴ *Rif. alla nota precedente.*

³⁵ Infatti, con la cessione del contratto non si trasferiscono solamente le posizioni giuridiche esistenti al momento della cessione, bensì anche quelle che potenzialmente potrebbero sorgere dal medesimo rapporto in futuro. In questo senso in: *Albanese, Cessione del contratto.*

Il cessionario subentra anche nelle azioni, le quali circolano anch'esse accessoriamente rispetto alle posizioni giuridiche di riferimento. La peculiarità della cessione del contratto è che, anche dopo la completa esecuzione delle prestazioni derivanti dal medesimo, sopravvivono in potenza tutte quelle azioni che potrebbero essere quiescenti³⁶.

Ulteriormente, si trasferiscono anche le aspettative: se in un primo momento la loro cedibilità risultava incerta, oggi è pacificamente ammessa vista la loro relazione con l'esercizio delle azioni³⁷.

Riguardo poi la clausola compromissoria, benché essa sia in astratto autonoma rispetto al contratto-base, contribuisce comunque a formare il contenuto del regolamento contrattuale in cui il cessionario subentra³⁸. Peraltro, riconoscere l'autonomia della clausola compromissoria con riferimento alla valutazione in tema di validità della stessa, certamente non ne pregiudica l'idoneità ad essere trasferita anche contestualmente al contratto in cui è contenuta. In questa prospettiva, la cessione del contratto realizza una circolazione della posizione di parte nel suo complesso: l'autonomia della clausola non osta a che i suoi effetti vengano trasferiti anche al cessionario. Nondimeno, l'orientamento giurisprudenziale consolidato non ha inteso affermare nessun automatismo nella circolazione della clausola compromissoria insieme al contratto che la contiene, preferendo svolgere una valutazione caso per caso³⁹. Del resto, poiché la cessione realizza una piena successione nel rapporto, considerare in un'ottica complessiva anche la clausola compromissoria risulta preferibile⁴⁰, e senza che ciò possa creare un automatismo che prescindere da una valutazione in concreto. Infatti, vista la sua autonomia, affinché possa circolare, la clausola compromissoria necessita di una specifica manifestazione di consenso che si << risolve in una rinnovazione del patto compromissorio >>⁴¹.

In definitiva quindi, per stabilire se la clausola compromissoria circoli o meno insieme al contratto ceduto, si dovrà interpretare la volontà delle parti: qualora infatti il ceduto abbia accettato la cessione, e tutte le volontà negoziali appaiano univoche nel senso di trasferire complessivamente e senza eccezioni il rapporto, non si renderebbe necessaria un'ulteriore manifestazione di consenso *ad hoc* per trasferire la clausola⁴².

³⁶ Questa è una delle differenze sostanziali rispetto alla cessione del credito ed all'accollo del debito. *Rif. alla nota precedente.*

³⁷ *Rif. alla nota precedente.*

³⁸ In questo senso in: *Gabrielli, Trattato dei contratti, I contratti in generale, pag.1328.*

³⁹ In questo senso in: *Gabrielli, Trattato dei contratti, I contratti in generale, pag.1329.*

⁴⁰ In questo senso anche: *G. De Nova, La cessione del contratto, in Obbligazioni e contratti, II, Trattato Rescigno, Utet, 2000, cit. pag.702.*

⁴¹ Così in: *Gabrielli, Trattato dei contratti, I contratti in generale, pag.1329.*

⁴² Con l'accettazione della cessione, il ceduto manifesta la volontà di rendere efficace la clausola anche nei suoi futuri rapporti con il cessionario. Parimenti, anche il cessionario, il quale ha concluso la cessione pur essendo a conoscenza

1.2. *L'interpretazione del contratto ceduto.*

Per quanto riguarda l'interpretazione del negozio, ed al netto della distinzione tra contratto-*fatto* e contratto-*effetto*, il cessionario subentra nel rapporto allo stato di fatto in cui lo stesso si trova nel momento in cui si perfeziona la cessione, anche a fronte dell'immutabilità di ciò che il rapporto è ormai stato. Di conseguenza, il cessionario è vincolato dalla storia del contratto, ivi compresi i comportamenti concludenti tenuti dal cedente e che ne hanno condizionato, sino alla cessione, le modalità di esecuzione. Nondimeno, poiché il cessionario resta estraneo rispetto al contratto-fatto, per il futuro egli potrebbe voler interpretare diversamente il regolamento contrattuale facendo sorgere, a questo punto, un conflitto tra l'interesse del ceduto a mantenere una certa continuità ermeneutica e l'interesse contrapposto e sopravvenuto del cessionario a garantirsi invece discontinuità. Mentre quindi la *storia* del contratto risulta preclusa a qualsivoglia intervento additivo da parte del cessionario, egli potrà *pro futuro*, tramite la sua condotta negoziale, dare il proprio contributo ermeneutico rispetto all'esecuzione del contratto⁴³.

2. *La struttura trilaterale.*

Il contratto di cessione è un negozio plurilaterale da cui certamente il ceduto non può rimanere estraneo: il suo consenso è quindi requisito assoluto di validità del negozio di cessione.

La costruzione unitaria adottata dal codice ha come presupposto uno schema trilaterale: sono dunque tre i soggetti necessariamente coinvolti e che devono manifestare la propria volontà negoziale. Fino a quando il consenso del ceduto non è validamente espresso, la fattispecie di cessione è in linea di principio inesistente ed incompleta⁴⁴: il legislatore, ponendo in una posizione di assoluta parità tutti i soggetti coinvolti, assicura contestualmente anche il trasferimento della posizione di parte nel suo complesso⁴⁵.

La rilevanza attribuita alla volontà del ceduto è quindi l'elemento peculiare della fattispecie ed infatti, oltre che per perfezionare la cessione, lo stesso potrebbe determinare anche delle contestuali modifiche al regolamento contrattuale⁴⁶.

della presenza nel regolamento contrattuale della clausola compromissoria, dimostra di volerla accettare. In questo senso in: *Gabrielli, Trattato dei contratti, I contratti in generale, pag.1331.*

⁴³ In questo senso in: *De Nova, La cessione del contratto, Trattato Rescigno.*

⁴⁴ Nondimeno, nelle ipotesi atipiche di cessione, le modalità di formazione della fattispecie derogano rispetto allo schema ordinario.

⁴⁵ Infatti, se si procedesse diversamente, lo schema negoziale della cessione non potrebbe dirsi unitario, sovrapponendosi peraltro a quello bilaterale che continua a caratterizzare la cessione del credito.

⁴⁶ Peraltro, dipenderà sempre dalla volontà del ceduto che la cessione si sviluppi in senso liberatorio o meno per il cedente.

In definitiva, il consenso del ceduto è, al pari di quello del cedente e del cessionario, elemento costitutivo della fattispecie e ciò a prescindere dal momento o dalle modalità con cui lo stesso viene espresso⁴⁷.

Il ruolo che la normativa attribuisce al consenso del ceduto non pregiudica nemmeno che <<nell'economia del singolo accordo esso venga a giocare il ruolo che le parti gli assegnano >>⁴⁸, con particolare riferimento al valore da attribuire all'accordo tra cedente e cessionario: qualora l'efficacia dello stesso nel perfezionare la cessione fosse subordinata proprio al consenso del ceduto, lo stesso diventerebbe, oltre che *ex lege* anche per espressa volontà convenzionale, un elemento necessario dell'operazione⁴⁹. Ulteriormente, nel caso invece in cui l'accordo tra cedente e cessionario venisse considerato già di per sé vincolante, di conseguenza la rilevanza del consenso del ceduto decrescerebbe⁵⁰. Nonostante sia configurabile in astratto un contrasto tra le fattispecie atipiche di cessione e lo schema trilaterale tipico, non si può non tenere conto, anche nella valutazione sull'ammissibilità o meno di siffatte ipotesi, dell'attitudine della prassi ad adottare uno schema sostanzialmente bilaterale per la cessione, al netto dell'imprescindibilità del consenso del ceduto, che però viene *qui* qualificato come semplice benessere all'operazione⁵¹.

La plurilateralità tipica della cessione assume dunque un significato meramente descrittivo in quanto l'interprete si troverà a dover valutare in concreto l'intenzione negoziale delle parti al fine di applicare la disciplina della cessione del contratto. La plurilateralità è quindi da riferire alla essenziale presenza di tutti e tre i soggetti coinvolti, ciascuno portatore del proprio centro di interessi; di conseguenza, senza il consenso di una delle parti necessarie, il contratto di cessione sarà qualificato come inesistente o invalido a causa della mancanza di una volontà essenziale che non consente che si integri nemmeno la soglia minima di operatività della cessione del contratto⁵². La circostanza poi che la cessione sia inesistente per difetto del consenso del ceduto non impedisce comunque di salvaguardarne il profilo economico-giuridico superstite, con il risultato che, il cessionario, pur non succedendo nel rapporto in luogo del cedente, potrà subentrare solamente in

⁴⁷ In questo modo si evita che nelle ipotesi atipiche di cessione si possa derogare rispetto allo schema trilaterale.

⁴⁸ Così in: *Fusaro, Cessione del contratto, in Trattato Roppo, Vol III, cit. pag.232.*

⁴⁹ Finché non interviene il consenso del ceduto, l'accordo tra cedente e cessionario ricade esclusivamente sotto la disciplina dell'art.1337 c.c. Così in: *De Nova, Cessione del contratto, in Trattato Roppo, Vol III, cit. pag.232.*

⁵⁰ Ciò nonostante, per perfezionare una cessione del contratto ai sensi dell'art.1406 c.c., il consenso del ceduto rimane necessario.

⁵¹ Così in: *De Nova, Cessione del contratto, in Trattato Roppo, Vol III, cit. pag. 232.*

⁵² Nondimeno, l'accordo validamente concluso tra cedente e cessionario potrebbe spiegare autonomamente alcuni effetti giuridici ex art. 1337 c.c. In questo senso in: *Albanese, Cessione del contratto.*