

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

DOTTORATO DI RICERCA IN

“Stato e persona negli ordinamenti giuridici – Indirizzo: Diritto civile”

Ciclo XXIV

Settore Concorsuale di afferenza: 12/A1 – DIRITTO PRIVATO

Settore Scientifico disciplinare: IUS/01 – DIRITTO PRIVATO

“Modificazioni soggettive del rapporto obbligatorio e garanzie reali”

Presentata dal: Dott. Nicola Di Staso

Coordinatore Dottorato

Relatore

Prof. Luigi Balestra

Prof. Ugo Ruffolo

Esame finale anno 2012

*Der diese Liebe
mir ins Herz gehaucht,
dem Willen, der
dem Wälsung mich gesellt,
ihm innig vertraut -
trotzt' ich deinem Gebot.*

R. Wagner – *Die Walküre* – Atto terzo – Scena terza

INDICE

Premessa p. 6

Prima sezione - obbligazione in generale e garanzie reali a servizio del credito

1. Il rapporto obbligatorio in generale, con particolare riferimento agli aspetti soggettivi e ambito della presente ricerca p. 9
2. La responsabilità patrimoniale del debitore e le garanzie per l'adempimento p. 16
3. Brevi cenni sui privilegi p. 30
4. Le garanzie reali convenzionali p. 32
 - 4.1 Il pegno p. 32
 - 4.2 L'ipoteca p. 38
 - 4.3 L'annotazione in margine all'iscrizione ipotecaria *ex art. 2843 c.c.* p. 44
 - 4.4 L'accessorietà della garanzia reale rispetto al credito p. 46

Seconda sezione – Le modificazioni soggettive tipizzate dal codice civile

1. La successione nel rapporto obbligatorio. Inquadramento generale e rapporti con la novazione soggettiva p. 55
2. Le singole fattispecie di successione nel rapporto obbligatorio. Breve premessa metodologica p. 65
3. Successione nel lato attivo p. 66
 - 3.1 La cessione del credito p. 66
 - 3.1.1 Il trasferimento delle garanzie nella cessione del credito p. 72
 - 3.1.2 Il trasferimento dell'ipoteca nella cessione del credito p. 78
 - 3.2 Cenni sulla delegazione attiva p. 83
4. Successione nel lato passivo del rapporto obbligatorio p. 88
 - 4.1 La delegazione p. 95
 - 4.2 L'espromissione p. 103
 - 4.3 L'accollo p. 109
 - 4.4 L'assunzione del debito altrui e le garanzie p. 120

Terza sezione – La surrogazione in generale

1. La surrogazione per pagamento – Premessa	p. 129
2. La surrogazione per volontà del creditore	p. 142
3. La surrogazione per volontà del debitore	p. 145
4. Cenni sulla surrogazione legale	p. 154
5. Surrogazione e garanzie	p. 154

Quarta sezione – La surrogazione Bersani

1. Inquadramento generale della norma entro il provvedimento legislativo che la contiene	p. 161
2. La c.d. portabilità del mutuo	p. 163
3. La situazione anteriore alla novella del 2007	p. 166
4. Requisiti soggettivi di applicazione della norma prima del d.l. 70/2011	p. 169
4.1 Requisiti soggettivi di applicazione della disciplina, con riferimento alla persona del debitore dopo il d.l. 70/2011	p. 180
5. Requisiti oggettivi di applicazione della normativa	p. 183
6. Surrogazione Bersani e surrogazione per volontà del debitore <i>ex art. 1202 c.c.</i>	p. 185
7. Le criticità della surrogazione Bersani: annotazione dell'ipoteca ed eccezioni opponibili dal debitore al nuovo creditore	p. 192
7.1 Le modalità di annotazione dell'ipoteca	p. 200
7.2 La garanzia ipotecaria prestata da terzi e tutela dei terzi creditori	p. 202
7.3 Garanzie diverse dall'ipoteca (in particolare il pegno e la fideiussione)	p. 205
8. La forma dell'atto di surrogazione	p. 207
9. Surrogazione Bersani e quota frazionata di mutuo	p. 208
10. La disciplina economica, in generale, della surrogazione Bersani. I doveri di collaborazione in capo all'istituto di credito coinvolti	p. 212
11. I costi della surrogazione Bersani	p. 223
12. Il settimo comma dell'art. 120 <i>quater</i> T.U.B.	p. 227
13. Nullità dei patti che impediscono o rendono onerosa la facoltà di surrogazione	p. 242
13.1 Nullità relativa o nullità assoluta?	p. 248

14. La rinegoziazione del finanziamento p. 254
15. Aspetti tributari della surrogazione Bersani e
comma 10 dell'art. 120 *quater* T.U.B. p. 271
16. Considerazioni conclusive sulla surrogazione
per pagamento regolata dalle liberalizzazioni Bersani p. 272

Quinta sezione – Conclusioni

1. Premessa p. 277
2. La cambiale ipotecaria quale deroga all'annotazione
delle vicende relative al credito ipotecario p. 278
3. L'ipoteca quale forza propulsiva del credito:
il caso del *reverse mortgage* p. 282
4. Il dogma dell'accessorietà dell'ipoteca in un'ottica
comparatistica p. 286
- 4.1 L'Unione Europea quale motore per una rivisitazione
del diritto ipotecario p. 294
5. È veramente necessaria una riforma dell'ipoteca in Italia? p. 297

Bibliografia p. 302

PREMESSA

Con il presente lavoro si intende svolgere un lavoro ad un tempo classico e attuale. La tematica sottesa al titolo “modificazioni soggettive del rapporto obbligatorio e garanzie reali” è quanto mai vasta e avrebbe richiesto una disamina pressoché infinita, costituendo uno dei temi centrali del moderno diritto delle obbligazioni.

Nella prima parte del lavoro si è cercato di dare risposta, con taglio classico alla dissertazione, al quesito se la modificazione di una delle parti del rapporto, con particolare attenzione alla persona del debitore, dia vita a una novazione (dunque estinzione del precedente vincolo e formazione di uno nuovo) o se invece ci sia continuità giuridica. Nel diritto romano era noto come la variazione di qualunque soggetto del rapporto obbligatorio ne determinasse la cessazione e la costituzione di uno differente con la parte mutata (concretando ciò l’istituto della novazione soggettiva). Tale soluzione, per motivi di economicità e di circolazione della ricchezza, è stata osteggiata dai codificatori moderni, intenti a perseguire lo scopo di oggettivizzazione dell’obbligazione. La regola generale del nostro sistema privatistico è dunque quella per la quale le modificazioni, tanto del lato attivo del rapporto (lo strumento principale per concretarla è costituita dalla cessione del credito), quanto da quello passivo (delegazione, espromissione, acollo) non determinano estinzione del rapporto, ma solo il mutamento di uno dei suoi estremi.

Questo è valido sia per le fattispecie nelle quali si procede a modificare la persona del creditore (principalmente, ma non solo la cessione del credito), sia (e ciò ha costituito una vera sfida per la letteratura giuridica e per lo stesso legislatore che è intervenuto nel 1942 per forzare sovrastrutture mentali da tempo radicate, anche in modo giustificato) per quei negozi che consentono la modifica della persona del debitore. L’obiettivo di adeguare gli istituti giuridici alle esigenze pratiche di semplificazione del rapporto obbligatorio, che costituisce un’importante scelta di politica legislativa del codificatore, ha portato a ritenere che delegazione, espromissione e acollo siano fattispecie che mantengono la continuità del rapporto giuridico, quand’anche ad esse conseguisse la liberazione del debitore originario.

Questa opzione legislativa è fondamentale anche per le garanzie reali. Esse sono contraddistinte dal principio di accessorietà necessario, in base al quale esse possono essere create e sopravvivono solo entro i limiti del credito che assistono. Nella disamina si è proceduto a presentare i principi generali relative alle garanzie reali, con particolare attenzione per la garanzia ipotecaria. Il motivo di tale maggiore attenzione è stato giustificato in virtù della delicatezza che la garanzia immobiliare riveste per le famiglie italiane. È noto come, in una prospettiva economica, l’ipoteca sia lo strumento più

importante per la conclusione dei contratti di finanziamento bancario necessari per l'acquisto della casa di abitazione principale.

Tale diritto reale di garanzia è informato in modo rigido al principio di accessorietà rispetto al credito che serve sia nella fase genetica sia nella fase estintiva del credito. Soprattutto la funzione di accessorietà si conferma nel momento della circolazione del credito. È principio assodato quello secondo cui l'ipoteca segue il titolare del credito, previa annotazione del negozio in margine all'iscrizione originaria della garanzia. Il lavoro si è dunque sviluppato nella disamina delle caratteristiche di tale annotazione specie in caso di conflitto con iscrizioni o trascrizioni ulteriori, prese prima dell'annotazione.

Importante spunto di attualità nel sistema giuridico delle modificazioni del rapporto obbligatorio è fornita proprio dalla contrattazione immobiliare, cui si è fatto cenno precedentemente. Viene in rilievo la surrogazione Bersani, ossia quell'istituto, impropriamente definito come portabilità del mutuo, in virtù del quale il legislatore, al fine di contemperare la tutela degli utenti più deboli del servizio bancario con lo stimolo alla concorrenza tra banche, ha voluto eliminare tutti quegli ostacoli all'impiego dell'istituto della surrogazione per volontà del debitore, di cui all'art. 1202 c.c..

Nel lavoro si è cercato di qualificare il nuovo istituto per comprendere se esso può essere ricompreso nella nozione di modificazione soggettiva del rapporto obbligatorio o se, invece, si tratta di nuovo ed eccentrico strumento a disposizione delle parti per consentire il subentro di un nuovo istituto di credito nel precedente rapporto obbligatorio. Si vedrà come la tesi preferibile è quella che riconduce l'istituto nel novero classico delle modificazioni del rapporto obbligatorio, trattandosi di una specificazione della generale fattispecie di cui all'art. 1202 c.c..

La riforma del 2007, poi trasfusa nel testo unico bancario, ha lasciato aperti taluni dubbi, in merito ai principi fondamentali del diritto ipotecario. È davvero necessario ed economico che si mantenga un principio come quello dell'accessorietà che può determinare una maggiore pesantezza ed onerosità del sistema? Questo è l'interrogativo con cui ci si confronta, anche in una prospettiva comparatistica, nell'ultima parte della dissertazione, in cui si evidenzia come principi ritenuti, forse prematuramente, come obsoleti possono in realtà essere importanti nel mantenimento di un elevato *standard* di garanzie in favore del creditore, del debitore e anche dei terzi in generale. L'ammodernamento del diritto ipotecario passa necessariamente per l'affinamento delle modalità di concretamento delle annotazioni delle vicende relative alla circolazione del credito.

Il decreto Bersani, dunque, rappresenta un'importante tappa di ammodernamento strutturale nell'ambito di importanti settori del diritto delle obbligazioni, ragion per cui si auspica un suo potenziamento al fine di proteggere i creditori subentranti da quegli inconvenienti che ancora angustiano il diritto ipotecario.

PRIMA SEZIONE

OBBLIGAZIONE IN GENERALE E GARANZIE REALI A SERVIZIO DEL CREDITO

1. Il rapporto obbligatorio in generale, con particolare riferimento agli aspetti soggettivi e ambito della presente ricerca

Principale compito del diritto privato è lo studio e la regolazione delle relazioni giuridicamente rilevanti che legano due o più soggetti di diritto. Il concetto di relazione giuridicamente rilevante abbraccia una serie disparata di settori della vita sociale e personale degli individui. Dal genere delle relazioni giuridicamente rilevanti possono poi distinguersi le specie delle relazioni fondate su rapporti non aventi contenuto patrimoniale - si pensi ai rapporti di diritto familiare - e delle relazioni fondate su rapporti aventi contenuto patrimoniale.

Nell'ambito di quest'ultima specie di relazione giuridica un ruolo sicuramente centrale è quello che occupa il concetto e l'istituto dell'obbligazione. Fin dagli albori della scienza giuridica, ossia la grande produzione scientifica, giurisprudenziale e dottrinale del diritto romano, era apparso chiaro come il diritto delle obbligazioni altro non fosse che il diritto delle relazioni giuridicamente e patrimonialmente rilevanti, tra soggetti diversi. Già nella definizione del concetto di *obligatio* data, in un primo momento, dal grande giurista romano Giulio Paolo e poi confermata dalla commissione imperiale bizantina istituita da Giustiniano (Digesto, 44.7.3), si poteva cogliere la centralità del profilo soggettivo entro la teoria generale del rapporto obbligatorio: “*Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum*” (“La sostanza delle obbligazioni non consiste nel fare nostro una cosa corporale o una servitù, ma nel costringere qualcuno affinché dia o faccia o presti qualcosa a nostro favore”). Ancor più specificamente, le Istituzioni di Giustiniano chiarivano che l’ “*obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei, secundum nostrae civitatis iura*” (“l’obbligazione è un vincolo giuridico, mediante il quale si costringe qualcuno a eseguire una prestazione, secondo il diritto della nostra città”).

Anche nel diritto romano, così come nelle moderne codificazioni, il concetto di obbligazione è legato a due profili essenziali.

Il primo, di tipo oggettivo, attiene alla prestazione che costituisce il contenuto del rapporto, oltre che all'interesse che deve avere il creditore all'esecuzione della predetta prestazione. Ai sensi dell'art. 1174 c.c., infatti, quest'ultima si caratterizza per il suo contenuto che deve essere di tipo patrimoniale, ossia valutabile economicamente. Il requisito della

patrimonialità dell'obbligazione assume un'importanza decisiva al fine di distinguere l'obbligazione dall'obbligo, situazione giuridica la quale, pur essendo pertinente all'ambito dei diritti relativi, e avendo come oggetto il comportamento di un determinato soggetto, è priva del requisito della patrimonialità (si pensi, principalmente, ai c.d. obblighi familiari)¹. Inoltre, sempre dal punto di vista oggettivo, il rapporto obbligatorio deve corrispondere a un interesse anche non patrimoniale del creditore. Si tratta del bisogno, obiettivamente valutabile, di beni o servizi, non necessariamente di tipo economico², come vuole l'esempio di scuola, di chi acquista un biglietto per fruire di una rappresentazione teatrale, o per quei bisogni morali, o anche di fede religiosa, che spesso giustificano l'imposizione di un *modus* a una disposizione testamentaria (cfr. artt. 629, 647 e 648 c.c.) ovvero a una donazione (art. 793 c.c.). Tale tipo di requisito viene richiesto sia per la valida costituzione del rapporto, ma anche per la prosecuzione del medesimo, in quanto non può permanere un rapporto obbligatorio, laddove manchi l'interesse all'esecuzione di una determinata prestazione³.

Il secondo profilo che costituisce il cuore della vicenda obbligatoria è sicuramente costituito dai soggetti, che si definiscono, senza fare differenza quanto al contenuto della prestazione, anche come creditore e debitore⁴.

In primo luogo, occorre puntualizzare come, affinché possa essere costituito un rapporto giuridico, è necessario che i termini soggettivi dello stesso siano determinati o determinabili. In questo senso, non può essere costituito un rapporto vincolante in senso giuridico tra soggetti che non sono individuati nella fonte del regolamento dello stesso. La distinzione tra soggetti determinati e soggetti non determinati, secondo la dottrina⁵, segna la differenza tra l'obbligazione e i doveri generici che, invece, sono gravanti sulla collettività dei consociati. La determinabilità consente, comunque, di individuare il soggetto titolare del rapporto obbligatorio sulla base delle indicazioni fornite dalla legge ovvero dal titolo. Un tale atteggiarsi dell'elemento soggettivo del rapporto è frequente nell'ambito del negozio testamentario (si pensi al legato a favore di persona incerta al momento della redazione del

1 Secondo un'autorevole dottrina (BIANCA, *Diritto civile 4 L'obbligazione*, Milano, 1993, 82) tra obbligazione e obbligo ci sarebbe un rapporto di specie/genere, in quanto, nell'ambito della categoria degli obblighi giuridici, l'obbligazione sarebbe quell'obbligo qualificato dal contenuto patrimonialmente valutabile della prestazione connessa alla stessa.

2 BIANCA, op. cit., 41.

3 Cfr. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, vol. II, Padova, 2010, 8.

4 Come anche evidenziato nel diritto romano (*Digesto* 50.16.11) "*creditorum appellatione non hi tantum accipiuntur, qui pecuniam crediderunt, sed omnes, quibus ex qualibet causa debetur*" ("il nome di creditori non è solamente di coloro che hanno fatto credito di denaro, ma anche di coloro cui è dovuto per qualsiasi causa"). Si fa notare, tuttavia, come il linguaggio del legislatore muti a seconda del contenuto della prestazione dedotta nell'obbligazione. Sicuro il riferimento ai concetti di creditore e di debitore, nell'ambito delle obbligazioni pecuniarie, quando, al contrario, la norma si riferisce a prestazioni di consegnare una cosa determinata, mobile o immobile, ovvero all'adempimento di un'obbligazione di fare (art. 2931 c.c.), o, infine, di adempimento di un'obbligazione di non fare (art. 2933 c.c.) si parla di "avente diritto".

5 BIANCA, op. cit., 51.

testamento⁶), oltre che nell'ambito degli atti tra vivi (come ad esempio l'obbligazione connessa alla promessa al pubblico, di cui all'art. 1988 c.c.). Il requisito della determinatezza, come chiarito dalla dottrina, non manca per le c.d. obbligazioni *propter rem*, nelle quali la qualità di debitore di una determinata prestazione (si pensi al pagamento delle spese condominiali) è connessa alla titolarità di un determinato diritto⁷.

Allorché ci si occupa di soggetti, occorre chiaramente riferirsi alla nozione di soggetto di diritto, elaborata dalla dottrina e dalla giurisprudenza nel corso dei secoli di interpretazione del diritto. E' noto, infatti, che, nel mondo del diritto, il concetto di "soggetto" non può essere limitato alle sole persone fisiche, ossia agli esseri umani, ma anche a quelle costruzioni logico – giuridiche che, sviluppatasi almeno allo stato embrionale nel pensiero dei glossatori medievale, fiorirono nel pensiero della grande scuola giusnaturalistica del Sei-Settecento⁸, ossia le persone giuridiche - oltre agli enti - che, pur non essendo dotati di personalità giuridica, sono distinti dalle persone delle singole persone fisiche componenti l'ente, quali le associazioni non riconosciute, le società di persone, i comitati ecc.⁹. È sicuramente un rapporto obbligatorio quello che, ad esempio, lega il socio di società di persone e la società, nel caso in cui questi finanzia a titolo di mutuo la seconda.

Alla luce di queste considerazioni, non può avere cittadinanza, proprio per motivi logici, prima ancora che di diritto positivo, un rapporto giuridico che abbia, dal lato soggettivo, la presenza di un solo centro di interessi. Il rapporto giuridico unisoggettivo, infatti, nonostante autorevole dottrina¹⁰ abbia cercato, sulla base di una pluralità di indici normativi, di farne un istituto ammissibile nel nostro ordinamento, non può, in realtà, essere coerente con i principi generali del diritto italiano. La tesi prevalente, infatti, è dell'avviso che quelle eccezionali ipotesi nelle quali il rapporto giuridico permane, nonostante la cessazione di uno dei titolari della posizione giuridica, siano da ricondurre a motivazioni connesse con la particolarità del rapporto in questione.

Ad esempio, il mantenimento della posizione creditoria o debitoria in capo all'erede che

6 Si faccia il seguente esempio: "Lego a favore di quello dei miei nipoti che per primo si laureerà la somma di euro 1.000,00", in questo caso il rapporto obbligatorio si creerà al momento della individuazione del soggetto titolare della pretesa sulla base della verifica dell'evento descritto nel testamento.

7 TORRENTE – SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2004, 393.

8 Per una sintesi della storia dello sviluppo del concetto di persona giuridica, cfr. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, vol. I, Padova, 2010, 177 e ss. e SCALFI, *L'idea di persona giuridica e le formazioni sociali titolari di rapporti nel diritto privato*, Milano, 1968.

9 La giurisprudenza, anche alla luce della l. 27 febbraio 1985 n. 52 che ha riformulato l'art. 2659 c.c., riconosce la soggettività di diritto alle associazioni non riconosciute (su tutte, cfr. Cass. 16 febbraio 1979 n. 1022 in *Massimario Foro italiano*, 1979), alle società di persone (cfr. Cass. 12 dicembre 2007, n. 26012 in *Le Società*, 2008, 3, 305), ai comitati non riconosciuti (Cass. 8 maggio n. 6985 in *Arch. Civile*, 2004, 360), pur non potendosi considerare tali enti come vere persone giuridiche.

10 PUGLIATTI, *Il rapporto giuridico unisoggettivo*, in *Diritto civile. Metodo. Teoria. Saggi*, Milano, 1951, 465; PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Commentario del codice civile Scialoja – Branca*, Bologna – Roma, 1975, 400 e ss..

abbia accettato con beneficio di inventario la delazione al medesimo devoluta dal proprio debitore o creditore non si può giustificare con l'ammissibilità di un preteso rapporto giuridico unisoggettivo, bensì con le ragioni liquidatorie che presiedono al beneficio di inventario e con lo scopo di tale istituto che è quello di impedire da parte dell'erede l'acquisto di eredità passive¹¹ e, quindi, di impedire che, in mancanza di un tale istituto, le varie rinunzie ad opera dei delati successivi lascino spazio all'irrinunciabile delazione in favore dello Stato, ai sensi dell'art. 586 c.c..

Ancora, il mantenimento del credito, su cui siano stati costituiti diritti parziali di godimento (usufrutto) o di garanzia (pegno), nel caso in cui la persona del creditore e del debitore si riuniscano per i motivi più disparati nella stessa persona, si giustifica per la tutela dei terzi che abbiano acquisito tali diritti, entro i limiti della costituzione del diritto stesso (primo tra tutti la sua durata), che non possono essere pregiudicati da vicende successive, spesso del tutto eventuali, ai medesimi comunque ignote, al momento della costituzione del loro diritto. Inoltre, a ben vedere non si può negare che, relativamente al rapporto di debito/credito, per così dire principale, si sia già operata la confusione di cui all'art. 1253 c.c.¹².

L'art. 2271 c.c. nel negare l'ammissibilità della compensazione tra debito che un terzo ha contratto con la società (semplice) e il credito che questo vanta nei confronti di un socio della stessa non è epifania di un immanente principio di ammissibilità del rapporto giuridico unisoggettivo, bensì è conseguenza della terzietà dell'ente società rispetto ai soci¹³.

Da ultimo, con riferimento alla tematica dei titoli di credito, la mancata estinzione della cambiale girata a favore del trattatario (art. 15 r.d. 1669/33) non trova la propria *ratio* in un preteso rapporto unisoggettivo, bensì nell'oggettiva destinazione alla circolazione dei titoli di credito e al loro pronto smobilizzo, oltre che ai principi di autonomia, astrattezza e letteralità che ne contraddistinguono lo statuto normativo.

Ancora valido è sicuramente l'insegnamento per cui le ipotesi normative nelle quali permane eccezionalmente il rapporto obbligatorio, nonostante la momentanea mancanza della necessaria dualità dei soggetti dello stesso, non possono fungere da catalizzatore per l'affermarsi di un principio tale da svalutare il momento soggettivo della relazione patrimoniale giuridicamente rilevante, al punto da negare centralità a quel principio di dualità che è l'essenza stessa dell'obbligazione¹⁴.

11 ALLARA, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, vol. I, Torino 1953, 185.

12 GALGANO, *Trattato di diritto civile* vol. II cit., 102.

13 Sulla questione cfr. anche Cassazione, 2 dicembre 1993 n. 11956 (in *Rivista del Notariato*, 1994, 1134) che ha chiarito, in ipotesi analoga, che "il socio non può compensare un debito personale assunto nei confronti di un terzo con il credito che nei confronti di questi vanta la società, poiché essa costituisce sempre, anche se priva di personalità giuridica, un autonomo soggetto di diritto".

14 BIANCA, op. cit., 51.

Per finire, un rapporto giuridico rilevante non potrà esserci nel caso in cui manchino i soggetti, o uno solo di essi, quali parti dello stesso. Nonostante quelle ipotesi legislative, nelle quali manca l'attualità del soggetto, non si può evitare di sottolineare come la mancanza del soggetto, pur se temporanea, sia incompatibile con l'esistenza attuale del rapporto giuridico e, pertanto, nei casi in cui manchi il soggetto per un tempo limitato (es. titolo al portatore abbandonato o disposizione testamentaria, in cui la persona del beneficiario sia indicata dal terzo *ex art. 631 c. 2 c.c.*), si potrà soltanto parlare di aspettativa o di attesa di costituzione del rapporto¹⁵.

Sempre ai fini della descrizione del concetto di obbligazione, si può avere rapporto obbligatorio, nel solo caso in cui la prestazione sia direttamente collegata alla persona di un soggetto (determinato o determinabile, come si vedrà d'appresso) vincolato a uno specifico comportamento, patrimonialmente valutabile. Non concreteranno, pertanto, un'obbligazione in senso tecnico quei generici divieti di ingerenza o di turbamento dell'altrui diritto, che sono, per loro natura, indirizzati alla pluralità dei consociati. Ne consegue che non potrà fondatamente parlarsi di obbligazione, dinnanzi a quei diritti assoluti (quali i diritti reali e i diritti della personalità), collegati a una relazione diretta tra il titolare e il diritto stesso¹⁶, che non possono essere sicuramente ricostruiti come rapporto giuridico tra il titolare del rapporto e la generalità dei consociati.

La necessaria presenza di una dualità di soggetti nel rapporto obbligatorio si rinviene anche in quelle ipotesi normative nelle quali, in via del tutto eccezionale, protagonista della vicenda è chi ancora non è dotato di soggettività giuridica. Tale ipotesi normativa si verifica, in particolare, nell'ambito delle disposizioni testamentarie a favore dei nascituri, ossia di chi, concepito o meno, sia privo della capacità giuridica che, come noto, ai sensi dell'art. 1 c.c., si acquista solo al momento della nascita. Il fenomeno, che fondamentalmente costituisce una deroga al principio generale per il quale solo chi è soggetto di diritto può essere valido centro di imputazione di diritti e di doveri, si giustifica in nome dei principi generali delle successioni testamentarie e, in ultima analisi, di rispetto della volontà del testatore e di conservazione del negozio testamentario, in quanto trattasi di negozio non più ripetibile, a causa della sopraggiunta mancanza della persona fisica autrice del medesimo. Analogamente anche nell'ambito delle liberalità tra vivi, si consente che il donante disponga di propri beni al fine di beneficiare nascituri. Nonostante ciò, non si può negare che anche in questo caso, il rapporto obbligatorio entra in una fase di sostanziale quiescenza, come dimostrano le norme di legge deputate all'amministrazione e alla gestione dei diritti devoluti con il negozio di ultima volontà o con la donazione (cfr. artt. 643, 784 c.c.), per poi

15 ALLARA, *Le nozioni fondamentali del diritto civile* cit., 186 – 187.

16 GIORGIANNI, voce *Obbligazione (diritto privato)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XI, Torino, 1965, 592.

svilupparsi pienamente solo al momento della venuta ad esistenza del soggetto beneficiario della disposizione¹⁷ e in tale momento, in cui si compie l'intera fattispecie che costituisce il rapporto giuridico patrimoniale discendente dalla disposizione testamentaria o dalla donazione, si viene a formare un'obbligazione in tutto e per tutto rispondente al parametro generale del rapporto di debito/credito tra due soggetti differenti.

Il rapporto obbligatorio, qualunque sia la fonte da cui si origina, necessita, per sua intrinseca definizione, della presenza di almeno due soggetti. In astratto, quindi, si può porre il problema della prosecuzione del medesimo e nel medesimo, nel caso di decesso della persona fisica di uno dei titolari del rapporto.

Esigenze obiettive di certezza dei rapporti giuridici e di mantenimento, quindi, dell'ordine pubblico economico (ma non solo) hanno imposto a qualsiasi tipo di ordinamento, in qualsiasi epoca storica di riferimento (si pensi alla grandiosa e sofisticata elaborazione che il diritto romano ha elaborato sul tema), la normazione di un accurato sistema di successione da parte di terzi, legati da un qualificato rapporto (parentale o di tipo volontaristico) con il defunto. L'istituto della successione a causa di morte, infatti, consente di mantenere quella necessaria continuità del rapporto, che lo svincola dalla dipendenza assoluta dalla persona del suo titolare. Tale regola, come noto, trova un'eccezione nel caso in cui il rapporto obbligatorio si fondi su ragioni strettamente inerenti alla persona del suo titolare, la qual cosa determina irrimediabilmente la loro estinzione in caso di decesso del titolare: si pensi ai rapporti personalissimi, quali i diritti della personalità, rientranti nell'ambito familiare (si pensi al rapporto di parentela o di coniugio che cessa al momento della morte del proprio titolare) ovvero patrimonio naturale della persona (diritto all'onore, alla privatezza, alla riservatezza, al nome ecc.) o anche i rapporti patrimonialmente qualificati c.d. *intuitus personae*, nei quali prevale e caratterizza l'intero rapporto la persona di uno dei suoi titolari¹⁸.

Oltre che in caso di successione a causa di morte, la continuità del rapporto obbligatorio deve confermarsi anche in occasione di tutte quelle operazioni straordinarie della persona giuridica (o dell'ente soggetto di diritto, pur privo della personalità giuridica) che ne mutano

17 Come noto, è variamente giustificata la possibilità che soggetti, privi della capacità giuridica, come tali insuscettibili di essere centro di rapporti giuridici possano essere al centro delle vicende ereditarie o di una donazione. A fronte di quelle tesi che parlano di una capacità giuridica anticipata (in questo senso sostanzialmente BIANCA, *Diritto civile I La norma giuridica – I soggetti*, Milano, 2002, 221 e ss. che parla di soggetto dotato di capacità giuridica, seppure predicabile ed è, quindi, persona); prevalente è la tesi secondo cui l'acquisto dell'eredità o dei beni donati, da parte dell'erede, costituiscano una fattispecie a formazione progressiva, in cui si ha un'eccezionale anticipazione di alcuni degli elementi della fattispecie stessa, in cui si consente che il chiamato che non esiste ancora al momento dell'apertura della successione (CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano, 2002, 114). A prescindere da tale ricostruzione, si può evidenziare come sia insegnamento diffuso e sostanzialmente condiviso quello secondo cui le disposizioni in favore dei nascituri contenute nel secondo libro del codice civile siano da considerare di carattere eccezionale, come tali di stretta interpretazione (Cassazione, 28 dicembre 1973 n. 3467 in *Massimario Giurisprudenza Italiana*, 1973).

18 CAPOZZI, *Successioni e donazioni* cit., *ibidem*.

in modo determinante la propria organizzazione giuridica, anche dal punto di vista causale (si pensi, in particolare, alle trasformazioni o fusioni, omogenee od eterogenee che sono predisposte dall'ordinamento giuridico, in particolare dopo la riforma del diritto societario del 2003). Ciò è oltre modo consolidato, alla luce dell'indirizzo giurisprudenziale recentemente formatosi, anche sull'onda dell'insegnamento più volte espresso dalla dottrina, secondo cui tali operazioni concretano, esclusivamente, la modificazione dei patti sociali che governano un determinato ente, ma non ne determinano la soppressione con successiva ricostituzione, sotto un'altra veste giuridica¹⁹, non essendo quindi rinvenibile un effetto successorio – devolutivo, analogo a quello che accade con il decesso della persona fisica.

Naturalmente, nel corso della presente dissertazione non ci si riferirà a quelle modificazioni del lato soggettivo connesse alla morte del creditore o del debitore, o alla fusione o trasformazione dell'ente titolare del rapporto, ma a quei negozi che danno luogo al fenomeno della successione a titolo particolare in un determinato rapporto di debito, ossia a quei rapporti che hanno quale causa, tra l'altro, il subentro di un soggetto in un rapporto giuridico pregresso. Per successione, come chiarito da autorevole dottrina, si intende il subentrare, che una persona fa ad un'altra, nella posizione di soggetto attivo o passivo di rapporti giuridici, in modo tale che essi restino immutati nel profilo oggettivo, così come si erano costituiti in capo al predecessore²⁰.

La domanda preliminare cui si tenterà di dare una risposta, alla luce della copiosa produzione scientifica, anche in una chiave storica delle fonti del diritto italiano, riguarderà il mantenimento o meno del medesimo rapporto giuridico nel caso in cui mutino, sulla base di apposite convenzioni privatistiche o di effetti legali connessi ad atti o fatti giuridici specificamente individuati dal legislatore, le persone titolari di una preesistente obbligazione. In altre parole, ci si porrà il quesito se il rapporto obbligatorio necessariamente si estingue per crearsene immediatamente un secondo, nel caso in cui le parti dello stesso addivengano all'inserimento di una terza persona nello stesso o alla

19 Per la fusione, cfr. Cassazione Sezioni Unite Ordinanza, 8 febbraio 2006, n. 2637 in *Diritto Fallimentare*, 2007, 5, 401 che, modificando l'orientamento più volte espresso precedentemente alla riforma del 2003, ha statuito che “la fusione per incorporazione non dà luogo ad una ipotesi di interruzione del processo, perché non si determina la estinzione della società incorporata per perdita della capacità processuale, con la conseguente creazione di un nuovo soggetto di diritto, essa risolvendosi in una vicenda meramente evolutiva e modificativa dello stesso soggetto, che conserva la propria identità, pur in un nuovo assetto organizzativo. Ne deriva che la società risultante dalla fusione o quella incorporante assumono i diritti e gli obblighi delle società partecipanti alla operazione, proseguendo in tutti i loro rapporti, anche processuali, anteriori alla fusione”. Per la trasformazione, nel medesimo senso cfr. Cassazione Sezione lavoro, 10 febbraio 2009, n. 3269 in *Massimario Giurisprudenza Italiana*, 2009, secondo cui “la trasformazione di una società da uno ad altro dei tipi previsti dalla legge non si traduce nell'estinzione di un soggetto e nella correlativa creazione di un altro, in luogo di quello precedente, ma configura una vicenda meramente evolutiva e modificativa del medesimo soggetto, la quale non incide sui rapporti sostanziali e processuali che ad esso fanno capo. Pertanto, la circostanza che una cartella di pagamento sia indirizzata alla società con la denominazione anteriore alla trasformazione non è influente allorché questo fatto non implichi una situazione d'incertezza sull'identificazione della parte stessa”.

20 BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 1994, 32.

sostituzione di una di esse con un'altra, o se invece il rapporto resti il medesimo.

In particolare, tale indagine verrà condotta anche con riferimento alle conseguenze che si possono ripercuotere sulle eventuali garanzie, volontarie, legali o giudiziarie (anche se una speciale attenzione verrà dedicata all'ipoteca volontaria), che assistono quel determinato credito-debito nel caso in cui si dovessero perfezionare quegli atti che determinino la sostituzione o l'aggiunta di un soggetto nel rapporto obbligatorio.

Come sottolineato precedentemente, nel diritto romano il soggetto assumeva un'importanza dirimente non solo quanto all'individuazione del singolo rapporto, ma anche ai fini del momento esecutivo dello stesso. È noto, infatti, come nell'ambito della trattazione romanistica ciascun rapporto obbligatorio fosse un *unicuum* inscindibile. Il rapporto obbligatorio, infatti, fin dagli albori del diritto romano²¹, fu considerato materia insuscettibile o, quanto meno, difficilmente adattabile ai meccanismi di trasferimento, tipicamente predisposti per i diritti su *res*. È innegabile come la teoria del trasferimento delle posizioni giuridiche soggettive sia stato per lunghissimo tempo la teoria del trasferimento dei soli diritti reali su beni corporali. Tutto ciò era funzionale a un pensiero sociologico, prima ancora che economico, presso il quale²² la ricchezza era prevalentemente concentrata nella proprietà fondiaria. Non vi è, infatti, chi non abbia sottolineato come la rivoluzione moderna, in ambito economico (ma non solo), si sviluppò allorché si comprese che il credito (ma anche, e direi soprattutto, il debito, specie se emesso da Stati sovrani o da società per azioni) poteva circolare alla stregua di una qualsiasi merce, consentendo così quella accumulazione di ricchezza e la creazione di un vero e proprio mercato dei valori, necessariamente prodromico a qualsiasi rivoluzione capitalista²³.

2. La responsabilità patrimoniale del debitore e le garanzie per l'adempimento

Un ruolo sicuramente centrale e di rilevante delicatezza è assunto, nell'ambito del rapporto

21 Cfr. DALLA – LAMBERTINI, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 1996, 426, i quali riportano il passo delle *Institutiones* di Gaio (2.38) nelle quali si legge quanto segue: “*nam quod mihi ab aliquo debetur, id si uelim tibi deberi, nullo eorum modo, quibus res corporales ad alium transferuntur, id efficere possum; sed opus est, ut iubente me tu ab eo stipuleris; quae res efficit, ut a me liberetur et incipiat tibi teneri. quae dicitur nouatio obligationis*”.

22 Nel diritto romano si può sicuramente fare riferimento a tutte le varie vicissitudini che hanno contraddistinto la storia della civiltà romana, quali le guerre sociali o le sommosse dei soldati (peraltro come noto il binomio soldato-cittadino fu una costante di larga parte della storia romana) di ritorno dalle spedizioni belliche, il più delle volte dettate dal riconoscimento di diritti economici legati essenzialmente alla distribuzione dell'*ager*, considerato quale fonte di ricchezza.

23 GALGANO, *Trattato di diritto civile*, vol. III, Padova, 2010, 35 e ss..

obbligatorio, dalla persona del debitore. A ben vedere, infatti, il rapporto obbligatorio può senz'altro essere limitato alle vicende della prestazione che il debitore deve realizzare nei confronti del creditore. Il momento centrale, ad un tempo soddisfacente dell'interesse del creditore e realizzativo dell'intero conflitto di interessi che è sorto al momento della costituzione del rapporto, è rappresentato dall'adempimento dell'obbligazione. In questo senso, quindi, non ci si può stupire se una pluralità composita e complessa di norme del codice (inserite peraltro non solo nel quarto libro del codice, ma anche nel sesto) disciplinano la figura del debitore, le vicende relative al lato passivo dell'obbligazione, di cui il medesimo è titolare, e tutte le garanzie che possono essere fornite, al fine di potenziare, e quindi tutelare al meglio, la posizione del creditore. Alla luce di tutto ciò, è consequenziale ritenere come il tema delle garanzie fornite al creditore, per rafforzare le sue pretese soddisfacenti del proprio credito, sia sicuramente connesso all'adempimento della prestazione dedotta nell'obbligazione.

Nel nostro ordinamento, il principio generale è quello tracciato dall'art. 2740 c.c. che identifica nel patrimonio personale del debitore l'oggetto della garanzia che il debitore deve fornire al creditore. Tutto ciò è sicuramente contrastante con i principi basilari cui erano informati gli ordinamenti antichi, presso i quali concetti quali la centralità e la sacralità della persona erano viepiù sconosciuti. Conseguentemente, non deve stupire più di tanto come il creditore, presso gli antichi, vantasse una sorta di diritto sulla persona del debitore, intesa esattamente come il corpo del medesimo²⁴.

Una tale concezione, già sostanzialmente superata a seguito dell'influsso che sulla cultura occidentale ebbe il pensiero della Chiesa e, più specificamente in campo giuridico, la grande elaborazione canonistica, ripugna sicuramente alla coscienza delle moderne società.

Alla responsabilità personale per debiti viene a sostituirsi la responsabilità patrimoniale per gli stessi.

Principio generale, enunciato dall'art. 2740 c.c., è dunque quello secondo cui il debitore, per l'adempimento di tutte le obbligazioni assunte in conformità all'ordinamento giuridico, risponde con tutti i beni, presenti e futuri, che costituiscono il suo patrimonio. La responsabilità patrimoniale assurge, quindi, a una posizione subordinata (*rectius*: accessoria), rispetto all'adempimento delle obbligazioni e, quindi, inscindibilmente connessa alla presenza di un rapporto di debito/credito preesistente. Il fondamento della

24 In questo senso molto eloquente è quanto previsto dalla terza tavola delle XII tavole del diritto romano arcaico. Si riporta la versione italiana di una parte della tavola: "Se il debitore non paga la condanna e nessuno garantisce per lui, il creditore può portare via con sé il convenuto in catene. Lo può legare con pesi di almeno 15 libbre. Il debitore può sfamarsi come desidera. Se egli non riesce a sfamarsi da solo, il creditore deve dargli una libbra di grano al giorno. Se vuole può dargliene di più. Al terzo giorno di mercato, (i creditori) possono tagliare i pezzi. Se prendono più di quanto gli spetti, non sarà un illecito".

norma di responsabilità patrimoniale del debitore si deve ricercare, a dire della dottrina più autorevole, in un'esigenza di ordine pubblico e di rispetto delle contrattazioni, così favorendo il buon funzionamento del rapporto obbligatorio, in modo tale che sia assicurato al creditore il risultato utile anche in caso di inerzia o cattiva volontà del debitore, esponendo i beni di quest'ultimo all'azione esecutiva promossa dal creditore²⁵.

Procediamo dunque ad una breve analisi dell'art. 2740 c.c..

La norma recita che il debitore risponde dell'adempimento con *tutti i suoi beni presenti e futuri*. Da ciò si deduce il carattere universale della responsabilità patrimoniale. Si ritiene che ogni bene facente parte del patrimonio del debitore, ivi compresi quelli pervenuti a seguito di reato (furto, rapina, ricettazione ecc.), rispondano nei confronti del creditore per l'adempimento del credito da questi vantato. Oltre a spiegare i propri effetti nella fase dell'eventuale esecuzione forzata, in cui il creditore potrà agire evidentemente solo nei limiti del valore del suo credito (a conferma di ciò cfr. art. 496 c.p.c., in tema di riduzione del pignoramento), tale principio è immanente a tutte le fasi del rapporto obbligatorio, a partire dalla stessa fase costitutiva del rapporto, in quanto il creditore concederà più volentieri il credito a un soggetto che abbia la capacità di rispondere alle proprie obbligazioni²⁶ e, quindi, prescinde dall'inadempimento del debitore²⁷. La garanzia che il patrimonio del debitore offre al creditore ai fini della soddisfazione del proprio credito si pone inevitabilmente in contrasto con il principio di piena disponibilità del proprio patrimonio da parte del debitore e il legislatore ha inteso predisporre una serie di strumenti tecnico-giudiziari (principalmente le azioni revocatorie e quelle surrogatorie: artt. 2900 e 2901 c.c.) che consentano di coniugare le due esigenze, anche in un'ottica di proporzionalità tra l'entità del credito, il valore del negozio dispositivo e il valore delle entità patrimoniali rimanenti nel patrimonio del debitore.

Il debitore risponde, oltre che con i beni presenti, anche con i beni futuri. Si ritiene che il concetto di futurità (da intendersi sia in senso oggettivo che soggettivo) vada riferito al momento dell'assunzione dell'obbligazione, considerando che è al momento dell'acquisizione del bene al patrimonio del debitore che esso può essere aggredito dal creditore.

Il patrimonio del debitore costituisce, dunque, la c.d. garanzia generica del creditore.

Quanto alla natura giuridica della predetta garanzia, sebbene si sia giunti a configurare tale garanzia come una sorta di diritto di pegno generico in favore del creditore su tutti i beni del

25 ROPPO, voce "Responsabilità patrimoniale" in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXIX, 1043.

26 GALGANO, *Trattato di diritto civile*, vol. III, Padova, 2010, 327 – 328.

27 BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, II volume, Milano, 1953, 23.

debitore, autorevole dottrina²⁸, nel criticare tale costruzione della natura giuridica dell'istituto, ha evidenziato come, nella garanzia offerta dal patrimonio del debitore, manchi uno dei connotati fondamentali del diritto reale: il diritto di sequela. Infatti, se il bene fuoriesce dal patrimonio del debitore (ad es., il debitore vende un bene che faceva parte del suo patrimonio), il creditore non ha più diritto di sottoporlo ad azione esecutiva, ma potrà esclusivamente agire mediante i rimedi giurisdizionali, tesi a rendere inopponibile, nei propri confronti, il negozio dispositivo da parte del debitore (si pensi all'azione revocatoria); evidenziando, in ultima analisi, come la garanzia generica offerta dal patrimonio del debitore possa essere ricondotta a uno stato di soggezione del debitore rispetto ai propri beni: il debitore, cioè, se non adempie, deve subire che i propri beni siano espropriati dal creditore.

Per dare applicazione al principio di responsabilità illimitata del debitore, in caso di conclusione di negozi o contratti che tendono a svuotare la portata della disposizione, l'ordinamento predispone una serie di rimedi. Autorevole dottrina²⁹ ha enucleato una classificazione di siffatti strumenti offerti dal legislatore, che può essere così sintetizzata:

- forme di tutela che incidono sulla capacità di agire del debitore (interdizione, inabilitazione, somministrazione della misura dell'amministrazione di sostegno, sentenza che dichiara il fallimento ex art. 42 c. 1 l. fall.);
- forme di tutela che incidono direttamente sopra beni del debitore (es. sequestro conservativo ex artt. 2905 e 2906 c.c.: tale istituto interviene *ex ante* rispetto ad atti del debitori che possano pregiudicare la garanzia generica fornita dal suo patrimonio);
- forme di tutela che incidono sopra atti del debitore e coinvolgono terzi (es. azione revocatoria ordinaria ex art. 2901 c.c. e fallimentare artt. 64 e ss. l. fall.: sono istituti che agiscono su atti già posti in essere dal debitore, che si ritengono lesivi dei diritti assegnati dalla legge al creditore);
- forme di tutela consistenti in poteri di iniziativa del creditore, sostitutivi dell'inerzia del debitore (es. azione surrogatoria);
- forme di tutela consistenti nel potere del creditore di intervenire in giudizi di cui sia parte il debitore (es. intervento dei creditori dell'enfiteuta nel giudizio di devoluzione del fondo ex art. 974 c.c. e intervento dei creditori dell'usufruttuario ex art. 1015 u.c. c.c.: con questo strumento i creditori possono intervenire per tutelare i propri diritti all'interno di processi che possono procurare un decremento della garanzia offerta dal patrimonio del debitore);
- forme di tutela che incidono sull'attuazione del rapporto obbligatorio o contrattuale intercorrente tra il debitore e il creditore (es. decadenza dal termine posto a vantaggio del

28 TORRENTE – SCHLESINGER, op. cit., 446.

29 ROPPO, voce "Responsabilità patrimoniale" cit., 1046 e ss..

debitore nelle ipotesi indicate dall'art. 1186 c.c.);

- forme di tutela consistenti nella surrogazione della garanzia specifica venuta meno (es. le ipotesi di cui all'art. 2742 c.c. e dell'art. 2743).

A fronte del principio generale secondo il quale il debitore è responsabile con tutto il proprio patrimonio, la legge conosce una significativa eccezione che, alla luce delle modifiche strutturali verificatesi nell'economia nazionale e dell'incremento dell'esercizio collettivo dell'impresa, sta ponendo in discussione la stessa generalità del principio di cui al primo comma dell'art. 2740 c.c.. È noto, infatti, come il capoverso della predetta norma codicistica reciti testualmente: “*Le limitazioni della responsabilità non sono ammesse se non nei casi stabiliti dalla legge*”.

In primo luogo, va sottolineato che la disposizione corrispondente del codice abrogato (art. 1948) non prevedeva, almeno espressamente, alcun tipo di limitazione al principio della responsabilità illimitata del debitore. Ciò non deve far pensare all'assenza nell'ordinamento anteriore del fenomeno della limitazione della responsabilità. Tale effetto giuridico veniva, tuttavia, generalmente ricondotto alle limitazioni di responsabilità connessi al costituirsi di enti terzi rispetto alle persone fisiche, quali, ad esempio, le società di capitali (società anonime). In contrasto con il precedente normativo predetto, il codificatore del 1942 ha inteso emanare una disposizione espressa, la cui *ratio* è stata rinvenuta nella volontà del legislatore di qualificare il principio di illimitatezza della responsabilità patrimoniale del debitore come indisponibile alle parti, in quanto espressione del più generale principio, immanente all'intero codice del '42, di sicurezza dei traffici giuridici e di tutela delle ragioni creditorie³⁰, il cui abbandono o la cui deroga è rimessa a una puntuale e selettiva valutazione politica delle assemblee legislative. Abbandonata, infatti, l'antica concezione che inquadrava il debito sul modello del reato e, quindi, produceva la conseguenza di vincolare anche la persona del debitore nei confronti del creditore; venivano meno, nella mente del legislatore, le ragioni per mantenere in vita tutti quegli strumenti legislativi atti a tutelare la persona dell'obbligato (c.d. *favor debitoris*). Si è, quindi, passati ad un impianto legislativo basato sostanzialmente sull'idea di tutelare la circolazione della ricchezza e, di conseguenza, le ragioni del creditore. Segnale di questo indirizzo politico – legislativo è dato dalla regolazione del fenomeno delle obbligazioni plurisoggettive. In caso di plurisoggettività passiva, infatti, il creditore gode della solidarietà fra i debitori (art. 1294 c.c., fa eccezione

³⁰ In questo senso si esprime anche la Relazione al Re (n. 1024) che così recita: “Il principio fondamentale che il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri e che i creditori, salve le cause legittime di prelazione, hanno eguale diritto di soddisfarsi su di essi, riceve enunciazione negli articoli 2740 e 2741, rafforzato dalla norma (art. 2740, secondo comma) che, nell'interesse del credito e dell'economia, non consente limitazioni di responsabilità fuori dei casi stabiliti dalla legge”.

solo l'obbligazione connessa ad un'eredità, che, invece, si divide tra i condebitori); mentre, in caso di plurisoggettività attiva, vige il principio della parziarietà.

A fronte di tutto ciò, il disposto del secondo comma si pone come una vera scheggia in un sistema che parrebbe perfetto: l'assunzione di un'obbligazione deve avere quale contrappeso l'instaurazione di un regime di garanzia impresso su tutti i beni, anche futuri, costituenti il patrimonio del debitore. La norma derogatoria pone una questione di base: le parti, esercitando l'autonomia privata, loro riconosciuta dalla legge (art. 1322 c.c.), possono o meno addivenire alla conclusione di impegni negoziali, che determinino una differente soggezione del patrimonio del debitore nei confronti del creditore? In particolare, è possibile per i privati derogare alla regola della responsabilità illimitata del debitore?

La dottrina prevalente, sulla scia anche di quanto indicato dalla Relazione al codice civile (si legga soprattutto il paragrafo n. 1124, allorché il Guaradasigilli definisce quale principio fondamentale la responsabilità patrimoniale illimitata del debitore e fonda la tassatività delle limitazioni di responsabilità in virtù di interessi di economia generale, e non solo privatistici del creditore), è dell'avviso che la norma di cui al secondo comma dell'art. 2740 c.c. sia espressione di un principio di ordine pubblico³¹, come tale sottratto alla libera contrattazione

31 Va sottolineato che, in verità, il principio, seppure venne codificato nella legislazione napoleonica del 1804 (cfr. artt. 2092 e 2093 *code Napoléon*; ora artt. 2284 e 2285), era considerato non espressione di un principio inderogabile di ordine pubblico. In questo senso appaiono significative le seguenti considerazioni sul punto: "del resto la garanzia generale del pegno stabilita dal nostro articolo (2092 N.d.A., ora si tratta dell'art. 2284 c.c.) non è d'essenza nell'obbligazione a cui è correlativamente annesso il diritto di garanzia. Potrebbero quindi il creditore ed il debitore convenire di limitarla. Così, per esempio, se nel mio patrimonio ho degli oggetti che, a prescindere dal loro valore assoluto, hanno per me un prezzo di affezione per la loro origine, ed io ne voglio conservare sempre la loro proprietà, posso certamente, obbligandomi per un prestito o per altra causa, stipulare che tali oggetti sieno esclusi dal diritto di garanzia generale. Se il creditore consente, questa riserva sarà efficace, qualunque potrà essere l'evento, e se pure bastasse il mio patrimonio al pagamento del mio debito: il principio del nostro articolo non è di ordine pubblico, per cui vi si può benissimo derogare" (PONT, *Commentario ossia trattato dei privilegi e delle ipoteche*, in *Spiegazioni teorico-pratiche del Codice Napoleone* a cura di MARCADÈ-PONT, annotata da GOLIA, X, 1, Napoli, 1883, 7). La stessa dottrina, inoltre, sottolineava come la lettera della norma, che estendeva la responsabilità a tutti i beni del debitore, era troppo assoluta, giacché numerosi erano i beni inalienabili, incedibili ed insequestrabili a cagione di un (superiore) interesse d'ordine pubblico, o per motivi di umanità, o per altre considerazioni (così riferisce, PINELLI, *Atti di destinazione, trust e responsabilità del debitore*, Milano, 2007, 18).

Tale ragionamento era sostanzialmente accolto dalla dottrina italiana posteriore al codice civile del 1865 che, nel commentare gli artt. 1948 e 1949 (corrispondenti ai nostri artt. 2740 e 2741 c.c.) così si pronunciava:

"Noi non siamo restii ad ammettere la validità di una convenzione in questo senso nei particolari rapporti fra coloro che l'hanno posta in essere: con una convenzione siffatta i beni eccettuati dalla esecuzione non vengono per questo a cessare di far parte del pegno generico in favore di tutti gli altri creditori; ma riguardo a quel creditore che l'ha consentita, si avrebbe una valida obbligazione di non escutere i beni stessi, che dovrebbe ritenersi efficace, perché non vietata dalla legge, in omaggio alla libertà che domina la materia contrattuale; la quale libertà non subisce, come è noto, altre limitazioni che quelle fondate sull'ordine pubblico, sul buon costume e sulle leggi proibitive" (BIANCHI, *Dei privilegi e delle cause di prelazione del credito in generale*, Napoli, 1907, 7). A favore di questa tesi si portava anche l'esempio legislativo rappresentato dall'art. 1727 c.c. abrogato che, nell'ambito della società civile, espressamente ammetteva il patto tra creditore e socio allo scopo di limitare la responsabilità di quest'ultimo.

Il codice del '42 ha modificato sensibilmente la visuale sulla derogabilità o meno del principio di responsabilità patrimoniale per i debiti. Accantonata la tesi relativa alla derogabilità, da intendere come mera naturalità del concetto di responsabilità patrimoniale del debitore, si è giunti ad un'interpretazione più rigida della garanzia patrimoniale offerta al creditore. La dottrina (PINELLI, op. cit., 69,70) nota, infatti, come "il divieto sia stato ispirato anche dall'intento di reprimere le frequenti limitazioni della responsabilità patrimoniale poste in essere dai debitori attraverso alcuni "espediti giuridici", primo tra tutti la costituzione di anonime con unico azionista, "fenomeno degenerativo" che i

delle parti, ragion per cui ogni patto, in qualsiasi forma venga stipulato, teso a modificare il regime di responsabilità patrimoniale del debitore (ad esempio prevedendo che il debitore risponderà solo con alcuni beni) sarebbe inesorabilmente affetto dalla nullità assoluta, ai sensi dell'art. 1418 c.1 c.c.. Tale conclusione sortirebbe effetti immediati anche a livello di responsabilità del notaio che ricevesse una siffatta clausola contrattuale, per il quale, ferma restando la sua responsabilità contrattuale – professionale, si porrebbe un chiaro problema di responsabilità disciplinare ai sensi del combinato disposto dagli artt. 28, 58, 138 l. 89/1913. La risposta positiva a tale affermazione di responsabilità apparirebbe coerente con l'innovativo (e restrittivo) indirizzo giurisprudenziale maturato dalla Cassazione³² che limita la responsabilità disciplinare del notaio rogante alle sole infrazioni che generino atti affetti da nullità assoluta.

Va, tuttavia, segnalato che tale conclusione è negata da autorevole dottrina³³, secondo cui le espresse limitazioni pattizie della responsabilità patrimoniale sarebbero valide, ma avrebbero una portata meramente obbligatoria, non solo in quanto non si possono far valere di fronte ai creditori rimasti estranei al negozio, ma anche nel senso che rispetto allo stesso creditore intervenuto nel negozio importano semplicemente un'obbligazione negativa, come tale suscettibile di violazione, e non una parziale scomparsa di quello stato di soggezione in

codificatori del 1942 tentarono di arginare mediante l'introduzione di due nuove norme (l'art. 2362 c.c. e l'art. 2497, secondo comma, c.c.), che rendevano illimitatamente responsabile il socio unico azionista di società di capitali, in caso di insolvenza dell'ente. La giustificazione del divieto, nella Relazione al Re, in funzione "dell'interesse del credito e dell'economia", rivela inoltre come il secondo comma dell'art. 2740 c.c. rispecchi la matrice pubblicista e dirigista del Codice civile del 1942, dalla quale derivava, nel regime dei rapporti obbligatori, la necessità di adeguare costantemente "i diritti individuali [...] alle esigenze dell'economia nazionale, sia attraverso l'azione normativa e quella concreta dell'ordinamento corporativo [...] sia mediante una serie di criteri, quali la tutela della produzione, la tutela del credito, il dovere di correttezza e di buona fede, il dovere di solidarietà corporativa, i quali [...] tendono a porre i diritti dei singoli in un nesso organico con la vita economica ed etica della nazione" (in questo ultimo senso, VASSALLI, *Motivi e caratteri della codificazione civile*, in VASSALLI, *Studi giuridici*, III, Milano, 1960, 626).

Anche la dottrina più moderna (sul punto v. F. RUBINO, *Teoria dei patrimoni separati*, sul sito www.filodiritto.com) tende a svalutare il principio di inderogabilità della responsabilità patrimoniale intesa come universale (cioè riferita a tutto il patrimonio del debitore) in quanto, il fermo ancoraggio del principio alla Costituzione e non più alla volontà di preservazione del regime giuridico – economico codificato (sul punto v. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2006, 799) nonché la sempre maggiore integrazione dei sistemi giuridici a livello comunitario e internazionale (in questo senso primaria importanza assume ovviamente, ai nostri fini, la Convenzione de L'Aja del 1 luglio 1985, ratificata in Italia dalla l. 16 ottobre 1989 n. 364), sistemi giuridici che conoscono, spesso, molteplici ipotesi di separazione patrimoniale (si pensi agli ordinamenti di *common law*), possono anche spingere a ritenere il principio di responsabilità patrimoniale, così come enunciato nel 1942, non più rispondente alla realtà economica attuale e, quindi, a declassarlo ad ipotesi residuale, non più inderogabile.

32 Ci si riferisce alla sentenza che ha costituito una sorta di *leading case*, quanto alla responsabilità disciplinare notarile, ossia alla sentenza 11 novembre 1997, n. 11128 pubblicata in *Rivista del notariato*, 1998, 493 e ss. che, alla luce di una copiosa produzione giurisprudenziale anteriore, secondo la quale qualsiasi patologia che avesse affetto l'atto notarile avrebbe sortito la responsabilità aggravata del pubblico ufficiale rogante, ai sensi dell'art. 28 della legge professionale (*ex multis* Cass. 10 novembre 1992 n. 12081 in *Vita Notarile*, 1993, 950), ha sancito che "in tema di responsabilità disciplinare dei notai, il divieto, imposto dall'art. 28, comma 1, n. 1 l. 16 febbraio 1913 n. 89, sanzionato con la sospensione a norma dell'art. 138, comma 2, di ricevere atti "espressamente proibiti dalla legge" attiene ad ogni vizio che dia luogo ad una nullità assoluta dell'atto, con esclusione, quindi, dei vizi che comportano l'annullabilità o l'inefficacia dell'atto (ovvero la stessa nullità relativa) ed è sufficiente che la nullità risulti in modo inequivoco".

33 D. RUBINO, *La responsabilità patrimoniale – I privilegi – Il pegno*, in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da F. VASSALLI, XIV, t. 1, 1956, 11.

cui versa il debitore e una parziale perdita dell'azione esecutiva per il creditore. Da ciò si deduce che un siffatto patto avrebbe effetti solo *inter partes*, non potendosi, tuttavia, esentare i beni del debitore dall'esecuzione, fatta salva, comunque, l'obbligazione di risarcire il danno a carico del creditore esecutante, per inadempimento contrattuale ai sensi dell'art. 1218 c.c..

Più discussa è la legittimità di quegli accordi mediante i quali non si sottraggono beni del debitore all'azione esecutiva del creditore, ma si gradua l'esercizio di quest'ultima rispetto ai beni stessi, nel senso che il creditore si impegna a non aggredire determinati beni prima di averne aggredito altri, ed averne contestato l'insufficienza³⁴. La tesi prevalente in dottrina³⁵ è dell'avviso che tali convenzioni, tese a individuare un ordine nell'esecuzione dei beni, non siano illecite, se ed in quanto non importino limitazione alcuna alla garanzia patrimoniale: cioè purché dette convenzioni non pregiudichino o non rendano eccessivamente difficile l'esercizio del diritto di credito. A favore dell'ammissibilità di tali patti, non può non sottolinearsi l'evidente analogia della predetta figura pattizia con il *beneficium excussionis*, la cui pattuizione è riconosciuta lecita (cfr. art. 1944 c. 2 c.c.).

Va, tuttavia, sottolineato che tale indirizzo, sicuramente prevalente nella dottrina, specie quella tradizionale, è ormai superato in giurisprudenza, davanti all'evolversi del panorama del diritto positivo. Le esigenze dello sviluppo economico e di pronta erogazione di risorse finanziarie, dedicate in via esclusiva all'attività di impresa, così come la tutela di determinate situazioni giuridiche o di interessi meritevoli, hanno condotto a una profonda rivisitazione dei consolidati orientamenti precedenti. A tale fine, il principio di responsabilità patrimoniale universale, delineato dall'art. 2740 c.c. appariva oltre modo penalizzante, non tanto e non solo in relazione agli interessi privatistici del debitore, ma in virtù degli interessi generali che potevano essere coltivati, tendenzialmente mediante la destinazione di una porzione del patrimonio. In questo modo, in tempi neppure troppo remoti (si pensi allo stesso istituto del fondo patrimoniale coniugale, di cui agli artt. 167 e ss. c.c., introdotto dalla legge 151/75, di riforma del diritto di famiglia, che ha apportato notevoli modifiche all'istituto del patrimonio familiare, già normato nella versione originaria del codice) si è assistito al proliferare di istituti che hanno dato vita a una congerie di patrimoni autonomi, destinati, segregati, separati, il cui tratto comune, fatte salve le loro peculiarità, è costituito esattamente dalla limitazione della responsabilità per le obbligazioni contratte dal debitore³⁶.

34 ROPPO, voce "Responsabilità patrimoniale" cit., 1051.

35 ROPPO, voce "Responsabilità patrimoniale" cit., *ibidem*.

36 Sulla categoria dei patrimoni destinati, separati, autonomi e segregati sono stati scritti davvero i proverbiai "fiumi di inchiostro". Per uno sguardo di insieme, si rinvia alla trattazione di BIGLIAZZI GERI, voce *Patrimonio autonomo e separato*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXII, Milano, 1982 reperibile, mediante le banche dati dell'Ateneo di

Si pensi, ad esempio, all'introduzione in Italia del fenomeno delle società di capitali unipersonali. Il codice del '42, come noto, prevedeva, sempre per quest'ultimo genere di società, quale causa di nullità del contratto, la mancanza della pluralità dei soci (cfr. art. 2332 n. 8 anteriore alla riforma del diritto societario). Nel caso in cui la pluralità dei soci, comunque presente nella fase genetica della società, venisse meno *durante societate*, la sanzione prevista dal legislatore non era, anche in omaggio al principio di conservazione della società per tutelare l'attività economica e la certezza dei rapporti giuridici verso i terzi, quella prevista per le società personali e, cioè, lo scioglimento nel caso in cui non si fosse ricostituita, entro sei mesi, la pluralità di soci (cfr. art. 2272 n. 4), ma il venire meno dello schermo della limitazione della responsabilità limitata, con relazione alle obbligazioni sociali sorte nel periodo in cui l'intero capitale sociale era in mano ad un solo socio (cfr. art. 2362 c.c. sempre ante riforma). In questo senso, un'autorevole opinione³⁷ ebbe a sostenere che "la "lettura" dell'art. 2362 che pretenda di essere raccordata con l'art. 2740, in assoluta fedeltà al principio della "responsabilità patrimoniale", deve scorgere nella disposizione sull'unico azionista la restaurazione del "principio", vale a dire il ritorno alla responsabilità illimitata, quali che siano le forme giuridiche dell'attività produttiva di obbligazioni a carico del soggetto. E se l'interprete vuol rimanere fermo all'art. 2740, e al rapporto tra "regola" ed "eccezione" che ne costituisce l'antica trama, l'art. 2362, proprio perché coerente con il principio, non può soffrire interpretazione restrittiva. Conformemente a questa ricostruzione, altra dottrina³⁸, in accordo con la Relazione ministeriale al codice civile (n. 945), sottolineava come l'art. 2362 tendesse a contemperare due opposte esigenze: da un lato, l'esigenza di salvaguardare, con la persistenza della società, la continuità dell'impresa e, quindi, di evitare un danno all'economia nazionale; dall'altro, l'esigenza di sventare in radice una possibile elusione del principio generale dell'illimitata responsabilità patrimoniale (art. 2740): il fenomeno, cioè, della società per azioni creata da più persone con il preconstituito intento della successiva concentrazione delle azioni nelle mani di una sola di esse, la quale si troverebbe così posta nella condizione di esercitare, con il beneficio della responsabilità limitata, un'impresa sostanzialmente individuale.

Tali considerazioni sono state naturalmente messe in crisi dall'emanazione della direttiva CEE 89/667, il cui recepimento nell'ordinamento italiano, con il d. lgs. 88/1993, ha introdotto la figura della società a responsabilità limitata unipersonale, possibile anche nella fase costitutiva dell'ente, con permanenza del beneficio della responsabilità limitata: una

Bologna, sul sito <http://enciclopedia.giuffre.it>

37 RESCIGNO, *La persona giuridica "unico azionista"* (Nota attorno all'art. 2362 c.c.), in *Banca, borsa, titoli di credito*, 1971, I, 493.

38 GALGANO, *La società per azioni*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, VII, Padova, 1988, 119.

figura giuridica che avrebbe sicuramente allarmato qualsiasi giurista formatosi sui principi, direi di diritto naturale, che sono posti dall'art. 2740 c.c., principi vieppiù soggetti a crisi se solo si presta attenzione alla possibilità, offerta dalla direttiva comunitaria in parola, di regolare un'impresa individuale a responsabilità limitata (soluzione poi adottata dal solo Portogallo)³⁹.

Preso atto di tale rinnovato orientamento normativo, la Corte di Cassazione⁴⁰ ha sancito che il divieto di costituire patrimoni separati, con responsabilità limitata del loro titolare “non è d'ordine pubblico, nel senso di cui all'art. 31 disp. prel., dato che esistono norme nel nostro ordinamento che consentono limitazioni di responsabilità o di debito”. Si tratta, più

39 La riforma del diritto societario, come noto, ha ulteriormente allargato l'operatività della società unipersonale, estendendo tale possibilità anche alle società per azioni.

40 Cass. 17 novembre 1979 n. 5977, in *Foro italiano*, 1980, I, 1303. Tale pronuncia si occupa del riconoscimento di enti di diritto straniero aventi personalità giuridica, costituiti da un solo soggetto, beneficiario della limitazione della responsabilità per le obbligazioni contratte. In questo senso emerge il fenomeno dell'*Anstalt*. Tale ente è riconosciuto nell'ordinamento del Liechtenstein fin dal 1926. L'art. 534 P.R.G. lo definisce come “un soggetto dotato di autonomia ed organizzazione propria, avente scopi durevoli anche non di ordine economico, iscritto nel registro degli *Anstalten*, che dispone di un patrimonio costituito da diritti reali e personali, il quale non ha un carattere pubblicistico, né struttura associativa”. Assolutamente rilevante ai nostri fini è l'art. 548 P.G.R. che stabilisce che la responsabilità per i debiti si esaurisce entro i limiti del patrimonio dell'*Anstalt*. Altro requisito essenziale dell'*Anstalt* è la struttura della compagine sociale: l'*Anstalt* può essere fondato sia da un solo soggetto, che sarà dotato del potere di modificare lo statuto e di dare l'indirizzo dell'attività produttiva all'organo amministrativo dallo stesso nominato ed eventualmente revocato, nel qual caso il patrimonio dell'ente risulterà indiviso, ovvero da una pluralità di soggetti che divideranno pro quota il capitale.

Assai contrastata è stata il possibile riconoscimento dell'istituto nell'ordinamento italiano. In un primo momento la giurisprudenza era orientata in senso decisamente restrittivo. In questo senso così si pronunciava il Tribunale di Milano (sentenza 31 marzo 1977, in *Giurisprudenza commerciale*, 1978, III, 122): “L'*Anstalt* non può operare nell'ordinamento italiano perché, avendo struttura tipica di patrimonio separato, destinato all'esercizio dell'impresa, è in contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento stesso, tra i quali quello dell'illimitata responsabilità dell'imprenditore individuale o della limitata responsabilità dei soci di una società di capitali, la cui base corporativa sia plurima”. Siffatto orientamento è decisamente mutato negli anni successivi. La Corte di Cassazione con sentenza n. 1853 del 15 febbraio 1993 (pubblicata in *Giurisprudenza italiana*, 1993, I, 2536 e ss.) ha stabilito che “il nostro ordinamento non può negare quanto un altro ordinamento sovrano abbia riconosciuto, attraverso un sindacato sui criteri e sui presupposti in base ai quali altri Stati attribuiscono la personalità giuridica. È per questo che l'ordinamento giuridico italiano riconosce la personalità alle organizzazioni che siano riconosciute quali persone giuridiche negli ordinamenti stranieri in forza della loro mera esistenza, come tali, alla stregua della legislazione dello Stato in cui siano costituite, con l'unica limitazione che non configgano con i principi dell'ordine pubblico (art. 31 preleggi). [...] Il limite dell'ordine pubblico di cui all'art. 31 preleggi è costituito, come è noto, dal c.d. ordine pubblico internazionale, costituito dai principi fondamentali cui l'ordinamento interno si ispira in una determinata materia. Per il riconoscimento di una persona giuridica straniera non è, pertanto, necessaria la sua conformità strutturale o funzionale alle persone giuridiche di diritto interno. Non contrasta, in particolare, con l'ordine pubblico il fatto che una persona giuridica sia costituita da un solo fondatore. Basti rilevare come nel nostro ordinamento esistono le fondazioni, cui è attribuita la personalità le quali possono legittimamente venir costituite da un unico fondatore. Né è possibile affermare che le *Anstalten* non siano assimilabili alle fondazioni, avendo ad oggetto esclusivo l'esercizio dell'impresa, sia perché, come si è chiarito, questo non è sempre e necessariamente vero, sia perché la natura di fondazione non contrasta con tale esercizio. [...] In forza dell'art. 16 preleggi le persone giuridiche straniere sono ammesse a godere dei diritti civili attribuiti ai cittadini italiani, a condizioni di reciprocità e salve le disposizioni contenute nelle leggi speciali; e poiché non è dubbia la reciprocità di trattamento fra l'Italia e il Liechtenstein e poiché fin ad ora il legislatore italiano non ha ritenuto di disciplinare in alcun modo il dilagante fenomeno delle *Anstalten*, null'altro è necessario per ammettere tali società all'esercizio dei diritti giurisdizionali, essendo le *Anstalten* riconosciute come persone giuridiche in base alla loro legge nazionale e non potendo il giudice italiano effettuare altre indagini sui requisiti della personalità giuridica di soggetti diversi dalle persone fisiche in base a criteri propri della legislazione italiana, dovendo il criterio di collegamento, ai fini della questione, trarsi dalla legislazione dello Stato cui appartiene il soggetto della cui personalità si discute”.

Va notato che, a seguito dell'introduzione in Italia nel 1993, dell'istituto delle società a responsabilità limitata unipersonali costituite con atto unilaterale (e ancor più dopo la riforma del diritto societario del 2003 che ha potenziato tale istituto) appare ormai definitivamente acquisita l'ammissibilità dell'*Anstalt* di diritto del Liechtenstein in Italia.

semplicemente, “di un *principio inderogabile dai privati*, ma non considerato come un fondamento essenziale ed irrinunciabile dell’ordinamento, attinente alle basi stesse della società nell’attuale momento storico”⁴¹.

Per quanto riguarda, invece, le ipotesi legislative (stante l’inderogabilità da parte dei privati della regola sulla responsabilità patrimoniale) di limitazione della responsabilità del debitore, la dottrina⁴² ritiene che si possa proporre una tripartizione fondata sulla *ratio* politico - legislativa sottesa a ciascun beneficio di limitazione della responsabilità:

- limitazioni connesse alla qualità dei beni: i beni vengono sottratti alla regola dell’art. 2740 c. 1 in virtù del valore ad essi riconosciuto dall’ordinamento, determinati beni vengono sottratti all’azione esecutiva dei creditori (es. l’usufrutto legale dei genitori, i beni oggetto di sostituzione fedecommissaria e, inoltre, i beni impignorabili ex artt. 514 e ss. c.p.c.);

- limitazioni per la qualità dei debiti: a taluni debiti di un soggetto, in ragione della loro peculiare natura o relazione con la sfera del debitore, corrisponde una garanzia limitata ad una parte solo del patrimonio del debitore (es. patrimonio ereditato accettato con beneficio ereditario nei confronti dei debiti del de cuius, l’erede risponde solo *intra vires hereditatis*, artt. 490 e ss. c.c.);

- limitazioni per la relazione tra beni e crediti: si tratta di una sorta di integrazione tra i criteri sottesi alle due precedenti classi. In questo caso determinati beni di un soggetto, in virtù di un preteso plusvalore connesso ad essi, derivante dalla loro destinazione, sono esonerati dal rispondere di determinati debiti del loro titolare (es. beni del fondo patrimoniale e loro frutti ex art. 170 c.c., frutti dei beni del figlio gravati da usufrutto legale in favore dei genitori ex art. 324 c. 2 c.c., esposizione dei beni personali dei coniugi per i debiti inerenti alla comunione legale ex art. 190 c.c.).

Alla luce della profondità e della incidenza probabilistica delle ipotesi nelle quali si genera una tale eccezione al principio di unità del patrimonio quale essenza della responsabilità del

41 È bene evidenziare che questo orientamento appare, altresì, superato, pur sempre preso atto del mutato panorama legislativo e giurisprudenziale. In primo luogo, si pensi alla recezione in Italia della Convenzione de L’Aja del 1 luglio 1985 (resa esecutiva in Italia con legge 16 ottobre 1989 n. 364, entrata in vigore il 1 gennaio 1992) e, soprattutto, dalla prevalente giurisprudenza che ha stabilito come sia perfettamente ammissibile nel nostro ordinamento il c.d. *trust* interno (cfr. Tribunale Milano, 17 luglio 2009 reperibile sulla Banca Dati *De Agostini Professionale*; Tribunale Milano, 16 giugno 2009, in *Notariato*, 2009, 483; Tribunale Bologna, 11 maggio 2009 in *Corriere del merito*, 2009, 850; Tribunale Rimini, 21 aprile 2009 in *Famiglia e Diritto*, 2009, 716; *contra* Tribunale Belluno, decreto 25 settembre 2002, in Banca Dati *De Agostini Professionale*), ossia un patrimonio segregato, regolato da legge straniera che lo disciplini, pur se non vi sia altro criterio di collegamento a tale legge che non sia quello proprio della legge straniera. La definitiva affermazione della derogabilità del principio di responsabilità patrimoniale universale ad opera dei privati per il perseguimento di una pluralità indefinita, e indefinibile *a priori*, di interessi è stata decretata dall’art. 2645 *ter* c.c., introdotto dalla l. 23 febbraio 2006 n. 51 di conversione del d.l. 30 dicembre 2005 n. 273, che ha introdotto nel nostro ordinamento giuridico la destinazione atipica (sul nuovo istituto abbondantemente commentato in dottrina si fa riferimento a PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione*, reperibile sul sito <http://www.gaetanopetrelli.it/catalog/documenti/00000223/2006%20-%20La%20trascrizione%20degli%20atti%20di%20destinazione.pdf>; GAZZONI, *Osservazioni sull’art. 2645 ter c.c.*, reperibile sul sito http://judicium.it/news/ins_08_04_06/Gazzoni,%20nuovi%20saggi.html).

42 ROPPO, voce “*Responsabilità patrimoniale*” cit., 1052, 1053.

debitore si sarebbe tentati di ritenere, analogamente a quanto sostenuto per l'illecito aquiliano circa l'inversione del rapporto tra regola ed eccezione limitatamente alla necessità dell'elemento soggettivo per concretare la responsabilità civile, che la regola, almeno di fatto e di prassi, sia quella della specializzazione della responsabilità patrimoniale a fronte di un'eccezione del principio generale di cui all'art. 2740 c.c.⁴³.

Nonostante ciò, la tentazione di cui si parlava in precedenza di considerare esaurito il principio di cui all'art. 2740 c.c., comunque da respingere, non poteva ugualmente condurre all'ulteriore illazione di ritenere consentita ai privati un'indiscriminata libertà, nel derogare al principio di cui alla citata disposizione. In pratica, sarebbe vietato ai privati di individuare fattispecie negoziali atipiche che consentano di predisporre strumenti negoziali, mediante i quali limitare la capacità di soddisfazione del creditore sul patrimonio del debitore. Tutto ciò, è stato, a ben vedere, posto in crisi da un'ulteriore novella, entrata in vigore il 1 marzo 2006 (di cui già si è fatto cenno in precedenza), che, nel prevedere, anche alla luce dell'approfondito dibattito sull'ammissibilità del *trust* interno in Italia⁴⁴, la destinazione di una massa patrimoniale in funzione dei più svariati interessi meritevoli, ha consentito ai privati di individuare interessi atipici, meritevoli di tutela, al cui perseguimento rendere strumentale la separazione patrimoniale. L'art. 2645 *ter* c.c., infatti, possiede delle caratteristiche *in nuce* talmente dirompenti per l'ordinamento italiano da poter essere considerato uno strumento idoneo a sconvolgere, se interpretato nel senso più ampio della lettera della legge, l'intero assetto del sistema legislativo, in quanto potenzialmente può essere il cavallo di Troia per superare principi quali il numero chiuso dei diritti reali, la stretta nominatività delle fattispecie di separazione patrimoniale, oltre che, quanto maggiormente interessa ai fini della presente trattazione, lo stesso principio dell'universalità della garanzia patrimoniale⁴⁵.

Il patrimonio del debitore, secondo quanto previsto dall'art. 2741 c.c., deve anche essere posto a servizio di tutti i creditori, in modo tale che sia preservata la *par condicio creditorum*. La disposizione di cui al predetto articolo assume una decisiva importanza circa la natura giuridica del diritto spettante ai creditori sul patrimonio del debitore. In effetti, la norma riproduce l'art. 1949 del codice civile abrogato, perfezionandone il suo testo che

43 GALGANO, *Trattato di diritto civile*, vol. III, Padova, 2010, 327-331.

44 Per la trattazione della questione si rimanda a LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, Padova, 2010; nonché in senso contrario, sempre in dottrina all'ammissibilità di una tale ammissibilità cfr. GAZZONI, *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista "non vivente" su trust e trascrizione)*, in *Rivista del notariato*, 2001, 11 e ss..

45 La letteratura sulla novella del 2006, nonostante la vicinanza temporale, per gli indubbi profili di attinenza con principi fondamentali dell'ordinamento giuridico, è quantomai ampia. Relativamente alla questione del superamento del dogma della nominatività M. BIANCA, *Atto negoziale di destinazione e separazione*, in *Atti di destinazione e trust* a cura di Vettori, Padova, 2008, 37; GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645 ter*, in www.judicium.it/news/insGazzoni.%20saggi.html.

aveva dato luogo ad equivoci di non poco conto in dottrina. A ben vedere, la norma del cessato codice era alquanto equivoca, specialmente nel punto in cui prevedeva che i creditori “*hanno tutti un eguale diritto quando fra essi non vi sono cause legittime di prelazione*”. Erano, conseguentemente, sorti accesi dibattiti sulla natura giuridica dello stesso diritto che i creditori vantano sul patrimonio del proprio debitore. In particolare, non erano mancate voci anche autorevoli che qualificavano il predetto diritto in termini di pegno generale vantato dai creditori sul patrimonio del debitore, inteso quale figura giuridica generale di un diritto del creditore al valore pecuniario delle cose componenti il patrimonio del debitore fino alla concorrenza dell'ammontare della prestazione o della somma di denaro ad essa equivalente⁴⁶. Altri autori erano dell'avviso che il diritto spettante al creditore sul patrimonio del debitore fosse da qualificare in termini di controllo gestorio da parte del primo sul secondo, anteriormente all'inadempimento, che si sarebbe successivamente trasformato in un diritto di aggressione diretta al patrimonio a seguito dell'inadempimento⁴⁷. Altra autorevole dottrina sosteneva, sempre nel vigore del precedente testo legislativo, che il diritto riconosciuto dalla legge al ceto creditorio avesse natura sostanzialmente processuale e fosse da colorare di elementi pubblicistici, in quanto trattasi di un potere dello Stato di esecuzione forzata sui beni del debitore⁴⁸.

Il nuovo testo del codice civile, espungendo - peraltro sulla scia dell'esempio offerto dal codice civile napoleonico⁴⁹ - qualsiasi riferimento a eventuali diritti spettanti in modo diretto e inerente in via immediata le sostanze patrimoniali del debitore, ha condotto gli interpreti prevalenti a ritenere che il “diritto” riservato ai creditori sul patrimonio del debitore non sia un diritto di natura sostanziale⁵⁰, ma solo un potere limitato all'esercizio dell'azione esecutiva esercitata su un determinato bene di un creditore, non esclude la concorrenza azione esecutiva degli altri, e che tutti hanno diritto di concorrere, proporzionalmente all'entità dei rispettivi diritti, sul ricavato dall'esecuzione forzata. Da ciò, altra autorevole dottrina preferisce parlare di uno stato di soggezione del debitore rispetto ai propri beni: il debitore, cioè, se non adempie, deve subire che i propri beni siano espropriati dal creditore⁵¹.

Il principio della *par condicio*, pur essendo senz'altro colorato di evidenti motivi di ordine pubblico, trova diverse eccezioni nell'ordinamento. Tali eccezioni, come noto, sono definite

46 ROCCO, *Il fallimento*, Torino, 1917, 31 e ss..

47 PACCHIONI, *Trattato delle obbligazioni*, Torino, 1927, 40 e ss..

48 CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, in *Studi in onore di Chiovenda*, Padova, 1927, 308 e ss..

49 L'art. 2284 del *code civil* francese così recita: “*Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir*”.

50 NICOLÒ, commento all'art. 2741 c.c. in *Commentario del codice civile* Scialoja – Branca, *Tutela dei diritti art. 2740 – 2899 c.c.*, Bologna – Roma, 1955, 17 e ss..

51 TORRENTE – SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato* cit., *ibidem*.

dallo stesso legislatore quali fonti legittime di prelazione (anche in questo caso sulla scia dell'esempio transalpino, di cui all'art. 2285 del *code*; come peraltro già seguito dal cessato art. 1949 c.c.).

Nell'ordinamento giuridico italiano è noto che il concetto di prelazione ha un doppio significato⁵². Da un lato delinea, in ambito contrattuale, la preferenza che viene concessa a un determinato soggetto nella stipulazione di un successivo contratto, sulla base di una fonte di diritto positivo (c.d. prelazione legale) ovvero sulla base di un atto convenzionale (c.d. prelazione volontaria). Dall'altro lato, per quanto più specificamente interessante ai fini della presente trattazione, la causa legittima di prelazione consente di derogare al principio della *par condicio*, sopra ricordato.

Secondo il diritto italiano, anche in questo caso in linea con il diritto francese (artt. 2323 e 2329 *code*) e con il codice del 1865 (artt. 1950 e 1878, limitatamente al diritto di pegno), le cause legittime di prelazione sul patrimonio del debitore sono i privilegi, l'ipoteca e il pegno (art. 2741 c. 2 c.c.). Va sottolineato che, dal punto di vista meramente di ordinazione della materia, emerge una distinzione tra i vari codici sopra citati. Mentre il codice napoleonico transalpino e il primo codice unitario citavano il pegno in una norma separata rispetto a quella che enuncia le cause di prelazione (nei due documenti normativi il riferimento in tale norma era riservato ai soli privilegi e ipoteca), il nuovo codice, in modo più corretto, ha previsto un'enunciazione organica di tutte e tre le cause che consentono la preferenza in capo al titolare in sede di soddisfazione forzata del proprio credito. Anche con riferimento a tali garanzie, ne emerge la strumentalità del diritto rispetto all'esecuzione del credito che ne connota, quindi, in maniera indissolubile la causa.

Le cause legittime di prelazione, secondo la dottrina⁵³ e la giurisprudenza⁵⁴, derogano a un principio di ordine pubblico, quale quello della *par condicio creditorum*. Da ciò ne consegue che si tratta di una tipizzazione tassativa, che non ammette la creazione di modelli atipici. Inoltre, in quanto costituenti uno *ius singulare*, le norme sulle cause legittime di prelazione sono insuscettibili di essere applicate analogicamente ad altre fattispecie; essendo quindi consentito solo alla legge di creare, e con ciò, di tipizzare nuove forme di deroga al regime della parità dei creditori.

Pur tra le indubbie caratteristiche che rendono peculiare ciascuna delle cause di prelazione, si può tuttavia ritenere che fondamento unico delle stesse sia, in omaggio al generale

52 In questo senso, cfr. MOSCARINI, voce *Prelazione*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1985, vol. XXXIV, tratta dal sito internet <http://enciclopedia.giuffre.it/>

53 TROIANO, *commento all'art. 2741 c.c.* tratto dal *Commentario breve al codice civile* Cian Trabucchi, Padova, 2004, 3072.

54 Cassazione, 27 febbraio 1990, n. 1510 in *Giurisprudenza Italiana*, 1990, I,1, 1435 con specifico riferimento al solo privilegio.

principio di causalità che domina l'esplicazione dell'autonomia privata e che informa anche tali istituti, la necessità che preesista, o sia quantomeno coevo, alla prelazione una ragione di credito da parte di colui che vanta detto diritto nei confronti del debitore.

Tutte le cause di prelazione, ben lungi dall'essere istituti tali dall'essere contrastanti con un supposto principio di uguaglianza costituzionale, da applicarsi in maniera amorfa, corrispondono a una piena espressione dell'art. 3 della nostra Carta fondamentale che consente, quindi, di scriminare in modo preciso gli interessi delle parti e di tutelare in maniera più incisiva, quelli che appaiono, per le più svariate ragioni, meritevoli di maggiore protezione.

3. Brevi cenni sui privilegi

L'importanza della normativa in tema di cause legali di prelazione è testimoniata, in primo luogo, dalla notevole ampiezza (oltre che complessità) delle norme con il quale il codice civile le disciplina.

È noto come, in particolare per i privilegi, la normativa sia regolata in modo imperativo e con scarsa possibilità per l'autonomia privata di regolare i propri interessi, in alternativa a quanto previsto dal legislatore. Il codice civile regola l'istituto giuridico in una pluralità di norme (artt. 2745-2783 *bis* c.c.). Caratteristica essenziale del privilegio è, oltre all'automaticità dello stesso ossia la sua genesi sulla base stessa della rispondenza del credito a una serie di parametri indicati dalla legge (a ciò eccepiscono le residuali ipotesi nelle quali il privilegio si crea mediante convenzione delle parti ovvero richiede una sottoposizione costitutiva all'onere della pubblicità), anche il suo collegamento con la causa del credito per il quale si forma la causa di prelazione. Alla luce di tale caratteristica, il privilegio trova un sicuro fondamento pubblicistico che, da un lato, lo distingue dal punto di vista della fonte costitutiva rispetto a pegno e ipoteca che possono (e generalmente hanno) avere anche una fonte volontaria alla base della propria costituzione (e comunque mentre nessun credito, neppure quello riservato all'alienante di un immobile, che può vantare un'ipoteca legale ai sensi dell'art. 2810 c.c., nasce come ipotecario, è sicuramente vero il contrario, ossia che ogni credito privilegiato così si costituisce per mera volontà della legge) e, dall'altro, ne impedisce ogni intervento dei privati con riferimento a possibili aspetti del

privilegio stesso, tra cui, in particolare, la stessa costituzione di un privilegio “atipico”⁵⁵. Alla luce del sistema normativo predisposto per tale causa di prelazione, emerge che il privilegio, proprio in virtù del suo carattere legale, non richiede alcun tipo di pubblicizzazione nei pubblici registri, neppure nel caso in cui avesse ad oggetto beni immobili.

Il fondamento squisitamente legale che ha il privilegio ne determina anche la caratteristica prevalenza rispetto alle altre cause di prelazione legale, in particolare rispetto all'ipoteca⁵⁶, come testimoniato dall'art. 2747 c.c.. La stessa *ratio* comune ai privilegi, fondata cioè su una valutazione di opportunità affidata al legislatore è anche alla base del criterio di preferenza, in caso di concorso di cause di privilegio. In questo caso, infatti, in aderenza peraltro alle regole del diritto romano mirabilmente riassunte nel noto brocardo di Paolo *privilegia non ex tempore aestimantur sed ex causa*, l'ordinamento decreta non la prevalenza sulla base del criterio temporale (che, invece, caratterizza, pur tra le diverse modalità di applicazione del principio, le cause “volontarie” del pegno e dell'ipoteca), bensì sulla base della maggiore meritevolezza riconosciuta, sulla base di un apprezzamento, sì discrezionale ma purché fondato entro i limiti della ragionevolezza, affidato alla valutazione politica del legislatore⁵⁷.

Inoltre, mentre dubbi non ci sono circa la qualificazione in termini di diritto reale relativamente all'ipoteca e al pegno, in quanto dotati dei requisiti di inerenza e di relazione immediata del titolare rispetto al bene su cui grava il diritto, oltre che dello stesso requisito dell'opponibilità *erga omnes* del diritto in questione, dubbi profondi possono essere riservati a una ricostruzione in termini realistici, dovendosi in realtà parlare di una mera aspettativa potenziata di realizzazione dell'interesse del creditore alla soddisfazione sui beni del debitore, in modo tale da farsi preferire sugli altri creditori. Un tale carattere, in realtà, viene ad essere derogato con riferimento al privilegio speciale mobiliare, di cui all'art. 2748 c.c., in quanto esso è dotato di uno speciale diritto di sequela, opponibile anche nei confronti dei terzi acquirenti del bene su cui grava la causa di prelazione. Esso perciò deve essere definito

55 CICCARELLO, voce *Privilegio*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1985, vol. XXXIV, tratta dal sito internet <http://enciclopedia.giuffre.it/>

56 Un tale principio non deve tuttavia essere ridimensionato alla luce della nota sentenza delle Sezioni Unite che, innovando nella materia *de qua*, hanno statuito come “in caso di mancata esecuzione del contratto preliminare trascritto, il privilegio speciale di cui all'art. 2775 *bis* c.c. non prevale sulle ipoteche iscritte prima della trascrizione del preliminare stesso” (Cassazione, Sez. Unite, 1 ottobre 2009, n. 21045 in *Giurisprudenza Italiana*, 2010, 12, 2543). Va, infatti, contestualizzata la sentenza che era chiamata a giudicare non tanto della portata dell'art. 2747 c.c., bensì di un particolare privilegio, ossia quello collegato ai crediti del promissario acquirente, che, per propria natura, ossia la sua sottoposizione all'onere della trascrizione del contratto preliminare *ex art. 2645 bis c.c.* ai fini della costituzione del privilegio, viene denominato anche privilegio iscrizionale. Tale tipica, ed eccezionale, costituzione del privilegio è stata la ragione fondamentale che ha spinto la giurisprudenza della Corte di legittimità a fare applicazione dei principi generali in tema di prevalenza delle trascrizioni o iscrizioni, sulla base della prevalenza temporale, ai sensi dell'art. 2644 c.c..

57 TORRENTE – SCHLESINGER, op. cit., 447; GAZZONI, *Manuale del diritto privato* cit., 658.

quale vero e proprio diritto reale di garanzia, in senso stretto.

La maggiore tipicità e lo stretto legame che il privilegio ha con la fonte legale si ripercuotono in modo evidente sulla stessa circolazione e sull'estinzione della causa di prelazione, in particolare relativamente a quelle ipotesi nelle quali si abbia una modificazione dell'aspetto oggettivo ovvero soggettivo del rapporto credito – debito. Se, infatti, non si possono, in linea di principio, porre dubbi circa la liceità della circolazione del pegno e dell'ipoteca, in caso di modificazioni del rapporto di debito – credito, un tale ragionamento non può essere esteso in modo così automatico al privilegio, in quanto esso è legato in modo indissolubile a quel determinato credito, o meglio alla funzione economico-sociale che ne è alla base. In coerenza con quanto testè sottolineato, viene anche in soccorso la stessa natura giuridica del privilegio che, secondo la migliore dottrina⁵⁸, non può essere considerato come un vero e proprio diritto autonomo, che può circolazione unitamente o, meno che mai, separatamente rispetto al credito che assiste, ma è una qualificazione dello stesso credito. Esso generalmente è occulto perché, come sottolineato in precedenza, prescinde da una pubblicità per la sua costituzione.

Nel corso delle successive pagine, e soprattutto nell'ampia sezione successiva in cui si tratteranno le fattispecie tipiche di circolazione del rapporto obbligatorio, si specificherà meglio la sorte del privilegio, servente il credito originario.

4. Le garanzie reali convenzionali

4.1 Il pegno

Il pegno trova le proprie origini nel diritto romano, in cui figurava, secondo un orientamento di politica del diritto che sarà poi confermato presso i compilatori italiani delle varie epoche, tra i contratti reali, conclusi mediante la *datio* del bene dato in garanzia al creditore oppignorante. L'etimologia generalmente ribadita, sebbene non manchino dubbi tra gli studiosi della materia, fa riferimento al concetto di *pugnus* (pugno), *quia res quae pignori dantur manu traduntur* (poiché le cose che si danno in pegno sono consegnate a mano)⁵⁹. La funzione di garanzia di un preesistente rapporto di credito era comune al pegno di diritto romano. All'epoca della riflessione romanistica si distingueva, inoltre, il vero e proprio contratto di pegno, che era di natura reale da un contratto meramente obbligatorio e

⁵⁸ TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1986, 603.

⁵⁹ Così Digesto 50.16 238.2

informato al principio consensualistico, avente la medesima funzione di garanzia di quello reale, che viene anche definito *pignus conventum*, ossia conclusosi mediante la semplice *conventio*, altrimenti chiamato anche *hypotheca*. Va pertanto evidenziato come presso il diritto romano fosse presente l'ipoteca (nonostante l'evidente radice greca del termine), pur nell'accezione appena indicata che non va quindi confusa con l'ipoteca moderna⁶⁰.

I diritti di garanzia, al centro della riflessione della dottrina, per gli indubbi profili attinenti alla teoria generale delle obbligazioni, sono sicuramente il pegno e l'ipoteca. Entrambi i diritti sono espressione, tendenzialmente, della volontà dei privati, a differenza di quanto accade per i privilegi che, invece, trovano nella fonte legislativa la radice della propria normativa ed entro il perimetro fissato dalla legge anche la possibilità che essi spieghino effetti.

Occorre distinguere due piani di lettura, quando si tratta dei diritti di garanzia. Si tratta, in particolare, di distinguere il piano del diritto attribuito dalla convenzione costitutiva a favore del creditore titolare dello stesso, ossia il vero e proprio diritto di preferenza, di cui all'art. 2741 c. 2 c.c., dal piano, invece, relativo al titolo costitutivo del diritto. Una tale distinzione, che appare intuitiva per qualsiasi fattispecie negoziale (si pensi alla proprietà di un bene che viene trasferita attraverso un contratto di vendita: nessuno tenderebbe a sovrapporre i piani del negozio di volontà che trasferisce il diritto, dal diritto trasferito), era poco chiara quanto ai diritti di garanzia, sotto il vigore del codice civile del 1865.

Il primo codice civile nazionale, era, infatti, decisamente equivoco sulle caratteristiche del diritto di pegno, in quanto separava la sua trattazione rispetto a quella delle altre cause di prelazione. Noto era, infatti, come il legislatore ottocentesco avesse inteso non tanto ricondurre il diritto di pegno all'interno delle cause di prelazione, bensì esporre solo la fonte volontaria, da cui il pegno avrebbe preso origine (artt. 1878 e ss. c.c. 1865). La sola riconduzione del pegno al contratto aveva, peraltro, indotto alcuni autori a interrogarsi sulla possibilità che il pegno potesse costituirsi mediante uno strumento negoziale differente dal contratto.

Il compilatore del 1942 ha invece voluto ricondurre, con l'avallo della prevalente dottrina che ha sottolineato la bontà di tale opzione di politica legislativa⁶¹, ad unità l'intera categoria dei diritti di prelazione spettanti al creditore, demandando all'autonomia privata, entro i limiti generali previsti dall'ordinamento, l'individuazione delle fonti di costituzione del diritto.

Giungendo, quindi, ad una breve analisi dei profili di teoria generale delle ipotesi di

60 DALLA – LAMBERTINI, *Istituzioni di diritto romano* cit., 301.

61 CICCARELLO, voce *Pegno (dir. priv.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXII, Milano, 1982, tratta dal sito internet <http://enciclopedia.giuffre.it/>

prelazione rappresentate dal pegno e dall'ipoteca, si deve sottolineare come entrambi i diritti siano informati al principio di specialità, secondo il quale la garanzia si estende solo ai beni specificamente individuati dalle parti, al momento della costituzione del diritto. Tale caratteristica tende sicuramente a distinguere pegno e ipoteca dai privilegi, in particolare dai privilegi generali. Questi ultimi, infatti, gravano su tutti i beni sui quali si estende il patrimonio del debitore (generalmente su tutti i beni mobili del debitore *ex art. 2746 c.c.*) e, anche a causa della mancanza di pubblicità che contraddistingue tale causa di prelazione, non seguono i beni vincolati in occasione della circolazione degli stessi. La specialità di pegno e ipoteca, invece, ha come conseguenza logica il diritto di seguito che spetta al creditore, in caso di alienazione dei beni gravati.

Nonostante ciò, va rimarcato che l'ipoteca, a differenza del pegno, in una chiave storica non è stata sempre contraddistinta dal rispetto del principio di specialità. Anteriormente alla grande stagione della codificazione napoleonica, infatti, presso le Corti che valutavano sulla base del diritto comune (ossia del c.d. *droit coutumier*), così come elaborato dalla scienza giuridica medievale e moderna fondata sul diritto romano, si era giunti alla conclusione che l'ipoteca fosse un diritto generale a favore del creditore sui beni del proprio debitore, essendo, quindi, da annoverare tra le forme generiche di garanzia del creditore. Tale caratteristica, sulla scorta dell'insegnamento di Pothier, venne completamente sovvertita all'indomani dell'emanazione del codice napoleonico che modellò il diritto di garanzia secondo le linee-guida che ne informano lo statuto giuridico, tuttora in vigore anche al giorno d'oggi. Come si analizzerà tra breve, la codificazione napoleonica fu, inoltre, centrale anche ai fini dei principi generali in tema di circolazione dei beni gravati dal vincolo ipotecario.

Nonostante ciò, con riferimento alla attuale normazione e soprattutto alla sua interpretazione assicurata dalla dottrina e dalla giurisprudenza, anche alla luce della pratica negoziale, emergono dei motivi di incrinamento della portata del principio di specialità, con riguardo al pegno. Come noto, infatti, in base alla regola generale, il pegno viene costituito su un bene specialmente individuato e, conseguentemente, la sua sostituzione con altro bene avrebbe effetti estintivi del precedente vincolo e di costituzione di un nuovo gravame che produrrà effetti al momento del nuovo spossessamento, con le inevitabili conseguenze in termini di revocabilità fallimentare e ordinaria. Tale principio è stato, tuttavia, sottoposto a critica con riferimento a quei beni (generalmente titoli o anche merci) che vengono trasferiti in garanzia, in favore delle banche. Queste ultime, da sempre molto attente nel tutelare le proprie posizioni creditorie, hanno predisposto una speciale clausola, in base alla quale la sostituzione dei beni costituiti in pegno non determina estinzione della garanzia originaria sotto nessun punto di vista. Si tratta della nota clausola di rotatività che prevede come, entro

i limiti di valore della originaria garanzia, la sostituzione dei beni offerti in garanzia lasci inalterati gli originari valori dell'operazione economica e l'unità formale della garanzia stessa. L'ammissibilità del patto di rotatività, perorata da autorevole dottrina⁶², anche se in contrasto con altri pareri altrettanto autorevoli⁶³ che non ritengono possibile un accordo privato che deroghi al disposto dell'art. 2787 c. 2 c.c., è stata sostenuta anche dalla giurisprudenza di legittimità⁶⁴, oltre che da quella di merito⁶⁵.

Per ritornare alla trattazione in parallelo di pegno e ipoteca, tali diritti divergono in maniera decisiva quanto a specifici aspetti del loro statuto.

Si procederà, quindi, ad analizzare brevemente tali caratteristiche.

Anzitutto, pegno e ipoteca divergono quanto ai beni sui quali si possono estendere. La *summa divisio* che si registra in materia sta sicuramente nella considerazione che i beni mobili sono capaci di pegno, mentre i beni immobili sono sottoposti a ipoteca. Tale distinzione incontra, tuttavia, delle precisazioni che debbono essere considerate alla luce del dato legislativo. Anzitutto, il pegno non necessariamente inerisce esclusivamente ai soli beni mobili. Mentre, sicuramente, non ha per oggetto immobili, tale diritto può estendersi anche a diritti non mobiliari e neppure dotati di corporeità: si pensi al pegno di crediti (art. 2800 e ss. c.c.), ovvero al pegno di titoli di credito (art. 1998 c.c.), di azioni (art. 2352 c.c.) o anche di quote di società a responsabilità limitata (art. 271 *bis* c.c.) e, secondo la teoria prevalente nella dottrina più recente anche di società di persone⁶⁶. L'ipoteca, invece, non è un diritto limitato ai soli immobili, in quanto, per espressa disposizione del codice (art. 2810 c.c.), anche le rendite dello Stato e i beni mobili soggetti a iscrizione in pubblici registri possono essere sottoposti a tale tipo di vincolo. Ancora, il pegno si attua mediante spossessamento della disponibilità del bene gravato da tale diritto e consegna dello stesso al creditore che sarà gravato da un generale dovere di custodia del bene pignorato e sarà, altresì, titolare del possesso sul bene pignorato, potendo anche fruire delle tutele riconosciute al possessore

62 E. GABRIELLI, *Garanzie rotative, garanzie fluttuanti e trust*, studio reperibile sul sito http://www.il-trust-in-italia.it/Relazioni/Congresso_2002/Gabriellidef.pdf

63 GAZZONI, *Manuale di diritto privato* cit., 663 – 664.

64 Cassazione, 5 marzo 2004, n. 4520 in *Il Fallimento*, 2005, 5, 547 secondo cui “il c.d. “pegno rotativo” - che si realizza quando, nella convenzione costitutiva della garanzia, le parti abbiano previsto la possibilità di sostituire i beni originariamente oggetto della garanzia medesima, sicché la sostituzione non determina effetti novativi sul rapporto iniziale - deve ritenersi legittimo a condizione che esso risulti da atto scritto avente data certa (da una convenzione, cioè, che preveda espressamente un siffatto meccanismo di sostituzione dei beni dati in pegno), che il bene originariamente oggetto del pegno sia stato consegnato al creditore pignoratizio, e che il bene offerto in sostituzione abbia un valore non superiore a quello del primo”.

65 Tribunale Milano, 27 settembre 2001 in *Gius*, 2002, 1303 e ss. ad avviso del quale “è valido ed opponibile ai terzi il cd. pegno rotativo, a condizione che la sostituzione, che deve avvenire entro i limiti di valore dei beni originariamente concessi in pegno, sia accompagnata dalla redazione di una scrittura privata di data certa contenente l'indicazione dei nuovi beni concessi in pegno”.

66 BOGGIALI- RUOTOLO, *Pegno su quota di società di persone*, Studio n. 152-2008/I approvato dalla Commissione Studi di Impresa del Consiglio Nazionale del Notariato il 19 marzo 2009 reperibile sul sito <http://www.notariato.it/primopiano/studi-materiali/studi-materiali/societa-persone/152I.pdf>

dalla legge⁶⁷ (cfr. art. 2789 c.c. che fa rinvio alle azioni possessorie, nonché all'esercizio della stessa azione di rivendicazione spettante al creditore pignoratizio nel caso in cui fosse legittimato all'esercizio di tale azione anche il debitore⁶⁸). In questo senso, perciò, il contratto che costituisce la garanzia pignoratizia non può che essere un contratto reale, informato al principio, eccezionale nel nostro ordinamento, di distinzione tra *titulus* e *modus acquirendi*. La regola generale dello spossessamento per perfezionare il pegno viene a essere sostituita, in taluni casi, a fronte di concrete esigenze di economia, da un'iscrizione su appositi registri dell'avvenuta costituzione del pegno e anche attraverso un'apposita segnalazione sulla cosa data in garanzia⁶⁹. Tale ultima caratteristica tipica di alcuni casi di costituzione del pegno denota un connotato consensualistico della garanzia così formata, in deroga, quindi, alla generale realtà che contraddistingue tale diritto. Va, tuttavia, rimarcato come il costante insegnamento della dottrina⁷⁰, spinto, è bene ricordarlo, da una netta contrarietà alla permanenza dei contratti reali considerati un residuo storico incompatibile con un moderno ordinamento post-industriale fondato sul principio *pacta sunt servanda*, sia favorevole all'ammissibilità di contratti consensuali paralleli a quelli reali, in modo tale che, accanto al contratto di pegno, reale, che si perfeziona con la consegna del bene, sia presente un corrispondente contratto consensuale di pegno, in modo tale che esso sia perfetto fin dal momento dello scambio dei consensi dei paciscenti, ai sensi dell'art. 1326 c.c., dovendosi agire, a cura del creditore, in caso di mancata consegna, direttamente per l'adempimento ovvero per la risoluzione del contratto, salvo il risarcimento del danno, il tutto ai sensi degli artt. 1453 e ss.⁷¹. A dire il vero, tale orientamento non è stato con

67 La dottrina attribuisce al creditore pignoratizio la stessa qualifica di possessore, trattandosi di un particolare possesso *nomine proprio*, con un particolare *animus possidendi* (GORLA – ZANELLI, *Del pegno Dell'ipoteca*, tratto dal *Commentario del codice civile* Scialoja – Branca, Bologna – Roma, 1992, 96).

68 Cfr. GORLA – ZANELLI, op. cit., 98 e ss. che evidenziano come il creditore pignoratizio, ai fini dell'esercizio dell'azione petitoria al medesimo riconosciuta dall'art. 2789 c.c., possa esercitare detta azione sul fondamento della proprietà del debitore e debba, perciò, soddisfare gli estremi probatori richiesti dalla normativa in questione. Secondo la dottrina da ultimo citata l'azione di rivendicazione attribuita al creditore pignoratizio è una speciale azione di surrogazione, tesa esclusivamente alla ricostituzione della garanzia di cui disponeva quest'ultimo.

69 Il riferimento è alla l. 24 luglio 1985 n. 401 recante "Norme sulla costituzione di pegno sui prosciutti a denominazione di origine tutelata".

70 FORCHIELLI, *I contratti reali*, Milano, 1952, 140 e ss.; MESSINEO, voce *Contratto (dir. priv. - teoria generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, vol. IX, 1961, tratta dal sito <http://enciclopedia.giuffre.it>. Secondo l'illustre autore, invero, "il contratto, senza consegna contestuale, non è più la figura tipica - ossia, di contratto nominato - contemplato dalla legge, bensì un contratto, lecito quanto si voglia, ma di struttura giuridica atipica, ossia un contratto innominato; con che, il problema se il mutuo tipico e gli altri contratti, aventi la medesima struttura sopra ricordata, possano essere anche consensuali, pur restando eguali a se stessi - viene ad essere eluso, poiché - nel modo ora detto - soltanto in apparenza, si avrebbe l'identico contratto. Invero, già per la circostanza che, nei due casi, la consegna gioca un ruolo diverso (elemento costitutivo, secondo la concezione tradizionale; fase esecutiva, secondo l'altra concezione), conduce a farne due figure strutturalmente diverse (e quindi autonome, l'una rispetto all'altra), sebbene sia identico il substrato economico".

71 È noto, infatti, che i contratti reali, in caso di mancata consegna del bene, non sortiscono effetti loro propri, quindi il creditore non avrebbe a sua disposizione le potenti azioni previste dalla legge, a seguito della conclusione di un contratto, potendo tutt'al più ottenere la più tenue tutela riconosciuta in tema di responsabilità precontrattuale, con conseguente liquidazione del danno, entro i limiti dell'interesse contrattuale negativo (artt. 1337 e 1338 c.c.).

entusiasmo dalla giurisprudenza⁷².

In una prospettiva comparatistica, si noterà come il pegno consensuale sia uno degli aspetti principali di intervento del legislatore francese, in sede di riforma delle garanzie reali (cfr. sezione quinta paragrafo 4).

La mera strumentalità del diritto di garanzia, così costituito in funzione della soddisfazione del creditore, emerge nel regime dei diritti spettanti al creditore sulla cosa data in pegno che, nella fase anteriore all'esecuzione forzata, sono sicuramente molto limitati. Il creditore, a norma di legge, è impossibilitato a disporre della cosa e non ne acquista la proprietà (art. 2792 c.c.), potendo solo fare propri gli eventuali frutti, naturali o civili, prodotti dalla cosa stessa, secondo i criteri di imputazione previsti dall'art. 2791 c.c.. Alla regola del mancato trasferimento della proprietà in favore del creditore pignoratizio delle cose date in pegno eccipisce tuttavia il pegno irregolare (cfr. la specifica ipotesi dell'art. 1851 c.c.), istituito che si perfeziona allorché la cosa data in pegno sia una somma di denaro o altre quantità di cose fungibili non individuate o delle quali è stata conferita al creditore la facoltà di disporre.

72 Il riferimento è alla sentenza della Cassazione, 28 maggio 1998 n. 5264 in *Notariato*, 1999, 3, 231, la quale pur chiamata a pronunciarsi sullo spinoso problema del pegno rotativo, si occupò di indagare la stessa liceità del contratto consensuale di pegno stabilito per atto privato, in deroga alla realtà di legge di tale tipo contrattuale. I giudici di legittimità così si espressero: i privati - se hanno il potere di determinare, entro i limiti posti dalla legge, il contenuto del contratto (anche eventualmente piegando gli schemi negoziali previsti dal legislatore alla realizzazione di finalità ulteriori rispetto a quelle che li caratterizzano) - non possono, invece, intervenire sulla disciplina dei suoi requisiti di validità e di efficacia, in quanto la predeterminazione delle condizioni cui è subordinata la ricezione, nella sfera del diritto, del regolamento da esse dato ai propri interessi (art. 1372 c. 1 c.c.) è sottratta al loro potere dispositivo. La possibilità di concludere contratti atipici (art. 1322 c. 2 c.c.) non contrasta con questa conclusione, poiché la distinzione per tipi è fondata sull'elemento funzionale, vale a dire sul "risultato pratico che le parti intendono perseguire" (Relazione al codice, 603), e non concerne gli aspetti strutturali, la cui regolamentazione è riservata al legislatore rispetto agli stessi contratti atipici (art. 1323 c.c.). Appare allora evidente che, contrariamente a quel che la ricorrente mostra di ritenere, non possa ammettersi che le parti, ove intendano concludere un contratto, come quello costitutivo del pegno, configurato dalla legge come contratto reale, abbiano la possibilità di optare per una sua versione "consensuale", che abbia effetti identici a quelli ricollegati dalla legge al contratto tipico. Ciò sarebbe possibile solo se la consegna della cosa, quale requisito di perfezionamento della fattispecie negoziale, avesse il rilievo di un naturale (e non di un essenziale) *negotii*. Ma tale opinione, per quanto autorevole, non può essere condivisa, non essendovi alcun elemento nella disciplina di tale categoria di contratti, dal quale possa trarsi il convincimento che la disposizione di legge (nel nostro caso l'art. 2786 c.c.) "elevano la consegna della cosa... al rango di elemento perfezionativo del contratto" abbia carattere suppletivo, e possa essere quindi derogata dalle parti. Sicché - anche a voler ammettere, in considerazione del principio stabilito dall'art. 1322 c. 2 c.c., la possibilità di versioni "consensuali" dei contratti "reali" specificamente disciplinati dal legislatore - deve riconoscersi che gli effetti del contratto "consensuale" non possono essere quelli del corrispondente contratto reale; anche perché la mancata consegna del bene al momento della conclusione del contratto fa sì che la realizzazione dell'interesse dell'*accipiens* non avvenga con il carattere di immediatezza proprio dei contratti reali, essendo subordinata all'adempimento della relativa obbligazione".

Non si può tacere che la sentenza, per quanto letteralmente sembri essere decisamente contraria alla liceità di simili accordi privati, in realtà non si discosti molto dall'insegnamento di Messineo che evidenziò come "nulla si opponga all'ammissione del contratto consensuale, parallelo al contratto reale: soltanto, che non potrà concepirsi il primo, quale semplice variante del secondo, poiché quest'ultimo è la figura legale e tipica (ed è la sola figura legale e tipica), nella quale, la consegna funge da elemento costitutivo mentre il primo sarà il prodotto di quel principio dell'autonomia negoziale, che la legge ammette; e, per esso, potrà prescindersi dalla consegna; ma, proprio per questo, non si avrà la figura medesima, che la legge contempla e regola direttamente, sì che si dovrà ricostruirne la disciplina, mediante l'impiego dei canoni, che presiedono alla materia del contratto innominato" (MESSINEO, voce *Contratto (dir. priv. - teoria generale)* cit.).

4.2 L'ipoteca

Nella disamina dei rapporti tra modificazioni soggettive del rapporto obbligatorio e garanzie reali si è accordata all'ipoteca una maggiore attenzione, in virtù della maggiore delicatezza che il settore immobiliare riveste nel bilancio di gran parte delle famiglie italiane, tradizionalmente sensibili al valore del bene-casa.

Il vincolo ipotecario, analogamente a quanto accade per il pegno, non si costituisce al momento dello scambio dei consensi tra il debitore (o il terzo datore di ipoteca) e il creditore ipotecario, in quanto la legge richiede un'ulteriore formalità, che rientra nella fattispecie costitutiva del diritto. Si tratta, più in particolare, dell'iscrizione del vincolo nei Registri Immobiliari (per l'ipoteca su immobili), nei Registri dei beni mobili registrati (navi, aeromobili, automobili), ovvero nel Gran Libro del Debito Pubblico (rendite dello Stato). Per quanto concerne gli immobili, che generalmente sono i beni sui quali si concentra l'analisi della dottrina sull'ipoteca, si evidenzia come l'iscrizione abbia effetti molto differenti rispetto alla trascrizione con la quale si rendono pubblici gli acquisti dei prevalenti diritti immobiliari. Se quest'ultima ha effetti meramente dichiarativi e oppositivi, concorrendo a rendere noto a chiunque l'acquisto di un determinato diritto, la prima ha effetti senz'altro costitutivi del diritto. Tuttavia, l'iscrizione del diritto ipotecario, per quanto aventi effetti sul diritto diversi rispetto alla trascrizione, è partecipante con quest'ultima del medesimo effetto oppositivo, basato sulla priorità della pubblicità, in base al quale non può avere effetto contro il trascrivente o l'iscrivente alcun'ulteriore pubblicizzazione di diritti sul medesimo bene, quantunque l'acquisto risalga a data anteriore (art. 2644 c.c.).

Per principio generale degli ordinamenti moderni, i beni gravati dall'ipoteca sono liberamente alienabili, essendo esclusivamente gravati da un vincolo che riguarderà tutti i successivi acquirenti del bene (anche gli eredi che, in deroga al principio della parziarietà passiva nella distribuzione interna del pagamento dei debiti ereditari, saranno ipotecariamente onerati per l'intero individualmente, *ex art. 754 c.c.*). È stato osservato, in una chiave ricostruttiva storica, che originariamente il diritto di ipoteca, formatosi in ambito greco, era destinato unicamente alla soddisfazione del creditore che aveva il diritto di alienare il bene su cui gravava il vincolo che, conseguentemente, veniva ad essere sottratto dalla commerciabilità da parte del debitore, pendente il rapporto obbligatorio con il creditore. In sostanza, l'ipoteca di origine orientale era fonte di uno *ius vendendi* a favore del creditore garantito dall'inalienabilità della cosa, per cui si poteva perseguire la cosa anche

nelle mani dell'acquirente non divenuto proprietario⁷³. La caratteristica appena descritta dell'ipoteca "greca" venne mantenuta anche nell'antico diritto germanico e confermato anche presso i territori del Regno di Francia, rientranti tra i *pays de nantissement* (si tratta dei territori presso i quali più forte era l'influenza del diritto barbarico).

Tale opzione di politica legislativa non poteva essere coerente con la filosofia di certi ordinamenti, come quelli contemporanei, presso i quali l'esigenza di pronta e rapida circolazione della ricchezza cozzava in modo evidente con tale vincolo giuridico.

Fu il codice napoleonico, alla luce degli insegnamenti di Robert Joseph Pothier, a elaborare una nuova regolazione degli effetti dell'iscrizione dell'ipoteca sui beni immobili. In pratica, si sostenne che l'ipoteca avrebbe dovuto fungere da mero vincolo reale che, analogamente a quanto accade per gli altri diritti reali pur se di godimento, avrebbe seguito il bene vincolato in caso di trasferimento dell'immobile, essendo il vincolo, anche grazie ai principi generali in tema di pubblicità immobiliare, opponibile nei confronti di chiunque.

Analogamente a quanto accade per il pegno, anche l'ipoteca concreta un vero e proprio diritto reale, dotato dei requisiti di inerenza, immediatezza e opponibilità *erga omnes* validi per qualsiasi diritto su *res*. Esso però è contraddistinto da una serie di peculiarità che lo rendono distinto dagli altri diritti reali, in quanto non può costituirsi mediante usucapione, non essendo, peraltro, neppure capace di possesso.

Che la tematica delle garanzie reali immobiliari abbia un'importanza fondamentale nell'economia moderna non è necessario sottolinearlo. Sono recenti (e tuttora vive nell'odierna fase di contrazione della ricchezza prodotta specialmente nei Paesi occidentali) le ferite inferte alla sicurezza delle contrattazioni dalle insolvenze legate all'acquisto degli immobili. In un'economia come quella italiana, in cui i risparmi dei cittadini (la cui tutela è, peraltro, dotata di doverosa copertura costituzionale *ex art. 47 Cost.*) sono prevalentemente investiti nell'acquisto di una casa di abitazione, piuttosto che nell'investimento in strumenti finanziari, come, invece, accade in modo più massiccio presso altre società vicine alla nostra, si può ben comprendere come il diritto immobiliare e anche quello ipotecario svolga ancora una funzione di traino dell'economia. Non ci deve perciò stupire se gli sforzi del legislatore (in particolare quello "liberalizzatore" del 2007, con i successivi sviluppi che esso ha comportato) si siano protesi nel senso di rendere, da un lato, più accessibile il ricorso al mercato del credito e, dall'altro, di impedire, attraverso il potenziamento del lavoro svolto dai professionisti a ciò abilitati (il notaio, su tutti), quelle frodi ipotecarie che hanno pesantemente contribuito a quei fenomeni distorsivi, specie negli ordinamenti anglosassoni, che hanno inciso a fondo e negativamente sull'economia generale. Dall'altro

73 GORLA-ZANELLI, *Del pegno e dell'ipoteca cit.*, 171.

lato, si è cercato di semplificare le cancellazioni ipotecarie attraverso strumenti più rapidi, e tendenzialmente privatistici, come le comunicazioni bancarie ai Registri Immobiliari (art. 13 cc. 8 *sexies* d.l. 7/2007 conv. l. 40/2007, ora art. 40 *bis* TUB).

Alla luce di tutto ciò, non possono non essere prese in considerazione nella loro viva attualità le parole di Raymond-Théodore Troplong secondo cui “la materia delle ipoteche è senza dubbio la più rilevante di tutte quelle che debbono contenersi in un Codice civile. Essa è di grave interesse per le sostanze mobili ed immobili di tutti i cittadini, ed è quella alla quale tutte le transazioni sociali si rannodano. Secondoché verrà trattata, essa darà la vita ed il movimento al credito pubblico e privato o ne sarà la tomba. [...] Il sistema ipotecario sarà sempre la parte più difficile del Codice civile, perché smuove i più copiosi ed i più gravi interessi, mette in conflitto i diritti che sono nel tempo medesimo più opposti e più degni di favore; ed il legislatore mancherebbe alla sua missione se, in grazia di una semplicità sistematica, egli li sottoponesse ad un giogo assoluto, piuttosto che conciliarli con temperamenti opportuni, a rischio di sacrificare la semplicità alla giustizia civile”⁷⁴. A conferma ulteriore di tale assunto non si può fare a meno di notare come il legislatore del '42, in ciò fedele all'esempio del precedente codice del 1865, abbia dedicato alla normazione dell'ipoteca una considerevole mole di articoli (circa 90, grosso modo lo stesso numero di articoli dedicati dal codice precedente).

Per entrare nel vivo della trattazione della garanzia ipotecaria, occorre distinguere tra il diritto di ipoteca e la fonte dello stesso. Se nel pegno è sicuramente prevalente la fonte volontaria contrattuale (reale) che costituisce il diritto, pur non essendo sconosciute a detta della dottrina alcune forme di pegno legale⁷⁵, l'ipoteca è costituita da tre diverse fonti che ne determinano la costituzione. Si tratta, in particolare, dell'ipoteca legale, giudiziale e volontaria. Le prime due vengono più correttamente ricondotte ad un unico genere, sovraordinato, di ipoteca costituite per imperio del legislatore. A ben vedere, a denotare un elemento di differenza è la presenza, nella seconda ipoteca, di un titolo giudiziale di condanna a una determinata prestazione, da cui il creditore acquisisce il diritto all'iscrizione del gravame sull'immobile del debitore. Entrambe, quindi, prescindono da una collaborazione del debitore nell'acquisizione del consenso necessario all'iscrizione ipotecaria, consenso invece sicuramente richiesto per l'ipoteca volontaria. L'ipoteca volontaria può avere quale fonte un contratto ovvero un atto unilaterale del debitore (art. 2821 c.c.)⁷⁶.

74 TROPLONG, *Il diritto civile spiegato secondo l'ordine degli articoli del codice dal titolo della vendita in poi – dei privilegi e delle ipoteche ovvero Commentario del titolo XVIII del Libro III del codice civile*, Livorno, 1836, prefazione, p. 1., col. II.

75 CICCARELLO, voce *Pegno (dir. priv.)* cit., *contra* GORLA-ZANELLI, *Del pegno e dell'ipoteca* cit., 52.

76 In questo senso, cfr. Cassazione, 14 ottobre 2005 n. 19963 in *Massimario Giurisprudenza Italiana* 2005 che ha

A norma del secondo capoverso della predetta norma codicistica, l'ipoteca non può essere costituita mediante disposizione testamentaria. La dottrina che si è occupata specificamente della questione ha evidenziato come la *ratio* della norma sia da individuare nella volontà di preservare il principio della *par condicio creditorum* tra coloro che abbiano ragioni di credito nei confronti del defunto al quale, conseguentemente, viene impedita la possibilità di modificare una situazione di parità già raggiunta, consentendo, ad esempio, che un determinato creditore della massa ereditaria possa conseguire un privilegio fondato sul mero capriccio o sulla mera simpatia da parte del comune debitore verso uno dei creditori⁷⁷. Tale disposizione, secondo la prevalente dottrina, non impedisce che il testatore-debitore possa imporre, attraverso un onere ovvero attraverso un legato c.d. obbligatorio⁷⁸, a carico degli eredi o di uno solo di essi, l'obbligo di concludere un negozio unilaterale ovvero un contratto (entrambi, chiaramente, sarebbero la fonte del diritto di garanzia) costitutivo dell'ipoteca a favore di uno dei suoi creditori. Si sottolinea, infatti, che in questo modo non si lederebbe nel modo occulto e con sorpresa dei creditori la *par condicio*, come invece nell'ipotesi della costituzione testamentaria del diritto. L'ipoteca, infatti, troverebbe solo una fonte indirettamente testamentaria, mentre il negozio costitutivo della stessa sarebbe *inter vivos*, con pieno rispetto, quindi, del disposto dell'art. 2821 c. 1 c.c.. A detta di autorevole, ma minoritaria dottrina⁷⁹, una tale impostazione del problema consentirebbe di predisporre facili aggiramenti del divieto, giungendo in modo indiretto allo stesso risultato vietato dalla legge, ricalcando fedelmente lo schema della frode alla legge, vietato dall'art. 1344 c.c.⁸⁰.

statuito come "l'atto costitutivo d'ipoteca si configuri ordinariamente come negozio unilaterale, potendo constare anche della sola volontà del concedente, senza che vi sia bisogno, per la nascita del vincolo, dell'accettazione del creditore, la quale fa invece assumere al negozio struttura contrattuale, come risultante di un accordo bilaterale tra concedente e beneficiario; in ogni caso, il rapporto che ne deriva intercorre esclusivamente tra il creditore ed il datore d'ipoteca, ed il debitore ne è parte esclusivamente nell'ipotesi in cui abbia concesso ipoteca su un bene che gli appartiene, mentre vi rimane estraneo nell'ipotesi in cui l'ipoteca sia stata data da un terzo; in quest'ultimo caso, benché il rapporto si richiami all'obbligazione principale e sia stato costituito con riferimento alla sua persona, il debitore non assume la posizione di litisconsorte necessario nel giudizio avente ad oggetto l'azione revocatoria proposta nei confronti dell'atto costitutivo d'ipoteca, che dev'essere promosso esclusivamente nei confronti delle parti del rapporto ipotecario, le sole aventi interesse alla conservazione dell'efficacia della garanzia".

77 GORLA – ZANELLI, *Del pegno e dell'ipoteca* cit., 292.

78 Non è questa, ovviamente, la sede per indagare sulla distinzione tra la figura dell'onere testamentario, o come viene definito per evitare equivoci *modus*, e quella del legato. Sia sufficiente riassumere i termini del dibattito tra coloro che ritengono che il *modus* sia un'attribuzione a favore di persona non determinata, mentre la determinatezza della persona del legatario sarebbe un requisito essenziale della disposizione a titolo particolare (è questa la tesi prevalente in dottrina); e coloro che, al contrario, sono dell'avviso che il legato sia una disposizione immediata a favore di un soggetto che concreta un acquisto di questi direttamente a titolo derivativo dal defunto, mentre il *modus* integrerebbe un acquisto indiretto, in cui il dante causa sarebbe lo stesso onerato (questa è la tesi prevalente in giurisprudenza). Per i termini della questione si rimanda a CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., 490 e ss..

79 D. RUBINO, *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1956, 239.

80 Cfr. in generale sulla frode alla legge, in dottrina G. GIACOBBE, voce "*Frode alla legge*" in *Enciclopedia del diritto*, vol. XVIII, Milano, 1969, reperibile sul sito <http://enciclopedia.giuffre.it> e in giurisprudenza su tutte la sentenza della Cassazione 26 gennaio 2010 n. 1523 in *Foro Italiano*, 2010, 10, 1, 2825 ad avviso della quale "la peculiarità del contratto in frode alla legge, di cui all'art. 1344 cod. civ, consiste nel fatto che gli stipulanti raggiungono, attraverso gli accordi contrattuali, il medesimo risultato vietato dalla legge, con la conseguenza che, nonostante il mezzo impiegato

L'orientamento così esposto è stato tuttavia criticato, in quanto contrastante con il principio generale per il quale le norme di divieto, quale è quella sul divieto testamentario di costituzione testamentaria dell'ipoteca, non possono essere applicate analogicamente a fattispecie congruenti, in quanto le limitazioni all'autonomia privata debbono essere tassative.

Dall'analisi della normativa in tema di costituzione di diritti reali di garanzia emerge come la legge vieti solo l'ipoteca testamentaria, mentre tace sulla possibilità di costituire mediante negozio di ultima volontà il simile diritto di garanzia del pegno. Anche in questo caso la dottrina si è divisa in due orientamenti interpretativi contrapposti. Da un lato, si evidenzia come la costituzione testamentaria del pegno, se consentita, altererebbe la *par condicio creditorum* esattamente come per l'ipoteca⁸¹. Altri autori, ancora, ritengono che la costituzione del pegno possa trovare fonte nel negozio testamentario: per alcuni, però, si tratterebbe solo di una fonte indiretta, dovendosi sempre demandare a un negozio di adempimento successivo ad opera dell'onere la concreta attuazione dell'obbligo in questione, sul modello di quanto già evidenziato relativamente all'ipoteca⁸²; altri, aderendo a una tesi più liberale, ritengono che, alla luce del divieto di applicazione analogica delle norme di divieto, sia possibile direttamente ad opera del testatore costituire con propria disposizione il pegno, essendo demandato esclusivamente agli eredi la dazione della cosa individuata come pegno al creditore prescelto⁸³.

Una caratteristica essenziale distingue, tuttavia, i diritti reali di garanzia (pegno e ipoteca) dai diritti reali di godimento. Si tratta, in particolare, della inammissibilità di un'autonoma alienazione del diritto di garanzia, rispetto al credito cui afferisce. In ciò si esalta la funzione economico-sociale stessa della garanzia reale, ossia l'assoluta strumentalità rispetto al credito. Ai sensi dell'art. 1263 c.c., infatti, essa può circolare esclusivamente come mero accessorio del credito, in quanto è un diritto non dotato di un'autonoma pretesa da parte dei terzi. Il principio si ricava *a contrariis* dall'art. 2878 n. 3 c.c. che annovera, fra le cause estintive dell'ipoteca, l'estinzione del credito garantito. Se si consentisse la libera circolazione dell'ipoteca, separatamente dal credito, potrebbe anche dissociarsi la vita dell'ipoteca rispetto a quella del credito cui attiene. Nondimeno tale principio, per quanto considerato immanente alla stessa natura giuridica dell'ipoteca e alla sua accessorialità al credito, è stato posto in discussione da una parte della dottrina più moderna. Il ragionamento

sia lecito, è illecito il risultato che attraverso l'abuso del mezzo e la distorsione della sua funzione ordinaria si vuole in concreto realizzare”.

81 BONILINI, *Autonomia testamentaria e legati: i legati così detti atipici*, Milano, 1990, 132.

82 GORLA – ZANELLI, *Del pegno e dell'ipoteca* cit., 53.

83 D. RUBINO, *La responsabilità patrimoniale – Il pegno*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Vassalli, Torino, 1956, nota 45.

di chi sostiene che l'accessorietà sia principio non essenziale all'ipoteca, ma solo naturale, prende le mosse dalla concezione realistica della garanzia, esaltandone le somiglianze con i diritti reali di godimento e con i principi che reggono queste posizioni giuridiche soggettive. Inoltre, si sottolinea come le esigenze di flessibilità del sistema ipotecario e del mercato delle garanzie, essenziali per lo sviluppo economico del settore, debbono spingere ad una soluzione il più possibile avanzata sulla liceità della circolazione dell'ipoteca separatamente rispetto al credito che garantisce. Nello specifico, vietare l'autonoma disposizione avrebbe effetti nefasti sulla concessione di ulteriore credito, anche in favore del creditore garantito che, bisognoso a sua volta di un finanziamento, non potrebbe offrire in subipoteca la propria garanzia reale, essendo, invece, specularmente rafforzato il mercato del credito, nel caso in cui sia più flessibile il mercato delle ipoteche⁸⁴.

Il silenzio che il legislatore riserva alla possibile autonoma circolazione dell'ipoteca rispetto al credito viene, quindi, inteso come inammissibilità di tale fattispecie. L'art. 2843 c.c., infatti, nell'ammettere (e regolare espressamente) un elenco di atti da annotare a margine dell'iscrizione non fa cenno alla disposizione della sola ipoteca, bensì solo dei gradi ipotecari, attraverso specifiche pratiche negoziali (es. permuta, postergazione, posposizione ecc. del grado) il cui obiettivo principale consiste nella protezione di coloro che sono titolari di un diritto di garanzia intermedio rispetto a coloro che concludono una determinata operazione negoziale.

Una possibile svolta in favore di una massiccia *deregulation* in tema di ipoteca e di accessorietà della stessa rispetto al credito è oggetto della quinta sezione del presente lavoro, in cui si presenteranno le varie posizioni espresse in dottrina sul punto. In chiave comparistica, una particolare attenzione si riserverà ai vicini ordinamenti tedesco e, soprattutto, francese, investito nel 2006 da un'importante riforma del sistema civilistico delle garanzie reali. Al momento si deve sottolineare come tale riforma, mediante l'introduzione della c.d. ipoteca ricaricabile, abbia posto le fondamenta per un complessivo nuovo diritto ipotecario, più prossimo alle esigenze di pronto smobilizzo e realizzo delle garanzie.

In questa sede, giova preannunciare come la soluzione proposta da una parte della dottrina di abbandonare o limitare il dogma dell'accessorietà non può essere trasferita in modo acritico nell'ordinamento italiano.

De iure condito, il trasferimento dell'ipoteca in favore di un soggetto che non è creditore (in questo caso la stipulazione non potrebbe avere per oggetto il diritto reale di garanzia dell'ipoteca, bensì più limitatamente una pattuizione meramente obbligatoria con la quale il

84 CHIANALE, *L'ipoteca*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco – *I diritti reali* vol. VI, Torino, 2010, 318.

creditore garantito si impegni a versare in favore del terzo quanto ricavato dall'espropriazione dell'immobile), pare inammissibile anche nell'ipotesi in cui l'acquirente della sola ipoteca fosse un creditore chirografario del debitore gravato dall'ipoteca. Il principio di accessorietà si fonda su una consolidata tradizione giuridica⁸⁵, cui non sono estranei motivi di tutela del debitore, quali l'interesse ad estinguere proprio quel credito, a preferenza magari di altri proprio perché trattasi di credito garantito⁸⁶.

De iure condendo, si vedrà nella quinta sezione del presente lavoro, come questa opzione riformatrice pare ricca di incognite e di rischi, legati a un'eccessiva valorizzazione dell'autonomia privata che, come insegna l'esperienza di questi anni, può condurre nello strategico settore delle garanzie immobiliari a conseguenze drammatiche per l'economia globale.

4.3 L'annotazione in margine all'iscrizione ipotecaria ex art. 2843 c.c.

Prima di trattare delle modalità formali, mediante le quali procedere a rendere pubbliche le modifiche della titolarità dell'ipoteca, appare necessario procedere a un'ampia digressione, che sembra coerente con l'economia della presente dissertazione e con l'argomento della modificazione soggettiva del rapporto obbligatorio, in tema di natura giuridica dell'annotazione e di negozi giuridici che sono sottoposti a tale onere formale.

L'annotazione dell'ipoteca, istituto normato dal libro VI codice civile, è espressamente prevista dall'art. 2843 c.c.. In dottrina si è evidenziato come la norma in rilievo, nel contemplare le fattispecie che danno luogo a tale formalità pubblicitaria, costituisca una sorta di catalogo aperto, che deve essere riempito, in parallelo a quanto accade per la trascrizione con la norma di salvaguardia di cui all'art. 2645 c.c., con tutte quelle fattispecie che sortiscono un effetto simile a quello indicato dalla norma in oggetto. Si tratta, quindi, di rendere pubblici tutti i trasferimenti tra vivi, qualunque sia lo strumento tecnico all'uopo impiegato, che coinvolgono il credito ipotecario⁸⁷.

85 GORLA – ZANELLI, *Del pegno delle ipoteche* cit., *ibidem*.

86 Ancora, pur se in termini dubitativi, GORLA – ZANELLI, *Del pegno delle ipoteche* cit., *ibidem*, i quali sottolineano come una tale preoccupazione non possa trovare una valida ragione giuridica, in quanto la cessione della sola ipoteca a un creditore chirografario non potrebbe pregiudicare affatto il debitore, in quanto essa avverrebbe pur nell'ambito della somma presa a garanzia del debito originario e perché il debitore potrebbe ugualmente opporre al cessionario della garanzia reale tutte le eccezioni relative sia al credito sia all'ipoteca.

87 BOERO, *Le ipoteche*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale* a cura di Bigiavi, Torino, 1999, 142.

Dal punto di vista della storia del diritto, occorre sottolineare che solo in epoca contemporanea, ossia con il codice civile vigente, si è avuta, nel nostro ordinamento, una regolazione più completa della pubblicità delle vicende secondarie dell'ipoteca, aventi per oggetto naturalmente il credito ipotecario, stante, come già sottolineato, l'inalienabilità in sé del diritto di ipoteca a causa della sua natura meramente strumentale.

Sulla scia dell'ordinamento francese, che, nella versione originaria del *code Napoléon*, non comprendeva un onere pubblicitario analogo a quello dell'annotazione⁸⁸, l'art. 1994 c.c. 1865 prevede l'annotazione di talune vicende traslative del credito ipotecario, annotazione sì facoltativa (si noti l'impiego del servile “può” invece che il “si deve” di cui all'art. 2843 c.c. vigente), ma che aveva l'importante effetto di rendere necessario il consenso del soggetto subentrato nella garanzia al fine della cancellazione della medesima.

L'art. 2843 c.c. disciplina perciò un istituto, la cui funzione è quella di regolare la contrattazione relativa all'ipoteca e al credito da essa garantito e di disciplinare in modo preciso i soggetti deputati alla prestazione dei consensi, necessari per la cancellazione del vincolo e per inviare la corrispondenza e le comunicazioni all'effettivo creditore ipotecario. Molto si discute in dottrina circa gli effetti sostanziali che l'annotazione svolge in confronto alle fattispecie negoziali che ne giustificano l'adozione. A fronte di taluni autorevoli voci che assegnano all'annotazione risvolti sostanziali in merito al credito ipotecario acquisito⁸⁹, prevale l'opinione per la quale l'annotazione svolge solo un ruolo limitato al trasferimento dell'ipoteca e che, soprattutto, non abbia la funzione di dirimere alcun tipo di conflitto tra più acquirenti di un diritto di credito, in quanto essi sono regolati dalle norme sostanziali, relative al negozio di cessione della posizione giuridica soggettiva garantita dal vincolo reale⁹⁰. Sempre in questo senso va interpretata la generale efficacia costitutiva dell'annotazione⁹¹ che deve essere correttamente intesa, secondo l'orientamento prevalente, nel senso che tale valore costitutivo debba essere rivolto effettivamente nei confronti dei soli

88 I termini della questione sono esposti da CHIANALE, *L'ipoteca* cit., 97 e ss., il quale evidenzia come fu una sentenza della *Cour de Cassation* 5 settembre 1813 a dare il via alla riflessione su forme di integrazione della pubblicità costitutiva del diritto ipotecario, in quanto tale pronunciato considerò valida la cancellazione di un'ipoteca assentita dal creditore originario che aveva proceduto, in mancanza di evidenziazione della vicenda traslativa del credito nei Registri Immobiliari, a dare il consenso alla cancellazione, nonostante l'avvenuto trasferimento dell'ipoteca. Fu l'autorevole dottrina d'Oltralpe, nella persona in particolare di Troplong, il quale lamentò le lacune del codice e suggerì un'interpretazione estensiva della legge, in modo tale che si superasse questo inconveniente, al fine di rendere pubblico, per una migliore sicurezza dei traffici commerciali, ogni vicenda traslativa del credito. Il legislatore transalpino recepì in gran parte gli auspici della dottrina con la riforma del 1955 che riformò l'art. 2149 c.c. (ora art. 2430 c.c.).

89 D. RUBINO, *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1956, 38.

90 CHIANALE, *L'ipoteca* cit., 97 e ss.; RAVAZZONI, *Tutela dei diritti* 2, in *Trattato di diritto privato* a cura di Rescigno vol. XX, Torino, 1998, 75.

91 In giurisprudenza cfr. Cassazione 7 maggio 1992 n. 5420 in *Giurisprudenza Italiana*, 1993, I, 1, 84 secondo la quale “l'annotazione della trasmissione dell'ipoteca a seguito di trasferimento del credito garantito, ha carattere costitutivo, rappresentando un elemento integrativo indispensabile della trasmissione medesima”. Nel medesimo senso anche Cassazione 12 settembre 1997 n. 9023 in *Vita Notarile*, 1998, 929 e Cassazione 21 marzo 2003, n. 4137 in *Archivio Civile*, 2004, 131.

terzi, non già nei confronti delle parti del negozio di trasferimento del credito ipotecario, concretando pertanto una vera e propria fattispecie di piena dichiaratività dell'onere pubblicitario⁹². Entro questo quadro dogmatico, vanno perciò lette tutte quelle sentenze di legittimità che si limitano a formulare una definizione meramente descrittiva, in termini di costitutività dell'efficacia dell'annotazione; esse infatti fanno, in concreto, riferimento ai rapporti coi terzi e non già tra le parti del negozio o della fattispecie che sortisce effetti sul credito garantito.

Nel corso del presente lavoro (in particolare nella quarta sezione paragrafo 7 e nella quinta sezione paragrafo 5, in sede di proposte di riforme del diritto ipotecario italiano), si noterà come il riconoscere generale efficacia costitutiva a siffatta annotazione dia luogo a rischi di non poco momento, in sede di circolazione del credito, comportando incertezze rilevanti a carico del creditore subentrante.

L'ultimo comma dell'art. 2843 c.c. disciplina le modalità con le quali si pone in essere l'annotazione. È generale convincimento quello per il quale la fattispecie sia decisamente incompleta, in quanto limitata alle sole fattispecie negoziali di trasferimento del credito, mentre rimarrebbero escluse le fattispecie non negoziali, quali quelle fondate su un titolo giudiziario ovvero su situazioni di fatto, riconducibili indirettamente a fattispecie negoziali. Nonostante ciò, occorre sottolineare che, per quanto la disposizione in oggetto faccia riferimento eminentemente a un atto di contrattazione privata stipulato mediante le forme richieste dalla norma, non si può tuttavia ritenere che siano esclusi gli atti giudiziari, in quanto anch'essi capaci di modificare la persona titolare del credito (si pensi all'ordinanza del giudice dell'esecuzione che assegna al creditore procedente il credito ipotecario, *ex art. 553 c.p.c.*), dotati di una forma pubblica e, quindi, definitivamente idonei ad essere titolo per l'annotazione, analogamente a quanto accade per la trascrizione, ai sensi dell'art. 2657 c.c..

Maggiori problemi, come si diceva, si pongono nel caso in cui mancassero titoli o atti negoziali da cui ricavare la negoziazione del credito ipotecario. In questo caso, si ritiene di ovviare mediante una sentenza accertativa del trasferimento della titolarità ovvero mediante un negozio ricognitivo, dotato della forma specifica prescritta dalla legge ai fini dell'annotazione⁹³.

92 CHIANALE, *L'ipoteca cit.*, 100.

93 CHIANALE, *L'ipoteca cit.*, 105.

4.4 L'accessorietà della garanzia reale rispetto al credito

L'ordinamento giuridico italiano, a differenza del B.G.B., è informato al principio della causalità. Non è questa la sede per approfondire tale ostico argomento, che rappresenta sicuramente una delle materie più complesse dell'intero diritto contrattuale. Che si tratti di un requisito del contratto, nonostante le tesi anticausalistiche che, influenzate dal dettato del prestigioso codice germanico⁹⁴, si sono ugualmente sviluppate in Italia, non pare si possa dubitare, alla luce del dato normativo che non lascia spazio a particolari dubbi (art. 1325 n. 2 c.c.). È, tuttavia, demandato agli interpretati l'elaborazione di una definizione di causa, il più possibile aderente alle indicazioni deducibili dall'ordinamento. Senza pretesa di esaustività, data la complessità della materia, non si può negare come, nei più recenti sviluppi dell'analisi dogmatica dell'argomento, il dibattito si sia concentrato tra quelle teorie, più tradizionali, che esaltavano l'aspetto oggettivo dell'elemento causale e le contrapposte teorie soggettive o dell'interesse concreto sotteso.

Le prime tesi, formulate sull'onda del pensiero del giurista che massimamente si era impegnato nell'opera di socializzazione e funzionalizzazione del diritto privato, nell'ambito dell'economia generale, parlano di causa come di funzione economico-sociale⁹⁵ dell'atto di volontà. Come si esprime la stessa relazione al codice civile, la causa altro non è che la “giustificazione della tutela dell'autonomia privata” (Relazione al codice civile nn. 8, 79), “un vincolo al potere della volontà individuale” (Relazione al codice civile nn. 193, 194).

Le seconde, sicuramente dominanti nella dottrina più recente⁹⁶, impostano la ricerca della causa del contratto, nelle ragioni pratiche determinanti la volontà che i contraenti hanno inteso esprimere nel momento della conclusione del contratto. Tale ricerca, da un lato rifiuta l'impostazione soggettiva classica del problema causalistico che collegava la causa del contratto ai motivi che avevano spinto le parti a concludere quel determinato accordo⁹⁷, dall'altro ha spinto ad oggettivizzare il volere delle parti, rintracciando la causa nell'interesse che l'operazione contrattuale è diretta a soddisfare. Questo orientamento è stato recepito dalla giurisprudenza, in modo convinto, a partire dal 2006⁹⁸.

94 Nell'elaborazione dei giurisperiti tedeschi, tuttavia, non manca un riferimento costante al concetto di causa, anzi esso viene utilizzato al fine di distinguere tra i contratti meramente obbligatori e quelli di trasferimento dei diritti, i cui ultimi hanno causa nel rapporto sottostante, ma sono astratti in quanto si perfezionano a prescindere dalla causa; nei primi, invece, la causa viene identificata esattamente nello scopo pratico avuto di mira dalle parti nella conclusione del contratto.

95 BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico* cit.; nello stesso senso cfr. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, Vol. II, Padova, 2010, 206 e ss..

96 BIANCA, *Diritto civile 3 Il contratto*, Milano, 2000, 447 e ss..

97 È la tesi prevalente nella dottrina francese tradizionale (CAPITANT, *De la cause des obligations*, Parigi, 1927, 19).

98 Cassazione 8 maggio 2006 n. 10490 in *Nuova Giurisprudenza Civile*, 2007, 3, 1, 299 “causa del contratto è lo scopo pratico del negozio, la sintesi, cioè, degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare (c.d. causa concreta), quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato”.

Anche la concessione di una garanzia reale, pertanto, non è sottratta alla giustificazione causale, tipica di qualsiasi contratto o negozio giuridico, anche unilaterale. Essa viene a essere direttamente collegata con l'esistenza di una ragione di credito che funge da presupposto alla costituzione di una garanzia sul medesimo. In sostanza, il principio causalistico, nell'ambito delle garanzie reali, si collega al necessario requisito dell'accessorietà. Non si può avere un diritto reale di garanzia senza il credito che esso è chiamato a garantire. Tale principio ha come conseguenza la nullità, per mancanza di causa (naturalmente da definirsi come assenza della giustificazione all'esercizio dell'autonomia privata ovvero come mancanza di interesse meritevole di tutela, a seconda dell'adesione alla teoria oggettiva della causa in astratto, o a quella della ragione pratica della causa), del negozio costitutivo del vincolo, nel caso in cui mancasse sia *ab origine*, o venisse dichiarato invalido successivamente, il titolo da cui si era originato il credito. Il principio, oltre che conformare la costituzione dei diritti reali di garanzia, è applicabile anche alle garanzie personali, come ad esempio la fideiussione. È soprattutto con riferimento a tali forme di garanzia che si sono evidenziate, in tutta la loro rilevanza, le differenze tra gli ordinamenti causalistici e quegli ordinamenti, come quello tedesco, che invece prescindono da tale requisito del negozio giuridico. Non solo, è proprio la letteratura, sviluppatasi in seno alla teoria delle garanzie personali, che, sull'onda di quel fenomeno giuridico che prende il nome di *shopping* dell'ordinamento (prodotto complesso del fenomeno economico e sociale che prende il nome di globalizzazione dei sistemi economici), fenomeno peraltro accentuato dalla formazione di organismi sovranazionali o internazionali che stanno ponendo in seria discussione lo stesso dogma della statualità (e parlamentarizzazione) del diritto, ha prodotto un risultato ulteriore, denso di implicazioni generali. Lo studio delle garanzie personali astratte derivanti dall'ordinamento tedesco, su tutte il c.d. *Garantievertrag* (contratto autonomo di garanzia), ha spinto la prassi commerciale, in special luogo quella bancaria, a utilizzare lo schema contrattuale predetto anche per operazioni di credito in Italia⁹⁹, dove *prima facie* tale negozio pareva contrastare con il dogma causale. Nonostante ciò, il negozio ha ottenuto il pieno avallo della giurisprudenza¹⁰⁰, costituendo anche nel nostro ordinamento un potente strumento di tutela del credito. Tale trapianto di un istituto alieno rispetto al

99 In sintesi e per grandi linee, il contratto autonomo di garanzia è una garanzia personale atipica, in virtù della quale il garante (generalmente una banca) rinuncia a sollevare qualsiasi tipo di eccezione relativa al sottostante rapporto di credito nei confronti del creditore, in modo tale che, in caso di pagamento non dovuto, sia il debitore a dovere agire con l'azione di indebito oggettivo nei confronti del creditore che ha ricevuto il pagamento.

100 Per la giurisprudenza di legittimità cfr. Cassazione Sezioni Unite 1 ottobre 1987, n. 7341 in *Giurisprudenza Italiana*, 1988, I, 1, 27 e da ultimo, anche con riferimento ai profili di differenza con la polizza fideiussoria e con la fideiussione a prima richiesta e rimossa ogni eccezione, cfr. Cassazione Sezioni Unite 18 febbraio 2010, n. 3947 in *Notariato*, 2010, 4, 365. La giurisprudenza di merito è anch'essa concorde nel ritenere pienamente ammissibile, pur nell'atipicità della causa di tale accordo autonomo di garanzia, cfr. in questo senso Tribunale Milano, 25 settembre 1978 in *Banca borsa titoli di credito*, 1982, II, 178; Corte d'Appello Milano, 4 marzo 1988 in *Banca borsa titoli di credito*, 1988, II, 608; Tribunale Roma, 22 aprile 2004 in *Giurisprudenza Romana* 2004, 356.

nostro ordinamento¹⁰¹ ha prodotto effetti sicuramente rilevanti, anche in termini di maggiore appetibilità, rispetto all'impiego delle tradizionali garanzie reali. La maggiore appetibilità e il minore impiego di strumenti giudiziari per addivenire alla soddisfazione del creditore, in caso di inadempimento del debitore, rendono infatti le garanzie personali “nuove” uno strumento di primissima importanza economica, specie nei rapporti di alta finanza e ciò ha relegato nella marginalità l'impiego di altre forme di garanzia, prime tra tutte le garanzie reali (sulla crisi di tale forme di garanzie, si rinvia alla quinta sezione del lavoro ove si prende atto che probabilmente questo *trend* ben difficilmente potrà essere spezzato, pena lo stravolgimento del sistema con i conseguenti rischi, evidenziatisi negli ultimi anni).

Dopo aver sottolineato tutto ciò, non resta che indagare, riprendendo l'analisi delle garanzie reali, come si atteggiino i rapporti tra il contratto costitutivo del diritto di credito e il contratto costitutivo dell'ipoteca o del pegno. Se infatti si è precedentemente appurato come esista un rapporto causale, non disponibile alle parti pena la nullità dell'accordo, tra il diritto reale di garanzia e il credito, occorre ora accertare come tale strumentalità si riverberi nel momento genetico tra i contratti. Il caso tipico è quello del mutuo garantito da ipoteca, spesso definito nella pratica negoziale come mutuo ipotecario. Va sottolineato come un tale esercizio di ricostruzione della natura giuridica di tali accordi, e soprattutto la loro combinazione, non possa essere considerato un ozioso esercizio di stile o un puro sofisma intellettuale, bensì abbia un'indubbia importanza pratica, in particolare nell'attività negoziale dei soggetti privi o comunque con capacità negoziale non piena.

La dottrina tende a classificare il rapporto in questione entro il più generale rapporto di collegamento contrattuale che, specie alla luce della moderna e complessa contrattazione, prende sempre maggiore piede. Il fenomeno del collegamento si ha nel momento in cui una pluralità di negozi, ciascuno dei quali rimane del tutto autonomo dal punto di vista causale, viene coordinata al fine di realizzare una comune (e per sua natura complessa) operazione economica. Una classica applicazione di tale istituto si ha nel caso in cui un contratto di vendita di merce venga ad essere collegato ad un contratto di trasporto della medesima merce a favore dell'acquirente.

Secondo la dottrina prevalente e tradizionale, dunque, anche il contratto costitutivo dell'ipoteca sarebbe sottoposto al medesimo carattere di collegamento con il negozio principale costitutivo del credito¹⁰². In particolare, secondo la classificazione che hanno distinto le varie ipotesi di collegamento negoziale, la costituzione dell'ipoteca sarebbe legata in via unilaterale al negozio costitutivo del credito, in modo tale che vigerebbe una sorta di gerarchia che farebbe “dominante” il contratto di finanziamento (nell'esempio precedente, il

101 In generale sulle conseguenze di tale prassi negoziale cfr. DE NOVA, *Il contratto alieno*, Torino, 2010.

102 GALGANO, *Trattato di diritto civile*, vol. III, Padova, 2010, 333 e ss..

mutuo), mentre sarebbe per così dire “recessivo” il contratto o il negozio di costituzione del vincolo. In questo modo, la sorte del contratto “dominante” si ripercuoterebbe inevitabilmente sul secondo contratto, mentre la sopravvenuta carenza di efficacia di quest'ultimo non avrebbe la stessa efficacia travolgente del primo accordo¹⁰³.

L'adesione a tale orientamento, per quanto dominante, avrebbe senz'altro delle conseguenze pratiche particolarmente complesse, nel caso in cui, come si diceva poc'anzi, il soggetto che dovesse concludere, al fine di procurarsi denaro, un determinato negozio costitutivo di un mutuo attribuendo garanzia ipotecaria, a favore del mutuante, fosse incapace, parzialmente o totalmente, della capacità di agire. In questo caso, come noto, sono richieste, oltre all'intervento dei rappresentanti legali o curatori dell'incapace, anche specifiche autorizzazioni da parte dei giudici competenti, al fine di vagliare l'opportunità e la necessità del negozio, in relazione al patrimonio e ai bisogni dell'incapace. Che il contratto di mutuo, sia dal lato attivo sia da quello passivo, sia un negozio straordinario che richiede di per sé l'autorizzazione dei giudici è opinione largamente condivisa in dottrina¹⁰⁴, per quanto non si tratti di opinione definibile come pacifica¹⁰⁵; mentre la giurisprudenza appare assai incerta¹⁰⁶. A sostegno di tale orientamento, non si può evitare di citare una molteplicità di indici normativi a sostegno: si pensi all'art. 320 c. 3 c.c. che, nel prevedere come i genitori, esercenti la potestà, non possono contrarre mutui senza autorizzazione del giudice tutelare e nel medesimo senso, lo stesso art. 374 nn. 1 e 3 c.c.. Analogamente, anche la stessa costituzione della garanzia reale, richiede l'autorizzazione dei giudici competenti, stante l'assoggettamento dei beni che ne sono vincolati al diritto in capo al creditore così garantito di farli vendere per soddisfarsi sul prezzo ricavato, con preferenza sugli altri creditori: così lo stesso art. 320 c. 3 c.c. e l'art. 375 n. 2 c.c. dispongono espressamente che è necessaria la concessione dell'autorizzazione giudiziaria.

Tale doppio regime di autorizzazione, la prima per la conclusione del contratto di mutuo, la

103 BIANCA, *Diritto civile 3 Il contratto* cit., 483.

104 In questo senso cfr. JANNUZZI – LOREFICE, *Manuale della volontaria giurisdizione*, Milano, 2004, 492, secondo il quale a nulla vale sostenere che il mutuo sia atto di ordinaria amministrazione, allorché venga stipulato per fare fronte a spese ordinarie, perché occorre distinguere tra un'obbligazione contratta per assolvere direttamente ai bisogni dell'incapace, rispetto all'obbligazione contratta per procurare i mezzi per soddisfare i bisogni stessi; nello stesso FRAGALI, *Del mutuo*, in *Commentario del codice civile* Scialoja – Branca, Bologna – Roma, 1966, 37.

105 Cfr. in senso contrario, la dottrina citata da JANNUZZI – LOREFICE, op. cit., 492 nota 10.

106 Nel senso per il quale, per definizione, il contratto di mutuo sia un contratto di straordinaria amministrazione cfr. Tribunale Torino, 22 maggio 2009, in *Notariato*, 2010, 1, 9; mentre una pronuncia di legittimità, anche se non recente, Cassazione, 28 luglio 1987 n. 6542 in *Giustizia civile*, 1988, I, 454, asserisce che “nonostante l'espressa inclusione di tale tipo di negozio nell'elencazione fatta dall'art. 320 c.c. degli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione, la concessione di mutui a minori resta esentata dalla preventiva autorizzazione del giudice tutelare qualora il prestito, per la sua incidenza economica, sia passibile di restituzione mediante impiego dei redditi del minore, senza pericolo di decurtazione dei suoi capitali o di diminuzione del valore del suo patrimonio; trattasi, peraltro, di eccezione, la cui ricorrenza richiede una specifica prova, da parte di chi resiste all'annullabilità del contratto (di mutuo) non autorizzato, onde superare la presunzione di appartenenza del tipo negoziale al novero degli atti di straordinaria amministrazione”. Si tratta di una motivazione che ricalca le argomentazioni giuridiche addotte dalla tesi dottrinale di cui alla precedente nota.

seconda per la costituzione del gravame, necessarie entrambe se si aderisce alla tesi dominante per la quale il mutuo ipotecario è un'operazione economica che tende sì alla realizzazione di un unico risultato (e che quindi concreterebbe l'istituto giuridico del collegamento negoziale), ma che consta di due insopprimibili realtà negoziali implica un costo in termini economici e temporali davvero rilevante. Tale tesi, comunque da ritenersi dominante, quanto meno in un'ottica prudenziale, si argomenta sulla base della considerazione che in ambito di volontaria giurisdizione la competenza dei giudici è inderogabile, oltre che per territorio, anche per materia¹⁰⁷, come dimostra l'eccezionalità della norma dell'art. 376 c.c. che prevede un'ipotesi del tutto anomala di competenza per connessione.

A tale tesi, si sono contrapposti ulteriori orientamenti che, al contrario, esaltano la funzione unitaria del mutuo ipotecario, visto come un'operazione così indissolubilmente legata da potersi definire come un solo contratto, dotato di un'unica causa che, innestandosi nella generale causa del mutuo, la modifica in riferimento all'avvenuta prestazione della garanzia reale da parte del mutuatario, in modo tale che ci sia un rapporto principale, che è il prestito del denaro, e uno accessorio di pegno. Cosicché, se quest'ultimo è sorto per rafforzare il primo e ha ragione di essere solo per garantire il primo, allora la prestazione del mutuante di restituire il pegno, e quella del mutuatario di restituire il *tantundem* sono contrapposte e tenute insieme come in un rapporto bilaterale. In questo modo, in particolare, ben lungi dal costituirsi un rapporto contrattuale collegato, si avrebbe un unico rapporto complesso¹⁰⁸. L'adesione a tale orientamento sortirebbe effetti decisamente rilevanti sul piano negoziale: se veramente il mutuo ipotecario fosse da considerare come un atto negoziale unico, ne conseguirebbe che unica dovrà essere la stessa la stessa autorizzazione. In particolare, non si potrebbe avere una cognizione di un medesimo affare, da parte di due giudici separati¹⁰⁹, onde evitare anche il rischio di avere un conflitto di giudicati, potendosi arrivare all'assurdo logico e giuridico della concessione dell'autorizzazione per il negozio di costituzione dell'ipoteca e, al contempo, la denegazione di autorizzazione per il contratto di mutuo. Una considerazione anch'essa pratica può essere di ulteriore sostegno a questa scuola di pensiero. Come noto, i legali o, nell'ambito delle stipulazioni per le quali è stato incaricato dalle parti,

107 Cfr. AUCIELLO – BADIALI – IODICE – MAZZEO, *La volontaria giurisdizione e il regime patrimoniale della famiglia: manuale e applicazioni pratiche dalle lezioni di Guido Capozzi*, Milano, 2000, 34 - 35.

108 È una tesi minoritaria, sostenuta in particolare da SALANDRA, *Pegno irregolare di titoli e compensazioni nella procedura concorsuale*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 1934, II, 73 e ss.. Tale tesi è anche sostanzialmente sostenuta da Cassazione, 15 maggio 1934 in *Rivista di diritto commerciale*, 1934, II, 376 e ss.. Per la differenza tra contratto collegato, misto e complesso si rinvia a DIENER, *Il contratto in generale*, Milano, 2002, 20 e ss. e 88 e ss..

109 GENGHINI, *La volontaria giurisdizione*, Padova, 2006, 54.

lo stesso notaio (art. 1 l. 89/1913)¹¹⁰ tendono a produrre documenti giustificativi per la concessione dell'autorizzazione, dai quali il giudice possa trarre il convincimento dell'utilità e della necessità dell'operazione per l'incapace. Orbene, è molto frequente che, con riferimento ai mutui bancari, si produca il testo della "bozza" dell'accordo, unitamente ai principali allegati del futuro contratto, primo tra tutti il "Documento di sintesi". Ma non si può non ricordare come, nella pratica, il negozio costitutivo dell'ipoteca sia uno degli articoli di cui si compone il contratto e, quindi, sia per forze di cose, naturale pensare che sia necessaria una sola autorizzazione per un negozio che appare unico. Anche fisicamente, nella pratica negoziale si tende a tenere unite, sotto il cappello di un unico complesso rapporto negoziale, due fattispecie, in realtà, solamente collegate tra loro.

All'interno di questo dibattito, non si può non sottolineare come sempre la pratica negoziale, forse in modo acritico, ma certamente a fini semplificativi, aderisca a quest'ultima tesi, richiedendo una sola complessiva autorizzazione. Accedendo a questa tesi, non si può non porre l'ulteriore quesito di quale sia il giudice competente. È noto come in taluni casi si avrebbe, anche a livello astratto, uno stesso ufficio giudiziario competente a pronunciarsi sulla vicenda: si pensi al caso del minore emancipato, il cui curatore sia uno dei genitori degli sposi, come previsto dall'art. 392 c. 2 c.c.. Qui sarebbe sempre competente a pronunciarsi, e sul mutuo e sull'ipoteca, il giudice tutelare. Si pensi anche all'ipotesi, di recente introduzione nel nostro ordinamento (l. 6/2004), dell'amministrazione di sostegno, nella quale competente a pronunciarsi sarebbe pur sempre il giudice tutelare; o, da ultimo, al più immediato e frequente caso del minore sotto potestà genitoriale: in questo caso a norma dell'art. 320 c. 3 c.c. la competenza sarebbe da assegnare ugualmente al solo giudice tutelare. Per altre vicende, invece, ciò non accade e le competenze sarebbero a rigore di due giudici funzionalmente separati. Si faccia l'esempio del minore sotto potestà o dell'interdetto. In questi casi, in via del tutto astratta, la competenza sarebbe assegnata, ai sensi dell'art. 374 c.c., limitatamente al contratto di mutuo, al giudice tutelare; mentre per l'ipoteca sarebbe chiamato a pronunciarsi, ai sensi del successivo art. 375 n. 2 c.c., il tribunale, su parere del giudice tutelare (u.c.). Inoltre, in questi casi si potrebbe astrattamente porre un problema di rispetto della competenza territoriale, che potrebbe risultare non uguale per i due provvedimenti. Si faccia l'esempio dei genitori che intendono procedere a un acquisto di un nuovo immobile in nome e per conto del proprio figlio minore, ricorrendo a un mutuo garantito da ipoteca, ma l'immobile da acquistare, su cui costituire il gravame, si trovi in un distretto giudiziario differente rispetto a quello di

110 Sia detto per completezza che, nell'ambito della volontaria giurisdizione, non è, come noto, richiesto necessariamente ai privati il ricorso al patrocinio di un avvocato, in quanto la presenza di tale professionista è legata alla tutela giurisdizionale contenziosa dei diritti. In questo senso cfr. AUCIELLO – BADIALI – IODICE – MAZZEO, op. cit., 44.

residenza del minore. In questo caso, potrebbero sorgere quelle ulteriori complicazioni connesse al regime del foro territorialmente competente che gravano sulla volontaria giurisdizione¹¹¹. Tale ostacolo viene superato nella pratica attraverso l'adesione alla teoria prevalente per la quale il foro della volontaria giurisdizione, pur nel quadro della sua generale inderogabilità (art. 28 c.p.c.), sia, nel silenzio della legge, sempre quello del domicilio dell'incapace, fissato ai sensi di legge (cfr. art. 45 c.c.). Intuitiva è la ragione per la quale si opina in questo senso: l'autorizzazione è richiesta solo al fine di curare l'amministrazione del patrimonio dell'incapace, obiettivo che può essere conseguito in modo più rapido attraverso la vigilanza del giudice territorialmente più vicino alla sede principale degli affari di quest'ultimo.

In realtà, la pratica si è orientata con decisione in favore della competenza del giudice funzionalmente superiore. Nell'ipotesi in oggetto, in particolare, si tratterebbe del tribunale (ordinario, *ex* art. 38 c. 2 disp. att. c.c.), previo parere del giudice tutelare. In pratica, ad onta del ruolo sostanzialmente ancillare o di collegamento su piano di inferiorità rispetto al mutuo, sarebbe proprio l'ipoteca a determinare il giudice competente per materia.

Alla luce di quanto precisato, non sembra così peregrino ritenere che proprio la pratica negoziale abbia superato o messo in crisi, nei fatti, la ricostruzione teorica dell'accessorietà del negozio di ipoteca rispetto al negozio costitutivo dell'obbligazione, ma anche la stessa ancillarità del diritto di ipoteca rispetto al credito. Chi acquista un credito e, nel contempo, ottiene un'iscrizione ipotecaria a garanzia dello stesso, in realtà, vuole essere immesso in una fattispecie complessa, nella quale l'ipoteca gioca un ruolo di indubbia centralità. In questo modo, potrà essere confermato che, in linea di principio, l'ipoteca è un elemento accessorio di un contratto di mutuo, ovvero collegato, a seconda dell'adesione all'una o all'altra tesi sulla natura giuridica della stessa; tuttavia non si può evitare di fare presente come essa sia da ritenere, alla luce dell'esperienza quotidiana della pratica giuridica, l'elemento che differenzia (e rende appetibile in sede di circolazione del credito) il rapporto obbligatorio a monte e che, quindi, contribuisce, nella fase costitutiva dello stesso, a colorarlo di un ulteriore significato causale.

La delicatezza della connessione tra credito e garanzia ipotecaria si conferma, anche a livello normativo, in merito alla circolazione del credito ipotecario. La questione, oggetto centrale del presente contributo, sarà al centro dell'approfondimento del presente lavoro. Nella parte successiva, in primo luogo si esamineranno le modificazioni soggettive del rapporto obbligatorio, previste per legge e, quindi, si indagheranno le ripercussioni che esse hanno sulle garanzie, reali in particolare (focalizzando l'attenzione sull'ipoteca), che ne

111 GENGHINI, op. cit., 39 e ss..

corredano il contenuto.

SECONDA SEZIONE

LE MODIFICAZIONI SOGGETTIVE TIPIZZATE DAL CODICE CIVILE

1. La successione nel rapporto obbligatorio. Inquadramento generale e rapporti con la novazione soggettiva

Il credito e il debito sono rapporti giuridici che possono circolare secondo le norme specificamente predisposte dal codice civile.

Tale principio rappresenta una vera innovazione della scienza giuridica moderna, in quanto il diritto romano, fin dal periodo arcaico ma anche nell'età classica (si pensi all'insegnamento di Gaio nelle sue *Institutiones* (2.38)), era informato al principio per il quale il rapporto obbligatorio fosse un vero e proprio *vinculum in personam*, in rapporto al quale non era concepibile qualsiasi circolazione dello stesso. Nel diritto romano, infatti, il trasferimento del rapporto obbligazione poteva concretizzarsi solo attraverso una previa estinzione del vincolo, con successiva costituzione di un altro rapporto obbligatorio con un nuovo soggetto. L'esperienza giuridica romanistica conobbe, tuttavia, vari accorgimenti che pur formalmente rispettosi del dogma dell'incredibilità del credito o della non assumibilità del debito, consentivano, sul piano fattuale, una sostituzione della persona che avrebbe conseguito le utilità del rapporto obbligatorio (il riferimento è in particolare all'istituto della costituzione del "cessionario", a cura del "cedente", quale *procurator in rem suam*, così da poter agire in giudizio contro il debitore come sostituto processuale, in modo da far valere un credito altrui ma nell'interesse proprio¹¹²). Fu proprio con il sorgere dell'era moderna che la mutata concezione dell'obbligazione fece da volano, poi accentuato e potenziato con l'"invenzione" dei titoli di credito, allo sviluppo economico e all'accumulazione capitalistica¹¹³.

Di tale concezione romanistica del diritto delle obbligazioni si avverte ancora un'eco nel nostro codice, in particolare nell'art. 1260 c. 1 c.c. che sancisce l'inammissibilità della cessione di quei crediti *intuitu personae*, per i quali, cioè, assume un rilievo centrale, e nella genesi e nelle vicende che ne contraddistinguono la vita, la persona di una delle parti (come previsto nella sola "definizione" legislativa dell'istituto, data dall'art. 1429 n. 3 c.c. in tema di annullamento del contratto per errore sulla persona del contraente).

Va sottolineato che la legge prevede specifici istituti, il cui effetto giuridico è quello di determinare il sostituirsi di un soggetto a un altro in un rapporto già in essere. Dal lato

112 Cfr. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni – vol. III, 2 Vicende dell'obbligazione vol. IV Difesa preventiva e successiva dell'obbligazione*, Milano, 1955, 18 che rimanda alle *Institutiones Gaii*, II, 38 – 39.

113 GALGANO, *Trattato di diritto civile*. Vol. III, Padova, 2010, 35 e ss..

attivo, il principale istituto, ampiamente riformato dalla vigente legislazione civile, rispetto al modello napoleonico fedelmente fatto proprio dal compilatore del 1865, è quello della cessione del credito (artt. 1260 e ss. c.c.), cui va aggiunto, oltre al pagamento con surrogazione (terza sezione della presente dissertazione), per costante orientamento degli interpreti, la delegazione attiva, di cui il codice non dà una disciplina specifica, concentrandosi nella più complessa regolazione della delegazione passiva. Dal lato del debitore, invece, il legislatore enumera una serie di tipi negoziali preposti a tale effetto giuridico, si tratta della delegazione, dell'espromissione e dell'accollo (artt. 1268 e ss. c.c.). Tratto unificante il sistema della successione nel rapporto obbligatorio è stato il rifiuto, coerentemente ricercato e fatto proprio dal codificatore, di mantenere l'istituto di diretta derivazione romanistica della novazione soggettiva. L'espressione linguistica "novazione soggettiva", infatti, si riaffaccia timidamente solo nell'art. 1235 c.c. che, facendo espresso rinvio agli specifici negozi di assunzione del debito, sopra ricordati, segna il crepuscolo, almeno *de iure condito*, del vecchio istituto. È proprio la stessa Relazione al codice civile, fatta al Re dal Ministro Guardasigilli, Dino Grandi, che espone in modo chiaro, in coerenza con il disegno unitario del codice del '42, le motivazioni di tale opzione di politica del diritto. Indiscutibile è, infatti, la volontà di non distinguere con sottili argomenti giuridici, istituti che avrebbero, nella mentalità del legislatore, sortito effetti sostanzialmente analoghi. In questo senso il testo della Relazione (n. 584) appare chiarissimo: "è probabile che in astratto siano abbastanza netti i criteri differenziali tra la novazione soggettiva per mutamento del debitore e la successione nel debito; ma è certo che volere ricollegare determinate conseguenze diverse a quelli destinati a produrre successione nel debito, *sarebbe stato rendere un pessimo servizio alla pratica*, che in questa materia ha bisogno di un orientamento sicuro e possibilmente di facile comprensione. Basta pensare infatti che distinguere, nel caso concreto, se l'intento pratico delle parti possa considerarsi diretto alla novazione o alla successione nel debito, è quasi sempre assolutamente impossibile, non potendosi pretendere che i contraenti, normalmente ignari di cognizioni giuridiche, si rappresentino siffatte sottilissime distinzioni. Ne sarebbe allora derivato che il giudice, per individuare le norme da applicare, avrebbe dovuto sostituire, con evidente arbitrio, la sua pronuncia, solo apparentemente interpretativa, ad una inesistente intenzione delle parti". Tale opzione legislativa non venne accolta con grande entusiasmo dalla dottrina e, anche in tempi recentissimi, in giurisprudenza il ricorso all'utilizzo dell'espressione "novazione soggettiva" appare ampiamente praticato, nei settori più disparati - si pensi ad esempio al diritto commerciale, in tema di circolazione d'azienda, con gli effetti lavoristici che tale

negozio implica¹¹⁴. Non si può negare, infatti, come esista una precisa distinzione tra novazione soggettiva e negozio acquisitivo del rapporto obbligatorio e come essa ricalchi le stesse differenze che si rinvengono tra novazione e successione. Nel primo caso, infatti, l'obbligazione così novata sarà regolata direttamente dal contratto novativo, ragion per cui tutti gli accessori, ivi comprese le garanzie reali, e le eccezioni opponibili che caratterizzavano il rapporto verranno a mancare. Al contrario, nell'ipotesi in cui la sostituzione soggettiva integrasse gli estremi della semplice successione nel rapporto, quest'ultimo sarebbe regolato direttamente dal rapporto anteriore alla successione che non ne verrebbe minimamente intaccato nella sua sfera oggettiva, limitandosi le modificazioni alla sola persona del debitore ovvero a quella del creditore. Proprio la configurazione di quest'ultima situazione giuridica è il salto logico che distingue il diritto moderno da quello romano, in cui invece il rapporto obbligatorio, come precedentemente sottolineato, non era suscettibile di essere scisso rispetto a ciascun elemento essenziale che lo andava a costituire, comprese le persone dei titolari del rapporto stesso.

Al contrario di quanto avveniva durante l'esperienza giuridica romana, il principio di continuità dei rapporti giuridici non si può negare essere un fondamento dell'attuale diritto privato cui deve sforzarsi di essere coerente la legislazione, anche in settori normativi ben distinti da quelli tradizionali della parte generale sull'obbligazione, contenuta nel quarto libro del codice civile.

Si pensi, pur con tutte le differenze che possono essere individuate e con le peculiarità tipiche delle norme relative alle persone giuridiche, alla riforma del diritto societario, in particolare all'istituto della trasformazione eterogenea da enti non societari, privi talvolta non solo di personalità giuridica, ma anche di un centro di imputazione di attività giuridica (si pensi alle comunioni di azienda), in società di capitali: prima della riforma si riteneva che una tale operazione potesse essere intrapresa solo previa messa in liquidazione dell'ente originario e successivo conferimento in società di quanto residuo dalla liquidazione, il che avrebbe tuttavia comportato la cessazione della continuità dell'ente. La riforma del 2003, al fine di incentivare lo sviluppo e la crescita di nuove società e il rispetto dell'autonomia privata, ha inteso consentire alle parti, nel rispetto del principio di continuità dei rapporti giuridici tipici della trasformazione (art. 2498 c.c.), la possibilità di mutare in profondità l'assetto organizzativo dell'attività di impresa¹¹⁵.

Analogamente si può sostenere che la continuità dei rapporti giuridici all'insegna dell'oggettivizzazione del diritto fosse stata già contemplata, con riferimento al rapporto

114 Cfr. Cassazione 15 settembre 2009, n. 19870 in *Obbligazioni e Contratti*, 2010, 10, 663.

115 Cfr. in questo senso PLASMATI, *La trasformazione eterogenea in comunione d'azienda e in altre entità prive di continuità d'impresa*, Padova, 2010, 7 e ss.; TASSINARI – MALTONI, *La trasformazione delle società*, Padova, 2011, 259 e ss..

obbligatorio, nella codificazione del '42. In questo modo il legislatore del codice vigente spezza la continuità storica del nostro ordinamento, all'insegna della semplificazione dei rapporti giuridici e dell'agilità dello smobilizzo dei rapporti obbligatori. Tale orientamento contraddice in modo evidente il precedente tessuto normativo e pone anche fine alle dispute che si erano sviluppate, vigenti i testi normativi anteriori, all'interno della dottrina circa l'ammissibilità stessa di una successione nel rapporto obbligatorio che non avesse effetti novativi. Come noto, infatti, il codice civile del 1865 recava solo la normativa della successione per atto tra vivi, e a titolo particolare, nel solo lato attivo del rapporto obbligatorio (sotto forma di vendita del credito, artt. 1538 e ss. c.c. abrogato). Ciò aveva posto l'interrogativo circa l'ammissibilità di una successione nel lato passivo del rapporto che non sortisse gli stessi effetti novativi, così come espressamente consentito per il credito. A livello normativo, va inoltre segnalato come lo stesso codice di commercio del 1882 non disponesse di una disciplina propria della novazione soggettiva od oggettiva delle obbligazioni commerciali, essendo, al contrario, presente una disciplina delle modificazioni soggettive del rapporto obbligatorio solo relativamente alle obbligazioni cartolari, con tutte le peculiarità che contraddistinguevano, anche all'epoca, i titoli di credito. Non mancavano, infatti, voci secondo cui la successione nel debito non fosse ammissibile, se non entro il quadro generale della novazione del rapporto obbligatorio, dovendosi concludere che, alla luce del diritto positivo vigente (che prevedeva la sola novazione soggettiva passiva e non già la successione nel debito, cfr. art. 1267 n. 2 c.c. abrogato), l'obiettiva centralità della persona del debitore all'interno dell'obbligazione impedisse la permanenza dell'identità del rapporto obbligatorio¹¹⁶. Nel medesimo senso, si riteneva, da un punto di vista sistematico, che fosse proprio l'assenza di una disciplina positiva della successione a titolo particolare nel debito priva di effetti novativi, a impedire ai privati di realizzare un simile effetto¹¹⁷. Si riteneva, tuttalpiù, che la mancanza di una disciplina legislativa che prevedesse la successione nel lato passivo del rapporto potesse essere sostituita, pur nell'ambito dei soli rapporti commerciali, dal ricorso agli usi commerciali (ossia gli usi mercantili, da sempre fonte viva del diritto dei *mercatores*¹¹⁸), cui faceva riferimento, quale fonte del diritto commerciale, l'art. 1 del corrispondente codice. Si riteneva, infatti, che gli usi, ai fini della tutela delle esigenze dei mercanti, consentissero la successione a titolo particolare nel debito senza effetti novativi, sempre limitatamente alle obbligazioni commerciali¹¹⁹. Nonostante

116 PACCHIONI, *La successione singolare nei debiti e le teorie germanistiche sul concetto dell'obbligazione*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1911, I, 1045.

117 NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, 280.

118 Sul punto si rimanda al prezioso insegnamento di GALGANO, *Trattato di diritto civile*. Vol I, Padova, 2010, 74 e ss. e 83 e ss.; oltre al saggio del medesimo Autore *Lex mercatoria*, Bologna, 2001.

119 BIGIARI, *La delegazione*, Padova, 1940, 122.

ciò, non si può tacere come fosse sostenuta¹²⁰, anche sotto il vigore dei due codici del diritto privato del 1865 e del 1882, la tesi, radicale all'epoca, per la quale, nel quadro del riconoscimento dell'autonomia privata, le parti potessero concludere un accordo in base al quale sostituire, senza pregiudicare la continuità del rapporto giuridico preesistente, i soggetti del rapporto obbligatorio, ivi compreso lo stesso debitore. Stante la centralità della persona del debitore, e la sua connessione alla garanzia patrimoniale generica che fungeva da garanzia per il creditore, si riteneva che qualunque variazione della sua persona fosse autorizzata dal creditore medesimo.

Preso atto dello stato del dibattito nella letteratura giuridica, la commercializzazione del diritto privato, operata dal codice unitario del 1942, non poteva non coinvolgere in modo profondo anche la circolazione delle obbligazioni, dei diritti e delle posizioni giuridiche (non circolano i debiti, essi si assumono; solo i diritti circolano).

Tuttavia, come poc'anzi evidenziato, davanti alle nuove regole dettate dal codice unitario le reazioni dei commentatori, formati sull'insegnamento tradizionale per il quale la modificazione della persona del debitore o del creditore avrebbe comportato novazione del rapporto¹²¹, non furono entusiaste. Non ci si deve stupire, quindi, se i manuali istituzionali di diritto privato¹²², nell'imminenza dell'entrata in vigore del codice civile, asserivano che il codificatore del 1942, ben lungi dall'aver innovato i principi ricavabili dalla codificazione anteriore, non avesse fatto altro che dare per presupposto che ciascuna modificazione del lato soggettivo del rapporto obbligatorio avesse quale conseguenza logica l'avvenuta novazione dello stesso. Tale conclusione, nell'ottica del tempo, veniva rafforzata, specialmente con riferimento all'assunzione del debito altrui, dal dettato dell'art. 1235 c.c., interpretato, in virtù della sua rubrica, non tanto quale norma di mero rinvio agli specifici istituti della delegazione, dell'espromissione e dell'accollo, bensì quale norma dotata di una portata precettiva, tale da imporre il principio in base al quale la sostituzione di un debitore con un altro avrebbe implicato irrimediabilmente novazione del precedente rapporto. La stessa disposizione dell'art. 1275 c.c., in tema di estinzione della garanzia in caso di avvenuta liberazione del debitore originario, dava puntuale conferma a questo orientamento. L'estinzione delle garanzie è infatti un principio generale per qualsiasi novazione che crea un nuovo rapporto giuridico solo collegato funzionalmente a quello originale, ragion per cui si rende necessario il consenso espresso delle parti al mantenimento delle garanzie proprie di quest'ultimo. La norma, inoltre, trova un preciso collegamento con quella propria della novazione oggettiva, di cui all'art. 1232 c.c.. Tale forma di novazione, l'unica rimasta nel

120 COVIELLO, *Della successione nei debiti a titolo particolare*, in *Archivio giuridico*, 1896, 287 e ss.; ANDREOLI, *Delegazione privata e delegazione di pagamento*, in *Rivista di diritto civile*, 1934, 529 e ss..

121 Cfr. sotto il vigore del codice civile del 1865 PACCHIONI, *Delle obbligazioni in generale*, Padova, 1935, 330.

122 DE RUGGIERO – MAROI, *Istituzioni di diritto privato*, vol. II, Milano - Messina, 1952, 102 e ss..

nostro ordinamento a livello di diritto positivo così come avviene anche nell'ordinamento tedesco, ha quale conseguenza quella di determinare l'estinzione delle precedenti garanzie, salva sempre diversa volontà delle parti.

Nonostante ciò, la tesi testè esposta appare ancora vincolata alla tendenza, percepibile alla luce delle concezioni di teoria generale del diritto vigenti all'epoca, di soggettivizzare il rapporto giuridico cui si ricollega nel campo contrattuale la teoria volontaristica del negozio giuridico, senz'altro dominante nei primi anni dall'emanazione del codice. Tutto ciò venne superato a seguito dello sviluppo delle tesi più moderne che, nell'ottica di una decisa socializzazione del rapporto obbligatorio e del contratto in generale intesero sottolineare la centralità, nel rapporto obbligatorio, del valore di scambio intrinseco a ciascun diritto, che aveva fonte nell'obbligazione in parola. A tale proposito, emerge la grande centralità dell'opera di grandi studiosi, quali Emilio Betti, che ebbero l'indubbio merito di oggettivizzare sia lo scambio commerciale sia il rapporto obbligatorio, nonché, da ultimo, lo stesso negozio giuridico, esaltandone le connessioni con l'affidamento dei terzi e le esigenze di pronto smobilizzo della ricchezza.

In quest'ottica, il rapporto obbligatorio, non più considerato quale semplice vincolo giuridico personale, bensì quale vero e proprio valore economico, diventa suscettibile di autonoma e piena circolazione, sia dal lato attivo sia da quello passivo.

A seguito di tali considerazioni, si è elaborato, in dottrina, il concetto di successione nel rapporto obbligatorio, quale sostituzione di un soggetto ad un altro nello stesso rapporto giuridico¹²³, che, quindi, conserverebbe la propria unità. Di successione nel rapporto giuridico, si può parlare, da un lato, nell'accezione di successione a titolo universale ovvero di successione a titolo particolare, dall'altro lato nell'accezione di successione *mortis causa* ovvero per atto tra vivi. È indubbio, infatti, che la principale *species* di successione nel rapporto obbligatorio, peraltro considerata quale dato unificante le esperienze giuridiche delle varie epoche storiche, sia proprio costituita dalla successione per causa di morte, quale istituto di ordine pubblico economico¹²⁴ che presiede all'ordinato svolgimento degli affari, al fine di evitare che la crisi ereditaria determini lo scioglimento dei rapporti obbligatori ovvero la *derelictio* dei diritti reali su *res*, determinando tutto ciò inevitabili rischi di tenuta dell'intero ordinamento giuridico. La forza di tale tipo di successione si esalta specialmente avuto riferimento alla mancanza di poteri oppositivi in capo al creditore all'ingresso di un nuovo debitore nel rapporto che lo legava al defunto, anche laddove l'erede decidesse, come è in sua facoltà, di accettare la delazione al medesimo devoluta, con il beneficio di inventario, con conseguente sua responsabilità patrimoniale per il debito così ereditato, *intra*

123 SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1997, 93.

124 CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano, 2002, 11 e ss..

vires hereditatis (artt. 484 e ss. c.c.). Il solo rimedio concesso ai creditori del defunto è rappresentato dall'istituto della separazione dei beni del defunto da quelli dell'erede (artt. 512 e ss. c.c.).

Oltre che mediante successione a titolo universale, la successione nel rapporto obbligatorio può essere realizzata anche mediante disposizione a titolo particolare¹²⁵. È noto, infatti, come il credito, inteso quale valore economico, possa liberamente circolare anche mediante legato, ossia con una disposizione a titolo particolare, come dispone l'art. 658 c.c. che concreta, quindi, una vera e propria cessione a causa di morte del credito. In dottrina¹²⁶, si è, inoltre, chiarito come, a mezzo del coordinamento con l'art. 651 c.c., e sulla base degli stessi principi generali in tema di beni o diritti altrui quali oggetto del contratto¹²⁷, possa essere oggetto di circolazione a causa di morte anche un credito altrui, sortendo, tuttavia, tale negozio quegli effetti meramente obbligatori, tipici di qualsiasi negozio relativo a beni o a diritti di terzi. Lo stesso debito, inoltre, può circolare anche a titolo *mortis causa*. Non ci si riferisce tanto al c.d. legato di debito che, in realtà, come opportunamente previsto dalla legge, altro non è che un vero e proprio legato di liberazione dal debito che il legatario aveva nei confronti del defunto e neppure al legato in favore del creditore del defunto; bensì a quei legati che, secondo la dottrina più recente, possono produrre l'effetto di disporre la successione a titolo particolare nel debito mediante apposito legato che crei un vero e proprio negozio di delegazione, espromissione o accollo testamentari¹²⁸.

La successione può essere, secondo una tesi formulata almeno fino all'entrata in vigore del nuovo diritto societario in particolare in giurisprudenza, anche universale per trasferimento tra vivi. Si sta alludendo alla fusione di società¹²⁹. Non era raro leggere nei manuali istituzionali del diritto privato che tale istituto concretava un'ipotesi di *successio in universum ius* analoga all'eredità di una persona fisica¹³⁰. L'orientamento prevalente in

125 Per la distinzione tra successione a titolo universale e a titolo particolare nell'ambito della successione a causa di morte cfr. RESCIGNO, *La successione a titolo universale e particolare*, in *Trattato breve delle Successioni e Donazioni*, a cura di Rescigno, coordinato da Ieva, Padova, 2010, 3 e ss..

126 MASI, *Dei legati artt. 649 - 673*, in *Commentario del codice civile* Scialoja – Branca, Bologna – Roma, 1979, 82 e ss..

127 Si veda per la vendita di beni altrui, D. RUBINO, *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1971, 325 e ss..

128 Sul punto si rimanda all'opera fondamentale di DI MAURO, *Le disposizioni testamentarie modificative ed estintive del rapporto obbligatorio*, Milano, 2005, 417 e ss..

129 La dottrina più autorevole ha, invece, chiarito come l'estinzione delle persone giuridiche di cui al primo libro del codice non possa definirsi quale vera e propria successione, in quanto limitata esclusivamente alla devoluzione di quanto rimanente dalla liquidazione della società (GALGANO, *Delle persone giuridiche artt. 11 – 35*, in *Commentario al codice civile* Scialoja – Branca, 2006, 428, il quale evidenzia come si tratti di una successione a titolo particolare). Si ritiene che sia l'ultimo comma dell'art. 31 c.c., ai sensi del quale “i creditori che durante la liquidazione non hanno fatto valere il loro credito possono chiedere il pagamento a coloro ai quali i beni sono stati devoluti, entro l'anno dalla chiusura della liquidazione, in proporzione e nei limiti di ciò che hanno ricevuto”. Se la successione fosse a carattere universale, infatti, la responsabilità dell'ente cui sia devoluto l'attivo relitto della liquidazione sarebbe illimitata, non già *intra vires* di quanto ricevuto.

130 TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1986, 388, nello stesso senso più di recente cfr. CAPOZZI,

giurisprudenza e in dottrina è, tuttavia, mutato a seguito dell'entrata in vigore del nuovo diritto societario, in base al quale tende a prevalere il convincimento per il quale l'eliminazione del riferimento all'estinzione delle società coinvolte nella fusione sia indice della natura giuridica meramente riorganizzativa dell'attività di impresa e dell'atto costitutivo da parte delle società coinvolte¹³¹.

Al centro dell'approfondimento della dottrina in tema di successione nel rapporto obbligatorio è sicuramente quello tra vivi a titolo particolare, sia nel lato attivo sia in quello passivo. Da un lato, la tradizione derivata dal diritto romano avrebbe imposto di considerare qualsiasi modificazione della persona del titolare del credito ovvero del debito quale causa di estinzione dell'originario rapporto; dall'altro, il dettato legislativo ha imposto, come precedentemente si è cercato di chiarire, una diversa considerazione delle caratteristiche di una tale operazione.

Per concludere, dal punto di vista codicistico e dell'elaborazione svolta dalla dottrina, la successione nel lato attivo viene realizzata attraverso la cessione del credito, la delegazione attiva ovvero mediante la surrogazione per pagamento. La successione nel lato passivo, invece, si perfeziona attraverso la delegazione, l'espromissione e l'accollo.

Dal punto di vista terminologico, si è voluto distinguere il concetto di successione da quello di trasferimento del rapporto obbligatorio. Si è, in particolare, ritenuto¹³² che quest'ultimo termine possa essere speso solo allorché si determini la modificazione, mediante uno schema negoziale predisposto dal legislatore ovvero forgiato dall'autonomia privata, della titolarità di una posizione giuridica attiva. Al contrario, la successione in un rapporto giuridico prescinde dal contenuto attivo della posizione giuridica trasmessa, in quanto si può parlare di successione in una posizione giuridica complessa, quale la successione a causa di morte, a prescindere dal contenuto, attivo o passivo, di quanto trasmesso dal defunto, ovvero in una posizione passiva quale il debito. Inoltre, mentre il trasferimento descrive la fattispecie attiva della circolazione di un diritto, la successione è l'espressione impiegata per

Successioni e donazioni cit., 8 che suggerisce come alla fusione di società, a causa del tipico effetto devolutivo del patrimonio, si possono applicare analogicamente le norme dettate in materia di successione a causa di morte.

131 G. FERRI JR. - G. GUIZZI, *Il progetto di fusione e i documenti preparatori. Decisione di fusione e tutela dei creditori*, in *Il nuovo diritto delle società. Vol. IV - Scioglimento. Trasformazione. Fusione. Scissione. Società cooperative*, a cura di Abbadessa – Portale, Torino, 2007, 232. Per la giurisprudenza cfr. il *revirement* segnato dalla sentenza della Corte di Cassazione che, chiamata a pronunciarsi sull'annosa questione dell'interruzione del processo in caso di fusione di una delle società chiamate in giudizio con applicazione analogica delle norme dettate dal codice di rito per la morte delle persone fisiche (artt. 300 e ss. c.p.c.), ha statuito che “ai sensi del nuovo art. 2504 *bis* c.c., conseguente alla riforma del diritto societario (d.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6), la fusione tra società non determina, nelle ipotesi di fusione per incorporazione, l'estinzione della società incorporata, nè crea un nuovo soggetto di diritto nell'ipotesi di fusione paritaria, ma attua l'unificazione mediante l'integrazione reciproca delle società partecipanti alla fusione, risolvendosi in una vicenda meramente evolutivo-modificativa dello stesso soggetto giuridico, che conserva la propria identità, pur in un nuovo assetto organizzativo. Deve pertanto escludersi che la fusione per incorporazione determini l'interruzione del processo ai sensi dell'art. 300 c.p.c.” (in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2007, 2, 1, 199).

132 NICOLÒ, voce *Successione nei diritti*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1971, vol. XVIII, 610 e ss..

il subentro di un soggetto nella medesima posizione giuridica di cui era titolare precedentemente un terzo.

Dal dettato del legislatore si comprende come lo spazio per la novazione soggettiva sia davvero ristretto entro gli angusti margini dell'art. 1235 c.c..

Da tale norma si può arguire *a contrariis* come la modificazione della sola persona del creditore non abbia effetti estintivi del rapporto pregresso, per espressa volontà del legislatore, diversamente da quanto disponeva l'art. 1267 n. 3 del codice del 1865. Si è quindi affermata, già *de iure condito*, il principio della completa fungibilità della persona del creditore, giustificata dalla considerazione che, per il debitore, è perfettamente fungibile la posizione del proprio creditore, potendo il credito circolare anche senza il consenso del debitore (art. 1260 c.c.)¹³³.

La modificazione della persona del debitore, invece, pone maggiori problematiche. Tali dubbi che serpeggiano in dottrina circa la portata della modificazione del debitore, ai fini del mantenimento dello stesso rapporto obbligatorio, sono connessi alla indubbia importanza che esso ha quale titolare del patrimonio su cui si concentra la garanzia del creditore. Come viene dunque giustificato il mancato effetto estintivo del rapporto, in caso di sostituzione del debitore?

Secondo una teoria particolarmente radicale, non solo la garanzia patrimoniale generica, di cui all'art. 2740 c.c., non entrerebbe nel congegno obbligatorio e, quindi, non ne determinerebbe la soluzione di continuità in caso di sua sostituzione, ma lo stesso ruolo del soggetto nel rapporto obbligatorio andrebbe riconsiderato, in quanto l'essenza dell'obbligazione sarebbe costituito proprio dal rapporto debito – credito e dal suo contenuto patrimoniale ed economico¹³⁴, ne conseguirebbe quindi che anche la modificazione della persona del debitore non avrebbe conseguenze estintive del rapporto obbligatorio. A tale regola eccepisce il caso in cui emergesse la centralità della persona stessa del debitore, *uti singuli*, con riferimento a quei rapporti obbligatori che vengono definiti come *intuitu personae*. In questo caso, non sono mancate voci secondo cui la sostituzione del creditore nelle fattispecie “personalissime” dia vita non già a vera e propria novazione soggettiva, bensì a novazione oggettiva, in quanto con la sostituzione della persona infungibile del rapporto si modificherebbe senz'altro il nucleo oggettivo del rapporto.

Tale tesi è contrastata da altra autorevole dottrina¹³⁵ che ha, invece, distinto tra la posizione del creditore e quella del debitore. Con riguardo alla prima, ha evidenziato come la

133 CARRESI, voce “Debito (successione nel)”, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1962, vol. XI tratta, mediante le banche dati di Ateneo, dal sito internet <http://enciclopedia.giuffre.it/>

134 PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, commento all'art. 1235 c.c., in *Commentario del codice civile* Scialoja – Branca, Bologna – Roma, 1975, 165.

135 CARRESI, voce “Debito (successione nel)” cit..

sostituzione della persona del creditore con quella di un altro soggetto non avrebbe mai effetti novativi, eccezion fatta per l'ipotesi in cui vi sia un'espressa convenzione stabilisse che quel determinato negozio deve essere riqualficato come "novazione soggettiva attiva", convenzione ammissibile ma che deve essere specificamente voluta dai paciscenti (oltre che da coloro che hanno prestato garanzie per il debito così novato, per il mantenimento delle garanzie stesse). Con riguardo alla seconda, la persona del debitore e la connessa responsabilità patrimoniale che lo caratterizza è centrale per la definizione del singolo rapporto di credito. Pertanto il mutamento del soggetto passivo di un'obbligazione ha quale conseguenza imprescindibile quella di operare una profonda modificazione dell'intero rapporto precedente, giacché il diritto di garanzia nei confronti del nuovo debitore è diverso da quello che il creditore vantava nei confronti dell'originario debitore, non essendo rilevante neppure l'eventualità che il nuovo debitore sia un soggetto maggiormente solvibile di quello precedente. Logico corollario di tale concezione della figura del debitore all'interno del rapporto di credito è che il legislatore richiede in modo imperativo che tale avvenuta e completa sostituzione si perfezioni con il consenso espresso del creditore.

In contrapposizione con questa tesi, un autorevole orientamento, preso atto del silenzio del codice sul punto, ritiene che l'unico istituto che presiede alla modificazione della persona del debitore sia la successione a titolo particolare tra vivi nel debito; tuttavia si richiede il consenso del creditore solo ai fini della connessa responsabilità patrimoniale del debitore e dell'influenza che essa ha nei confronti del creditore al momento della sostituzione con la sfera giuridica del debitore subentrante. Ancora, tale orientamento, portato alle conseguenze più estreme, dopo avere attribuito efficacia imperativa all'opzione legislativa in favore della successione nel debito e non già della novazione soggettiva, arriva a sostenere che ai privati non sarebbe consentito di individuare specifiche ipotesi di novazione soggettiva, accanto a quelle di mera successione nel rapporto¹³⁶. Tutto ciò è apparso incoerente con la natura della novazione soggettiva e della successione nel rapporto obbligatorio, visto che nessuna norma vieta alle parti di dare vita a un nuovo rapporto che faccia riferimento a quello anteriore, limitatamente al suo contenuto oggettivo. Un tale accordo liberamente stipulato dalle parti sortirebbe effetti differenti rispetto a quelli derivati dalla mera successione nel rapporto, in quanto solo in caso di novazione e non già di successione, correrebbe un nuovo termine di prescrizione del diritto connesso al nuovo rapporto¹³⁷. Questa interpretazione è sostenuta anche in giurisprudenza. Esemplare appare una pronuncia del 1976 della Corte di Cassazione secondo cui: "il fenomeno dell'assunzione del debito altrui può realizzarsi non solo mediante la sostituzione soggettiva del debito (attuata con la delegazione,

136 NOBILI, *Le obbligazioni*, Milano, 2001, 135.

137 GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2006, 632.

l'espromissione e l'accollo), nella sua oggettiva ed immutata consistenza, ma anche l'eventuale modificazione del debito assunto, che consente, nel rispetto della tipicità degli strumenti sostitutivi offerti dall'ordinamento, di realizzare il fine perseguito di una novazione ad un tempo soggettiva ed oggettiva del debito realizzata attraverso la sostituzione del vecchio con il nuovo debitore ed ulteriormente attraverso la modificazione dell'obbligazione di questi”¹³⁸.

Infine, non può non essere presa in considerazione l'ulteriore tesi sviluppata in dottrina sulla base di un'aderente interpretazione della volontà del legislatore, per la quale porsi l'interrogativo circa l'ammissibilità di una novazione soggettiva nell'ordinamento risultante dalla rinnovazione del 1942 sia totalmente superfluo¹³⁹.

2. Le singole fattispecie di successione nel rapporto obbligatorio. Breve premessa metodologica

Nel corso dei prossimi paragrafi si analizzeranno i principali istituti che presiedono alla successione nel rapporto obbligatorio, trattati dal codice civile.

In primo luogo, si tratteranno gli istituti tipizzati che consentono il trasferimento della posizione soggettiva attiva del rapporto di credito, ossia la cessione del credito e la delegazione attiva, con i conseguenti riflessi in tema di trasferimento delle garanzie, specie quella ipotecaria, che assistono il credito che circola.

Dopo avere trattato delle modificazioni del lato attivo, verranno esaminate le fattispecie che determinano la ben più complessa fattispecie della successione nel lato passivo del debito, ossia delegazione, espromissione e accollo, tenendo sempre presenti le conseguenze relative ai diritti di garanzia, a servizio del credito, cui corrisponde il debito oggetto della successione (o accede, per utilizzare un'espressione bettiana, nel caso in cui dal negozio assuntivo del debito non scaturisca la liberazione del debitore originario).

Al contempo, per l'indubbia centralità nell'economia del presente lavoro, alla surrogazione per pagamento, vero e proprio strumento di successione nel lato attivo del rapporto obbligatorio, si dedicherà la successiva terza sezione, in quanto ciò consente di focalizzare al meglio l'attenzione su un istituto oggetto di rinnovata attenzione da parte del legislatore,

138 Cassazione 7 luglio 1976 n. 2525 in *Codice civile annotato con la giurisprudenza* a cura di Garofoli, Chinè, Iannone, Roma, 2010, 1352.

139 RESCIGNO, voce *Novazione (dir. civ.)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XI, Torino, 1965, 432 e ss..

mediante riforme legislative che hanno inteso incentivare il ricorso a tale strumento in pendenza di un particolare rapporto di debito – credito, ossia quello derivante da contratti di finanziamento bancario in favore di particolari categorie di utenti dei servizi creditizi.

3. Successione nel lato attivo

3.1 La cessione del credito

La libertà di cessione del credito è una conquista della moderna civilistica che si manifesta in modo più sensibile nell'imminenza della codificazione napoleonica. Nel diritto romano classico, infatti, la posizione del creditore riceveva una normazione assolutamente penalizzante quanto alla fase di circolazione. In recezione dell'orientamento per il quale il credito, così come il debito, fosse da considerare una posizione giuridica personalissima, pertanto intrasmissibile, si consentiva solo la circolazione di tale diritto soggettivo per causa di morte, in virtù del principio di immedesimazione da parte dell'erede nella persona del defunto. Con il tempo, a partire dall'elaborazione del *praetor*, si estese la circolazione del credito mediante legato (quindi sempre per trasmissione a causa di morte) e grazie all'elaborazione giustiniana, al riconoscimento in favore del cessionario di un'*actio utilis*.

Per quanto concerne l'attuale legislazione, la disciplina generale della cessione del credito è contenuta negli artt. 1260 e ss. c.c.. Con essa la legge predispose lo strumento mediante il quale viene realizzata in maniera prevalente la successione nel rapporto obbligatorio dal lato attivo. Già la collocazione dell'istituto, nella parte generale delle obbligazioni, segna una notevole differenza rispetto a quanto previsto dal codice anteriore. Sotto il codice vigente l'alienazione a terzi del credito si qualifica, più correttamente, quale strumento di circolazione dei diritti nell'ambito della teoria generale dell'obbligazione; il codice civile del 1865, al contrario, aveva quale centro della riflessione da parte dei compilatori, l'aspetto squisitamente traslativo della vicenda. Tale soluzione legislativa (artt. 1538 e ss.), modellata, come spesso accadeva per il primo codice dell'Italia unita, su quanto scritto nel codice francese (artt. 1689 e ss. *code*), era funzionale alla mentalità tipica di quel testo normativo. In esso, prevaleva l'idea che il codice dovesse concentrare la propria normazione sul trasferimento dei diritti, in particolare del diritto di proprietà fondiaria, in quanto considerata, all'epoca, principale strumento di circolazione della ricchezza. Il modello della vendita della proprietà fondiaria era pertanto esteso anche alla vendita del credito che, analogamente a quanto avveniva per la prima, implicava altresì il trasferimento di tutti gli

accessori e le azioni ad esso collegate.

Tutto ciò è mutato con l'approvazione del nuovo codice civile che, invece, nel respingere questa impostazione di politica del diritto, ha posto al centro della propria riflessione proprio la ricchezza mobiliare e le posizioni giuridiche non sussumibili, entro il concetto di *res*. La cessione del credito acquista pertanto una centralità che la svincola dal precedente modello della vendita del credito e la rende perciò un negozio causalmente neutro. Esso, in particolare, ben lungi dall'essere riducibile alla sola ipotesi della vendita (un'eco, tuttavia, di tale orientamento si rinviene, per ovvi motivi, nello stesso art. 1470 c.c. allorché si definisce il contratto di vendita come il negozio che ha per oggetto, tra l'altro, il trasferimento di *un altro* diritto oltre a quello di proprietà su cose, facendo evidente riferimento proprio ai diritti di credito), è un contratto multi funzionale. Questo sviluppo dogmatico, che affonda le proprie radici nelle epoche più risalenti dell'esperienza giuridica occidentale, ha portato all'abbandono della concezione “novativa” che, nella teoria del diritto più tradizionale, sarebbe sempre seguita, dopo l'avvenuta modificazione di una delle parti del rapporto. Nel diritto contemporaneo la differenza tra cessione del credito e novazione appare molto chiara: nella cessione del credito, il terzo cessionario subentra nel medesimo rapporto obbligatorio di cui era titolare il cedente e ciò giustifica la permanenza delle garanzie a cessione avvenuta; nella novazione, invece, si estingue il precedente rapporto obbligatorio e ne nasce uno nuovo, per il quale non permangono gli accessori e le garanzie che corredevano quello precedente¹⁴⁰.

Tale fattispecie negoziale risulta particolarmente funzionale all'economia post-industriale contemporanea, in quanto, in accordo con le moderne esigenze di rapida circolazione della ricchezza non solo fondiaria, si consente il trasferimento della ricchezza futura¹⁴¹, il che costituisce l'essenza del negozio di cessione del credito.

La cessione del credito è un vero e proprio contratto bilaterale, tra cedente e cessionario, al quale resta estraneo, dal punto di vista dell'espressione della volontà il debitore ceduto, il tutto in evidente antitesi con quanto avviene nella diversa fattispecie della cessione del contratto (cfr. art. 1406 c.c.), il quale, al contrario di quanto accade per la cessione del credito, determina la successione a titolo particolare nell'intera posizione giuridica del contraente, comprensiva del debito, la cui circolazione richiede e giustifica la prestazione del consenso, da parte del contraente ceduto¹⁴². La notificazione (atto giuridico da

140 BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni* – vol. III, 2 *Vicende dell'obbligazione* vol. IV *Difesa preventiva e successiva dell'obbligazione* cit., 59.

141 GALGANO, *Trattato di diritto civile*. Vol. II, Padova, 2010, 108. Come noto, la massima tutela delle esigenze di pronto smobilizzo della ricchezza si ottiene con i titoli di credito.

142 BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni* – vol. III, 2 *Vicende dell'obbligazione* vol. IV *Difesa preventiva e successiva dell'obbligazione* cit., 44.

qualificarsi come semplice onere e non già quale obbligo in capo al cessionario¹⁴³) della cessione o l'accettazione (atto giuridico in senso stretto definibile come vera e propria dichiarazione di scienza¹⁴⁴) della stessa da parte del debitore non hanno una funzione costitutiva della cessione¹⁴⁵, già perfettamente valida tra cessionario e cedente, bensì producono il solo effetto di opporre al ceduto la cessione. Ne consegue che il contratto di cessione è perfettamente valido con il solo accordo tra cedente e cessionario¹⁴⁶.

La regola generale, che prescinde dal consenso espresso dal debitore ceduto, trova un'eccezione nel caso in cui ciò che si aliena sia un credito strettamente personale o negozialmente incedibile. In questo caso, infatti, il consenso prestato dal debitore alla cessione assumerebbe la qualificazione giuridica di atto di autorizzazione privata¹⁴⁷, il quale, come qualsiasi atto negoziale autorizzativo, funge da strumento idoneo alla rimozione di un ostacolo, legale o pattizio, alla formazione di un determinato negozio¹⁴⁸. Sul punto va aggiunto che, specialmente con riferimento ai crediti *intuitu personae* (es. quelli aventi un contenuto intellettuale o artistico), il consenso prestato dal debitore ceduto comporterebbe non proprio la realizzazione di una particolare forma di cessione del credito, bensì senz'altro novazione soggettiva.

Eccezione al principio di efficacia dell'accordo di cessione del credito al momento dello scambio dei consensi negoziali si ha nell'ambito della contrattazione di crediti in cui parte è la Pubblica Amministrazione (sia attiva sia passiva), in virtù di speciali norme che prevedono talvolta divieti di cessione veri e propri; altre volte autorizzazioni preventive da parte del debitore ceduto soggetto pubblico, che fungono da condizioni di legalità della cessione; altre volte ancora, il non rifiuto da parte dell'amministrazione competente. È evidente come tali norme si giustifichino nell'ottica di preservare l'interesse pubblico, di cui sono portatrici le Amministrazioni¹⁴⁹. Tra le varie norme che caratterizzano il settore, un ruolo-guida è sicuramente quello che recita la normativa specifica in tema di contabilità

143 BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni* – vol. III, 2 *Vicende dell'obbligazione* vol. IV *Difesa preventiva e successiva dell'obbligazione* cit., 48.

144 BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni* – vol. III, 2 *Vicende dell'obbligazione* vol. IV *Difesa preventiva e successiva dell'obbligazione* cit., 49.

145 Tale convincimento era, invece, sostenuto nel diritto consuetudinario francese, anteriore alla codificazione, tanto che un'evidente influenza se ne avverte nell'opera di POTHIER, *Traité du contrat de vente selon les règles tant du for de la conscience que du for extérieur*, Parigi, 1762, n. 555. Tale posizione, tuttavia, venne respinta dal *code Napoléon*, informato, come noto, al principio del consenso traslativo anche per quanto riguarda la cessione dei diritti di credito. Non mancano, anche tra i commentatori italiani taluni accenni a questa teoria (cfr. FERRARA JR., *La teoria giuridica dell'azienda*, Milano, 1982, 351; PACCHIONI, *Obbligazioni e contratti* a cura di Grassetti, Padova, 1950, 31).

146 CICALA, *Saggi sull'obbligazione e le sue vicende*, Napoli, 2008, 114.

147 BIANCA, *Diritto civile 4 L'obbligazione*, Milano, 1993, 581.

148 AURICCHIO, voce *Autorizzazione (dir. priv.)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1959, vol. IV, reperibile, mediante le banche dati di Ateneo, sul sito <http://enciclopedia.giuffre.it>

149 Per un'esauriente rassegna delle principali ipotesi di applicazione delle normative sulla cessione di crediti "pubblici" nei più disparati settori, in particolare quello degli appalti pubblici si rimanda a BRIGANTI – VALENTINO, *Le vicende delle obbligazioni La circolazione del credito e del debito*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del notariato* diretto da Perlingieri, Napoli, 2007, 73 e ss..

generale dello Stato (r.d. 18 novembre 1923 n. 2240), in particolare gli artt. 69 e 70 che prevedono specifici oneri per il perfezionamento del procedimento di negozi giuridici, compresi la cessione dei crediti delle Pubbliche Amministrazioni.

La causa del contratto di cessione del credito deve essere necessariamente rinvenuta nella singola tipologia contrattuale, tipica o atipica, mediante la quale le parti hanno inteso addivenire al trasferimento della titolarità del diritto relativo a favore dell'acquirente. Deve perciò di un contratto ad effetti traslativi, quali, tipicamente, la vendita (cfr. il riferimento all'art. 1470 c.c.), la permuta (art. 1552 c.c.), ovvero la stessa donazione, nel caso in cui il trasferimento del credito sia connotato dalla necessaria liberalità prescritta da tale tipo contrattuale (art. 769 c.c.). Alla luce di queste considerazioni, si deve convenire con la tesi, senz'altro prevalente in dottrina e in giurisprudenza, per la quale la causa della cessione del credito è di per sé neutra ovvero variabile, riconducibile quindi, entro uno schema che può essere oneroso ovvero gratuito (come, peraltro, si desume dallo stesso art. 1260 c.c.)¹⁵⁰.

La teoria, pur potendosi definire sicuramente come maggioritaria, non è stata tuttavia esente da critiche. È stato infatti evidenziato, in ricezione di teorie anticausalistiche sviluppatesi per osmosi dagli studi germanistici, come il contratto di cessione dei crediti debba essere ricondotto al genere dei contratti astratti, in quanto esso avrebbe il solo scopo di produrre il trasferimento della titolarità del credito, non essendoci altra funzione pratica assoluta da siffatto tipo contrattuale, dovendosi perciò distinguere tra il contratto traslativo e la cessione del credito, in sé negozio astratto¹⁵¹. Una variante di questa tesi è quella che ravvisa nel contratto di cessione del credito un autonomo tipo negoziale, svincolato dal riferimento a qualsiasi ulteriore contratto traslativo. Si argomenta, facendo un paragone con il contratto di vendita, che la cessione è essa stessa autonoma fattispecie che produce l'effetto traslativo del diritto relativo. In pratica, così come non c'è un contratto sottostante al trasferimento della proprietà, così non c'è un contratto sottostante alla cessione del credito, la cessione, sempre secondo questo orientamento, non sarebbe un contratto a causa variabile, allo stesso modo con cui non si può parlare, e nessuno parla, del trasferimento della proprietà come di un contratto a causa variabile¹⁵².

Ragione per cui il negozio di cessione del credito avrebbe una propria funzione costante, ossia quella di attuare la sostituzione di un soggetto ad un altro soggetto, definibile, quindi,

150 In questo senso, cfr. in dottrina BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni – vol. III, 2 Vicende dell'obbligazione vol. IV Difesa preventiva e successiva dell'obbligazione* cit., 46; BIANCA, *Diritto civile 4 L'obbligazione*, Milano, 1993, 586; GAZZONI, *Manuale di diritto privato* cit., 619; FINAZZI, *La cessione del credito*, in *La circolazione del credito. Tomo I - Cessione - 'Factoring' – Cartolarizzazione*, a cura di Alessi – Mannino, facente parte del *Trattato delle obbligazioni* a cura di Garofalo – Talamanca, Padova, 2008, 19. In giurisprudenza cfr. Cassazione, 3 dicembre 2002 n. 17162 in *Massimario Foro Italiano*, 2002; Cassazione, 3 febbraio 2010, n. 2517 in *Giustizia civile Massimario* 2010.

151 MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III vol., Milano, 1959, 189 e ss..

152 GALGANO, *Trattato di diritto civile*. Vol. II, cit., 109.

come interesse al trasferimento del credito. In pratica, il contratto di cessione andrebbe scomposto in una causa costante che consiste nell'interesse al trasferimento del credito e in una causa specifica consistente, invece, nello schema negoziale specificamente voluto dalle parti¹⁵³.

A tutto ciò si è acutamente risposto che la causa del contratto di cessione del credito va identificata nella stessa causa traslativa dei comuni contratti a ciò deputati, analogamente a quanto accade nei normali negozi traslativi di diritti reali, per i quali non si pone un problema di generico negozio traslativo del diritto reale, ma si ha senz'altro un negozio di vendita, di permuta o di donazione¹⁵⁴.

In realtà, alla luce dell'orientamento prevalente in giurisprudenza, si deve ritenere che lo schema della cessione del credito sia tendenzialmente amorfo, dovendo essere individuata la funzione economico-sociale del trasferimento del diritto sulla base dell'interesse pratico concretamente voluto dalle parti, in perfetta coerenza con l'orientamento ricostruttivo della nozione di causa, sviluppatosi recentemente in giurisprudenza¹⁵⁵. Una pluralità di cause possono (*rectius*: debbono), quindi, arricchire il contenuto del negozio di cessione - si pensi non solo alla semplice funzione di attuare il trasferimento della titolarità del credito, ma anche a quella di garanzia¹⁵⁶ o solutoria¹⁵⁷.

L'oggetto del contratto di cessione del credito può essere qualsiasi posizione creditoria che non sia dichiarata incedibile dalla legge ovvero dai privati con apposita convenzione di incedibilità volontaria. Speciali divieti di cessione sono previsti dall'art. 1261 c.c. a causa della posizione soggettiva dei cessionari: la violazione di un tale divieto, secondo la teoria decisamente prevalente, determinerebbe la nullità assoluta del negozio concluso in spregio¹⁵⁸. In recepimento dei principi generali in tema di negozio giuridico, oggetto della

153 PANUCCIO, *La cessione volontaria dei crediti nella teoria del trasferimento*, Milano, 1955, 27.

154 CICALA, op. cit., 7; nel medesimo senso cfr. BRIGANTI – VALENTINO, *Le vicende delle obbligazioni La circolazione del credito e del debito* cit., 6.

155 Cassazione, 8 maggio 2006 n. 10490 reperibile sul sito <http://www.diritto-in-rete.com/sentenza.asp?id=186>

156 Cfr. Cassazione, 3 febbraio 2010, n. 2517 cit. secondo la quale “la funzione di garanzia può caratterizzare sia la cessione di credito - negozio traslativo a causa variabile, nel quale il credito viene ceduto e, quindi, riscosso nel proprio nome e nel proprio interesse dal cessionario, divenutone il titolare in forza dell'effetto traslativo tipico della cessione, dispiegandosi la funzione di garanzia fino al momento in cui il credito del cessionario trovi piena soddisfazione mediante la sua riscossione - sia il mandato irrevocabile all'incasso, ove il pagamento viene ricevuto a nome del mandante, ma nell'interesse del mandatario, ed esplicandosi perciò in tal caso la funzione di garanzia in via di fatto, atteso che il mandatario, seppur eserciti al momento della riscossione del credito la legittimazione del mandante, viene a disporre delle somme incassate in vista di una finalità solutoria, nel suo precipuo interesse”.

157 Cassazione, 3 luglio 1980, n. 4213 in *Massimario Giurisprudenza Italiana*, 1980 per la quale “la cessione di un credito può, in astratto, essere preordinata sia al conseguimento di uno scopo di garanzia che, ai sensi dell'art. 1198 c.c., alla realizzazione di una funzione solutoria e l'apprezzamento del giudice del merito circa il simultaneo concorso, in concreto, dei due scopi predetti, uno dei quali sia prevalente, non è sindacabile in sede di legittimità”.

158 PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti (artt. 1260 – 1267 c.c.)*, in *Commentario del codice civile* Scialoja – Branca, Bologna – Roma, 1982, 113 e ss. il quale evidenzia come l'imperatività della norma di divieto si ricolleggi a quanto prevede l'art. 1418 c. 1 che dispone che il contratto è nullo allorché sia in contrasto con norme imperative. Inoltre, vista anche l'eccezionalità dell'istituto, la nullità in questione non può che essere assoluta, non già relativa, dovendo, quindi, essere non solo consentita l'impugnazione da parte di chiunque vi abbia interesse, ma anche d'ufficio dal giudice.

cessione del credito può essere non solo un credito altrui ma anche un credito futuro, rientrando in questo caso la cessione nello schema dei negozi traslativi obbligatori ad effetti reali differiti (analogamente a quanto accade per la vendita di diritti altrui ovvero di diritti futuri), purché si tratti di crediti determinati o determinabili¹⁵⁹. Tale principio, in virtù dell'incompletezza della causa nel paradigma generale della cessione del credito, deve essere reso coerente con i principi che dominano le singole fattispecie negoziali mediante le quali essa si realizza. In particolare, nel caso in cui la cessione del credito rientrasse nello schema della donazione, dovrebbero trovare applicazione i principi restrittivi, basati sul tradizionale freno alla prodigalità fatto proprio dall'ordinamento (cfr. in questo senso anche l'art. 415 c. 2 c.c.), che, ai sensi dell'art. 771 c.c., giustificano la nullità della donazione di beni futuri e, secondo la teoria prevalente in dottrina e in giurisprudenza¹⁶⁰, anche quella della donazione di beni altrui. In virtù dei principi generali in tema di negozio indiretto, il divieto sostanziale di donazione di crediti futuri o altrui deve trovare applicazione anche in caso di donazione indiretta.

La forma del contratto di cessione è anch'essa vincolata allo schema causale che corrisponde agli interessi delle parti: pertanto, nel caso in cui le parti volessero procedere a una vendita la forma sarà libera, non essendo necessaria la forma scritta neppure nel caso in cui il credito avesse quale fonte un contratto a sua volta formale. Nel caso in cui il contratto predisposto dalle parti fosse una permuta, ai sensi dell'art. 1350 c.c., la valutazione da compiersi per i profili formali dell'accordo andrebbe concentrata con riferimento all'altro trasferimento posto in essere dalle parti, pertanto nel caso in cui si trattasse di un diritto di

159 BIANCA, *Diritto civile 4 L'obbligazione*, cit., 589.

160 In giurisprudenza in questo senso cfr. Cassazione, 5 maggio 2009, n. 10356 in *Giurisprudenza Italiana*, 2010, 3, 571 secondo la quale “la donazione dispositiva di un bene altrui, benché non espressamente disciplinata, deve ritenersi nulla alla luce della disciplina complessiva della donazione e, in particolare, dell'art. 771 c.c., poiché il divieto di donazione dei beni futuri ricomprende tutti gli atti perfezionati prima che il loro oggetto entri a comporre il patrimonio del donante; tale donazione, tuttavia, è idonea ai fini dell'usucapione decennale prevista dall'art. 1159 c.c. poiché il requisito, richiesto da questa norma, dell'esistenza di un titolo che legittimi l'acquisto della proprietà o di altro diritto reale di godimento, che sia stato debitamente trascritto, deve essere inteso nel senso che il titolo, tenuto conto della sostanza e della forma del negozio, deve essere suscettibile in astratto, e non in concreto, di determinare il trasferimento del diritto reale, ossia tale che l'acquisto del diritto si sarebbe senz'altro verificato se l'alienante ne fosse stato titolare” e da ultimo la sentenza di merito del Tribunale Benevento, 1 aprile 2010 in banca dati *De Agostini*. In dottrina, di questo stesso convincimento cfr. TORRENTE – SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2004, 1031, 1032; SPANO, *L'invalidità delle donazioni*, in *Trattato breve delle Successioni e Donazioni* a cura di Rescigno, Padova, 2010, tomo II, 462, dovendosi ritenere esteso il divieto di donazione non solo ai beni oggettivamente futuri, ma anche a quelli che, per quanto presenti *in rerum natura*, siano di proprietà di terzi.

Come noto, questa tesi è stata avversata da autorevole dottrina (BALBI, *La donazione*, in *Trattato di diritto civile* diretto da Grosso e Santoro Passarelli, Milano, 1964; LENZI, *La donazione obbligatoria*, in *Trattato breve delle Successioni e Donazioni* a cura di Rescigno, Padova, 2010, tomo II, 441 e ss.) e sostenuta anche in giurisprudenza (cfr. Cassazione, 5 febbraio 2001, n. 1596 in *Notariato*, 2001, 5, 454 secondo la quale “la donazione di beni altrui non può essere ricompresa nella donazione di beni futuri, nulla ex art. 771 c.c., ma è semplicemente inefficace e, tuttavia, idonea ai fini dell'usucapione abbreviata ex art. 1159 c.c., in quanto il requisito, richiesto dalla predetta disposizione codicistica, della esistenza di un titolo che sia idoneo a far acquistare la proprietà o altro diritto reale di godimento, che sia stato debitamente trascritto, va inteso nel senso che il titolo, tenuto conto della sostanza e della forma del negozio, deve essere idoneo in astratto, e non in concreto, a determinare il trasferimento del diritto reale, ossia tale che l'acquisto del diritto si sarebbe senz'altro verificato se l'alienante ne fosse stato titolare”).

proprietà immobiliare permutato con un credito, allora la forma dell'intero negozio sarebbe scritta a pena di nullità. Naturalmente le cose cambiano nel caso in cui il credito venisse donato. In questo caso la forma pubblica richiesta dal codice civile per la stipula del negozio liberale assorbirebbe ogni considerazione circa il profilo oggettivo del diritto alienato.

Quanto alla forma della notificazione, invece, la legge non prevede alcun tipo di onere. A dire il vero non sono mancate opinioni difformi sul punto, sostenendosi da parte di un'importante voce che la notificazione in parola andrebbe perfezionata secondo le tipiche modalità previste dal codice di procedura civile¹⁶¹. Prevale tuttavia la tesi generale, immanente a tutto il diritto civile, per cui la notificazione al debitore ceduto può essere fatta con forma libera¹⁶². Come noto, la notificazione della cessione, in deroga al principio *prior in tempore potior in iure*, ha anche l'effetto di regolare i conflitti tra acquirenti dal medesimo cedente. Quanto all'accettazione del debitore ceduto, si qualifica come atto di riconoscimento del debito, ovvero come mera dichiarazione di scienza¹⁶³.

3.1.1 Il trasferimento delle garanzie nella cessione del credito

Per quanto più specificamente inerente alla presente trattazione, un'importanza assolutamente centrale è rivestita dall'art. 1263 c.c.. Tale norma, in omaggio ai principi generali in tema di cessione del credito, sancisce al primo comma che “per effetto della cessione, il credito è trasferito al cessionario con i privilegi, con le garanzie personali e reali e con gli altri accessori”. In pratica, il cessionario, mercé il negozio di cessione, viene immesso nella medesima posizione giuridica, relativa a quel determinato credito, di cui era titolare il cedente. La norma è coerente con la generale efficacia traslativa del credito e con il principio per il quale il diritto relativo circola unitamente ai frutti e ai diritti pertinenti al medesimo. Un tale effetto giuridico si riconnette al noto principio *accessorium sequitur principale*, alla base di una pluralità di norme di diritto positivo. Tale broccardo emerge per ogni contratto avente effetti traslativi su un bene principale che sia dotato di una serie di accessori che ne arricchiscono il contenuto: si pensi all'art. 818 c.c., norma che, sancendo la circolazione delle pertinenze unitamente alla *res* principale, esprime un principio generale

161 PANUCCIO, voce *Cessione dei crediti*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. VI, Milano, 1960, tratta dal sito <http://enciclopedia.giuffre.it>

162 BIANCA, *Diritto civile 4 L'obbligazione*, cit., 588; GALGANO, *Trattato di diritto civile* vol. II cit., 111; in giurisprudenza cfr. Cassazione, 2 novembre 2010, n. 22280 cit. e, per le pronunce di merito, cfr. Tribunale Milano, 24 settembre 2009 in banca dati *De Agostini Professionale*.

163 GAZZONI, *Manuale di diritto privato* cit., 619.

dell'ordinamento che trova una puntuale applicazione anche nella materia *de qua*.

Tutto ciò prova come la cessione del credito non possa essere ricondotta a un nuovo tipo negoziale, bensì a un contenuto amorfo, entro il quale si possono far rientrare una pluralità di schemi negoziali che producono l'effetto giuridico indicato dalla norma. Da essa, si possono dedurre alcune notevoli conclusioni in tema di teoria generale. Anzitutto, si conferma come sia essenziale al concetto stesso di successione nel rapporto obbligatorio il trasferimento della medesima posizione giuridica di cui era titolare il trasmittente. Tuttavia nulla vieta che le parti, nella loro autonomia, possano decidere di cedere un credito, senza trasmettere gli accessori e le garanzie a corredo. In questo caso si pone un problema di qualificazione causale della convenzione. A un primo esame della stessa, emerge come essa sia in contrasto con i principi generali sulla trasmissione del rapporto obbligatorio: non può esserci vera cessione del credito (ossia un negozio che dia luogo a completa successione nel lato attivo del credito) senza che ci sia la trasmissione di quanto accede al credito stesso. Tuttavia, la validità e la meritevolezza di un tale contratto non possono essere messi in discussione. Più in particolare, vista la peculiarità dello stesso, non si potrà ritenere di essere innanzi a una cessione del credito, bensì a una vera e propria novazione soggettiva attiva del rapporto, che implica eliminazione di tutti gli accessori e le garanzie, in quanto il rapporto che scaturisce dalla novazione si fonda esclusivamente sul rapporto novato.

La questione delle garanzie assume un'importanza davvero decisiva nella moderna economia di mercato che esalta il potenziale di circolazione di ogni posizione giuridica soggettiva, a prescindere dal sostrato realistico su cui essa possa in ipotesi poggiare. Le garanzie, infatti, incidono sensibilmente sul valore di mercato del credito che, ben lungi del limitarsi al valore nominale dello stesso, si articola in una complessiva posizione giuridica, entro la quale le garanzie fungono da unità di riferimento per i protagonisti dell'economia e per i "mercanti" dei crediti. L'esistenza di garanzie, accessorie al credito ceduto, infatti, rafforzano la potenzialità di recupero del cessionario e fa conseguentemente lievitare il valore del credito¹⁶⁴.

È tuttavia consentito alle parti di evitare che si trasmettano al cessionario i diritti accessori al credito alienato; è tendenzialmente inammissibile una sorta di riserva degli stessi in favore del cedente, analogamente a quanto accade nel caso in cui il proprietario di un bene decidesse di vendere un bene, riservando un diritto reale minore di godimento sullo stesso (si pensi alla riserva di usufrutto ovvero a quella, maggiormente discussa sul piano della legittimità, della riserva di servitù). La caratteristica posizione servente del diritto di garanzia impedisce, infatti, che si abbia una circolazione del diritto di garanzia avulsa da

164 BRIGANTI – VALENTINO, *Le vicende delle obbligazioni La circolazione del credito e del debito* cit., 46.

quella del diritto: si ha una sorta di collegamento negoziale indissolubile ovvero un'accessorietà (sul punto cfr. parte prima paragrafo 4.1) che consente esclusivamente la rinuncia ovvero la cancellazione del diritto di garanzia, ma non già un'autonoma circolazione del diritto. A favore di questa tesi, inoltre, lo stesso tenore letterale dell'art. 1263 c. 2 c.c. pare dare risposte inequivocabili. È ben vero che tale norma consente che la cosa data in pegno, a garanzia del credito, resti nella disponibilità del cedente, nel caso in cui manchi il consenso di colui che ha costituito il pegno (il debitore ovvero il terzo costituente), tuttavia non c'è un'autonoma circolazione del diritto di pegno: il pegno permane a garanzia del credito circolato, ma la mera disponibilità del bene viene attribuita a un terzo, in qualità di mero custode, come recita l'art. 1263 c. 2 c.c.. Tale conclusione deve essere confermata nel caso più naturale in cui il cedente non abbia più alcun interesse in merito al credito alienato, tuttavia si è evidenziato come in determinate fattispecie nelle quali il cedente conservi, relativamente alla medesima vicenda, un qualche interesse (si pensi all'ipotesi in cui il cedente abbia la titolarità dei frutti scaduti del credito, che per regola generale restano in capo a quest'ultimo, in mancanza di apposita disposizione delle parti: art. 1263 c. 3 c.c.), appare legittima la riserva del diritto di ipoteca o di diverso diritto di garanzia¹⁶⁵.

Per quanto riguarda i diritti di garanzia, la legge prevede, con formula generica e non tassativa, che si trasferiscono i privilegi, le garanzie personali o reali e ogni altro accessorio del credito.

La prima preoccupazione che la dottrina ha inteso risolvere inerisce proprio a ciò che, unitamente al credito, viene trasferito al cessionario. Sulla questione, una certa funzione di guida nella soluzione del problema può essere svolta dall'art. 1541 c.c. 1865¹⁶⁶, che era la norma corrispondente all'attuale art. 1263 c.c., specialmente nella parte in cui prevede che passino anche le cauzioni. In dottrina si è ritenuto che anche le cauzioni possano passare in favore del cessionario, così come lo stesso *modus* (art. 647 e 793 c.c.) che dovesse essere stato apposto al negozio costitutivo del credito ceduto¹⁶⁷. Maggiori incognite hanno sortito la possibile cessione automatica anche della clausola penale (artt. 1382 e ss. c.c.), della caparra confirmatoria (art. 1385 c.c.) e di quella penitenziale (art. 1386 c.c.), ossia di quei congegni negoziali che hanno lo scopo di rafforzare il vincolo obbligatorio e/o di predeterminare il risarcimento del danno¹⁶⁸. L'opinione tradizionale in dottrina sulla

165 PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti* (artt. 1260 – 1267 c.c.) cit., 130.

166 Questo è il testo della norma indicata: “La vendita o la cessione di un credito comprende gli accessori del credito stesso, come sarebbero le cauzioni, i privilegi e le ipoteche. Non comprende però le rendite e gli interessi scaduti, salvo che siasi convenuto altrimenti”.

167 PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti* (artt. 1260 – 1267 c.c.) cit., 131.

168 Cfr. BIANCA, *La responsabilità 5 Diritto civile*, Milano, 1994, 221 e ss. ove ampi riferimenti a tutte le tesi che si sono sviluppate sulla funzione economico-sociale degli istituti sopra menzionati.

questione è dell'avviso che il carattere meramente strumentale al contratto, non già al credito, impedisca la successione in detti diritti¹⁶⁹. Prevale, tuttavia, specie negli studi più recenti, la tesi secondo cui la clausola penale, in quanto elemento di garanzia rafforzativa dell'esecuzione della prestazione, si trasferisca a favore del cessionario del credito, perciò se il credito ceduto si sostanzia nella prestazione cui si riferisce la clausola penale, questa è da considerare accessorio del credito¹⁷⁰, mentre, per quanto concerne le caparre penitenziali e quelle confirmatorie, esse non possono essere considerate accessorie a un credito¹⁷¹, in quanto la prima è un mero corrispettivo del recesso; mentre la seconda funge da garanzia dell'impegno negoziale nel suo complesso.

Anche in giurisprudenza prevale la tesi per la quale il complesso dei diritti che si trasmettono a seguito della cessione del credito sia il più vario, in quanto “la previsione dell'art. 1263 c. 1 c.c., in base alla quale il credito è trasferito al cessionario, oltre che con i privilegi e le garanzie reali e personali, anche con gli "altri accessori", deve essere intesa nel senso che nell'oggetto della cessione rientri la somma delle utilità che il creditore può trarre dall'esercizio del diritto ceduto, cioè ogni situazione giuridica direttamente collegata con il diritto stesso, la quale, in quanto priva di profili di autonomia, integri il suo contenuto economico o ne specifichi la funzione, ivi compresi tutti i poteri del creditore relativi alla determinazione, variazione e modalità della prestazione, nonché alla tutela del credito”¹⁷².

Ma la questione, oggetto della riflessione più profonda in tema di cessione del credito, riguarda le garanzie relative allo stesso, di cui fruiva il creditore originario. In primo luogo, opportunamente il codice vigente dispone, innovando rispetto al testo del cessato art. 1541 c.c. 1865, che anche le garanzie personali siano un accessorio, tale da trasmettersi in virtù della cessione del credito. Pertanto, sicuramente possono essere oggetto di automatico trasferimento in favore del creditore, la fideiussione, comprensiva dell'ipotesi del mandato di credito, così come il diritto di anticresi, aderendo naturalmente alla tesi secondo la quale siffatto contratto attribuisce al creditore anticretico un semplice diritto di credito¹⁷³.

169 PANUCCIO, voce *Cessione dei crediti* cit..

170 PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti (artt. 1260 – 1267 c.c.)* cit., 132; BIANCA, *Diritto civile 4 L'obbligazione*, cit., 592.

171 PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti (artt. 1260 – 1267 c.c.)* cit., *ibidem*.

172 Cassazione, 15 settembre 1999 n. 9823, in *Massimario Giurisprudenza Italiana*, 1999.

173 Trattasi di questione senz'altro dibattuta, per alcuni autori il diritto del creditore anticretico è da qualificarsi come personale, in aderenza, peraltro, a quanto era previsto espressamente nel codice del 1865 (art. 1891). In questo senso cfr. TEDESCHI, voce *Anticresi*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. I, Torino, 1957, 40; L. FERRI, *Della trascrizione*, in *Commentario del codice civile* Scialoja – Branca, Bologna – Roma, 1966, 144 e per la giurisprudenza cfr. Cassazione, 9 gennaio 1998, n. 136 in *Massimario Giurisprudenza Italiana*, 1998. Favorevolmente alla tesi della realtà del diritto spettante al creditore anticretico si è mostrata altra dottrina, cfr. in particolare PERSICO, voce *Anticresi*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. II, Milano, 1958, voce reperibile, mediante le banche dati di Ateneo, sul sito <http://enciclopedia.giuffre.it>; DE LUCA – COGLIANDRO – D'AURIA – RONZA, *Dei singoli contratti* vol. II, Milano, 2002, 582.

In verità, si ritrovano nel diritto spettante al creditore anticretico proprio quelle caratteristiche che lo qualificano come

Certamente un ruolo centrale nelle vicende della cessione del credito è rappresentato dal passaggio a favore del creditore delle garanzie reali che assistono il medesimo. Come già accennato, la presenza di questi accessori rende sicuramente più appetibile il credito e spesso rappresenta la ragione per la quale si conclude un negozio di cessione.

La legge, ma anche i principi generali che regolano ciascuna forma di garanzia reale, disciplinano in modo differenziato l'acquisto del diritto di garanzia, a seconda che si tratti di privilegio, pegno ovvero ipoteca.

Per quanto concerne i primi, come si è cercato di illustrare nel paragrafo 3 della prima sezione, la regola generale è quella della tendenziale indisponibilità per i privati della genesi del diritto di garanzia. È noto, infatti, come i privilegi siano connessi in modo inscindibile alla causa del credito e da ciò si deduce, in prima battuta, che è inammissibile una circolazione del privilegio avulsa da quella del credito. Tale principio, in realtà, non avrebbe alcuna portata innovativa rispetto a quanto già è pacificamente sostenuto per tutte le garanzie reali. Tuttavia, in dottrina si è giunti anche a sostenere come la stessa indisponibilità del privilegio e la sua connessione con la causa del contratto rendano altresì inammissibile la stessa abdicazione di tale diritto da parte del cessionario, al momento del perfezionamento del contratto di cessione: in pratica, in virtù della causa del credito, che determina la costituzione automatica *ex lege* del privilegio, non sarebbe possibile per il cessionario rinunciare a quel determinato privilegio¹⁷⁴. Una tale conclusione, a dire il vero, non è condivisa da altra dottrina che, preso atto della mancanza di una disposizione specifica che vieti alle parti del contratto di cessione del credito e, segnatamente al cessionario, di rinunciare alle garanzie che corredano il credito stesso, ivi compreso il privilegio, conclude nel senso che nulla ostacoli la piena legittimità di un atto dismissivo, sia coevo alla cessione del credito sia posteriore alla stessa, che renda perciò semplicemente chirografario un credito precedentemente privilegiato¹⁷⁵.

Quanto al pegno, l'art. 1263 c. 2 c.c. recita: “il cedente non può trasferire al cessionario, senza il consenso del costituente, il possesso della cosa ricevuta in pegno; in caso di dissenso, il cedente rimane custode del pegno”. Si tratta di una regola connessa ai principi generali in tema di pegno. In dottrina, si è ritenuto che il tenore letterale della norma fa supporre che il pegno, analogamente a quanto accade per gli altri accessori del credito (tra essi si deve eccipere l'ipoteca, che come si vedrà meglio oltre è dominata dal principio della

diritto reale. Si pensi, all'assolutezza e all'immediatezza, quindi un diritto opponibile *erga omnes* anche grazie alla trascrizione del diritto, prevista dall'art. 2643 n. 12 e 2644 c.c.. A ulteriore conferma di questo assunto, si evidenzia come l'immediatezza del diritto spettante al creditore anticretico sia assicurato a prescindere da qualsiasi comportamento del debitore, nonché dal fatto che il creditore deve provvedere direttamente alla manutenzione ed all'amministrazione del bene e, salvo patto contrario, al pagamento dei tributi e dei pesi annui.

174 PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti (artt. 1260 – 1267 c.c.)* cit., 134.

175 PANUCCIO, voce *Cessione dei crediti* cit..

costitutività dell'iscrizione anche in caso di cessione del credito che garantisce), si trasferisce, quale diritto reale di garanzia, immediatamente e automaticamente al momento della cessione, salvo espressa differente volontà delle parti¹⁷⁶. Da ciò si deduce che le azioni soddisfattive sul bene vincolato in pegno potranno essere esercitate direttamente dal creditore-cessionario. I termini usati dal legislatore sono indicativi di tale precisa scelta normativa: la legge non si occupa che del trasferimento della *res*, non già del diritto per il quale, quindi, non si eccepisce alla regola generale. Non si può neppure parlare di una deroga, in questo caso, al principio della realtà del contratto costitutivo della garanzia pignorizia. Esso, infatti, non può che venire in rilievo esattamente al momento genetico del diritto, non già in quello, successivo e diverso, della circolazione del credito. C'è quindi accordo in dottrina nel rinvenire la *ratio* della disposizione, relativa esclusivamente ai profili di custodia e di possesso materiale della cosa oppignorata, nel principio fiduciario che lega il costituente il pegno, titolare del diritto reale di proprietà sullo stesso, al cedente già creditore originario¹⁷⁷. Conferma del fondamento fiduciario che lega costituente e creditore pignorizio e che fa divieto di immissione nel possesso in capo al cedente si rinviene anche nella Relazione al codice civile (n. 581).

Da ciò, si desume come la norma esprima un principio di tutela di un interesse privatistico del costituente e, come tale, esso potrà essere sicuramente oggetto di apposita regolazione, anche in deroga alla legge, nei contratti costitutivi del credito e del pegno¹⁷⁸, salva tuttavia l'efficacia delle norme di legge poste a tutela di interessi di soggetti posti in posizione economico-sociale inferiore rispetto al contraente (si pensi ai contratti tra professionista e consumatore, in questo caso una norma che prevedesse una deroga generale al principio di cui all'art. 1263 c. 2 c.c. e che imponesse al consumatore un previo consenso a qualsiasi costituzione di pegno incontrerebbe i limiti previsti dalla normativa in tema di tutela del consumatore, di cui al codice del consumo, stante la evidente vessatorietà di una tale clausola).

Nel caso in cui non venisse perfezionato il trasferimento del possesso in favore del cessionario, il cedente, come recita la norma, rimarrà custode della cosa pignorata. In questo caso, si ritiene che la natura giuridica della posizione giuridica del custode – già titolare del diritto di pegno (che è già trasferito in favore del cessionario) - possa essere identificata in quella del titolare di ufficio di diritto privato. Tale figura giuridica, coniata da autorevole dottrina¹⁷⁹, ricorre allorché si sia in presenza di un determinato soggetto che, nell'interesse altrui, in obbedienza ad un dovere ed in forza di un diritto proprio, commisurato al dovere

176 BIANCA, *Diritto civile 4 L'obbligazione*, cit., 591.

177 PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti (artt. 1260 – 1267 c.c.)* cit., 141.

178 PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti (artt. 1260 – 1267 c.c.)* cit., 143.

179 MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. III parte II, Milano, 1952, 321.

medesimo, esplica in proprio nome una data attività. Naturalmente siffatto istituto, tipico di posizioni attive e propulsive di cura di attività giuridiche più o meno estese nel tempo, quali la tutela, la curatela, la curatela dell'eredità giacente ovvero l'ufficio di esecutore testamentario, può ben essere adattato ad un'attività passiva, quale quella di mero custode di una cosa, nell'interesse altrui, in virtù del rapporto fiduciario in essere con il proprietario della stessa.

3.1.2 Il trasferimento dell'ipoteca nella cessione del credito

I problemi maggiori, in tema di subentro del cessionario nelle garanzie del credito, riguardano la garanzia ipotecaria che, per avventura, dovesse corredare il credito ceduto. L'art. 1263 c.c., in realtà, non detta alcuna specifica disposizione in tema di trasmissione dell'ipoteca, ribadendo esclusivamente la regola generale della successione dell'accessorio unitamente al credito. Il codice civile demanda, infatti, direttamente alla disciplina speciale relativa al diritto ipotecario contenuta nel sesto libro del codice civile. È l'art. 2843 c.c. la norma fondamentale in tema di trasmissione del vincolo ipotecario e la formalità dell'annotazione della cessione in margine all'iscrizione ipotecaria il cuore della vicenda relativa al trasferimento del vincolo.

Emerge in modo chiaro la differenza che informa il sistema dell'iscrizione ipotecaria tipico del codice abrogato rispetto a quello tuttora vigente. Nel sistema del 1865 la trascrizione e l'iscrizione erano soltanto abbozzati, mancando un vero e proprio sistema di continuità delle trascrizioni e di sicurezza dei traffici giuridici, inconvenienti tutti ben descritti nella Relazione al codice civile (n. 1066). Così, anche relativamente ai negozi dispositivi del grado ipotecario o ai negozi dispositivi direttamente dell'ipoteca, entro i limiti in cui sono ammessi dai principi generali, ovvero, da ultimo, a tutti i negozi di cessione di una posizione creditoria corroborata dalla garanzia ipotecaria, il sistema elaborato dal cessato codice civile era affatto embrionale. L'art. 1994 c.c. 1865, infatti, sanciva solo la facoltatività, in favore del cessionario, dell'annotazione in margine o in calce dell'iscrizione della cessione del credito ipotecario; annotazione che, peraltro, sortiva effetti limitati solo all'individuazione del soggetto titolare della stessa, al fine di rendere noto al Conservatore dei Registri Immobiliari chi fosse legittimato a prestare il consenso alla cancellazione della garanzia.

In totale antitesi rispetto a questi principi, in omaggio ai principi di certezza e di

completezza dei Registri Immobiliari e delle vicende relative ai negozi inerenti agli immobili e ai mobili registrati, il codice civile del '42 ha, invece, predisposto un compiuto procedimento di trascrizione e di iscrizione degli atti su immobili o beni mobili registrati, non solo ai fini di socialità dei negozi che hanno una preminenza nella realtà sociale del periodo, ma anche al fine di regolare i contrasti tra più acquirenti di un medesimo diritto sullo stesso bene, sulla base del principio della priorità della pubblicità.

Una medesima esigenza si rinviene in modo evidente nella stessa normativa di cui all'art. 2843 c.c. che impone l'annotazione, ossia una formalità pubblicitaria accessoria presa a margine di un'altra formalità principale¹⁸⁰ che consente a chiunque abbia accesso ai registri immobiliari, mediante le visure ipotecarie, di apprezzare la conclusione di particolari negozi relativi al vincolo ipotecario ovvero la conclusione di qualsiasi negozio che sortisca effetti di alienazione del grado ipotecario ovvero sul credito garantito dal diritto reale di garanzia.

Tale disposizione, nel prevedere i negozi con effetti sull'ipoteca che debbono essere oggetto di apposita annotazione, prevede un'apposita elencazione di fattispecie negoziali, da sempre considerata meramente esemplificativa¹⁸¹. In dottrina si è suggerito come gli altri negozi che debbono trovare apposita pubblicità ai sensi dell'art. 2843 c.c. debbono necessariamente coinvolgere il vincolo ipotecario ovvero avere effetti reali sul credito ipotecario¹⁸², come, ad esempio, in caso di usufrutto del credito ipotecario.

Sugli effetti giuridici della richiesta annotazione della cessione del credito, ai fini dell'art. 2843 c.c., sono state avanzate interpretazioni difformi da parte della dottrina, l'adesione ad una delle quali ha effetti assolutamente dirimenti sul piano pratico, tali da rendere più o meno appetibile la stessa cessione del credito. La formulazione della disposizione di cui alla predetta norma, riconosciuta come poco chiara¹⁸³, dà infatti spazio principalmente a due contrapposte tesi.

La prima, diffusa nella dottrina tradizionale, in conformità al tenore letterale dell'art. 2843 c.c., ritiene che, in deroga al disposto dell'art. 1263 c.c. relativo all'automaticità del trasferimento della garanzia unitamente al credito, ma, più a monte ancora, in deroga al principio del consenso traslativo, valevole *ex art.* 1376 c.c. anche per la cessione del credito, il credito beneficiario di un vincolo ipotecario circoli con pieno effetto anche *inter partes*, solo a seguito dell'annotazione del trasferimento del credito ipotecario nei Registri Immobiliari. Inoltre, l'annotazione fungerebbe da criterio di prevalenza tra più acquirenti del credito, sostituendosi così al criterio della priorità della notificazione della cessione di cui

180 CHIANALE, *L'ipoteca*, in *Trattato di diritto civile – I diritti reali* vol. VI, Torino, 2010, 328.

181 D. RUBINO, *L'ipoteca immobiliare e mobiliare* cit., 37; GORLA – ZANELLI, *Del pegno – delle ipoteche*, in *Commentario del codice civile* Scialoja – Branca a cura di Galgano, Bologna – Roma, 1992, 368.

182 CHIANALE, *L'ipoteca* cit., 329.

183 GORLA – ZANELLI, *Del pegno – delle ipoteche* cit., 367.

all'art. 1265 c.c., che sortirebbe il solo effetto di impedire al debitore ceduto di effettuare nei confronti del cedente un adempimento di natura liberatoria¹⁸⁴.

La seconda interpretazione distingue il piano dell'efficacia della cessione del credito che segue le regole generali in tema di circolazione dei diritti di credito, di cui agli artt. 1260 e ss. c.c., ossia il principio del consenso traslativo¹⁸⁵, dalla circolazione dell'ipoteca. Relativamente a quest'ultima, l'annotazione avrebbe effetti tendenzialmente costitutivi, ossia non si potrebbe ritenere perfezionato il trasferimento dell'ipoteca fintantoché non si sia proceduto all'adempimento formale indicato, in perfetta coerenza con la generale costitutività di tutte le iscrizioni richieste per l'ipoteca (nel medesimo senso anche la Relazione al codice civile n. 1159). La giurisprudenza, dal canto suo, appare orientata a sposare quest'ultima tesi. Vi si legge in particolare come “l'art. 2843 c.c. attribuisce all'annotazione del trasferimento dell'ipoteca lo stesso valore costitutivo che, relativamente al suo sorgere, è proprio dell'iscrizione, configurando in tal guisa un elemento integrativo indispensabile della fattispecie del trasferimento medesimo”¹⁸⁶, con le annesse conseguenze che tale orientamento produce in tema di opponibilità dell'acquisizione dell'ipoteca nei confronti del fallimento del debitore ceduto ovvero, più semplicemente, nei confronti degli altri creditori di quest'ultimo. Se si ritiene che l'efficacia dell'annotazione sia di tipo costitutivo, si deve concludere che il fallimento del debitore ceduto sortisca l'effetto di precludere la fruizione del diritto reale di garanzia, nel caso in cui l'annotazione della vicenda successoria della sua titolarità segua la dichiarazione di insolvenza. Questa è la tesi espressa in termini recenti dalla Cassazione, secondo cui “in tema di negozi dispositivi dell'ipoteca (presi in considerazione dall'art. 2843 c. 1 c.c.) l'annotazione nei registri immobiliari del trasferimento, da farsi a margine dell'iscrizione ipotecaria, ha carattere necessario e, quindi, costitutivo del nuovo rapporto ipotecario dal lato soggettivo, rappresentando un elemento integrativo indispensabile della fattispecie del trasferimento, con l'effetto di sostituire al cedente o surrogante il cessionario o surrogato, non solo nella pretesa di credito (che già opera in ragione del negozio), ma altresì nella prelazione nei confronti dei creditori concorrenti, per cui la mancata annotazione nei confronti dei terzi priva di effetti la trasmissione del vincolo; tuttavia, la regola di efficacia è diversa, avuto riguardo alla distribuzione della somma ricavata dalla esecuzione, non applicandosi anche

184 RUBINO, *L'ipoteca immobiliare e mobiliare* cit., 40 nota 18.

185 In dottrina non si è mancato di osservare come la complessità della fattispecie renda poco appetibile un credito ipotecario, in spregio alla normale e logica maggiore appetibilità di un credito così altamente garantito: in particolare i costi notarili e fiscali formerebbero un ostacolo di non poco conto che si interpone alla circolazione di tali crediti (così CHIANALE, *L'ipoteca* cit., 47, allorché l'autore si dilunga in una generale ricognizione della crisi del sistema delle garanzie a base reale abbandonate, anche per la minore agilità ed economicità, in favore delle garanzie personali).

186 Cassazione, 7 maggio 1992, n. 5420 in *Giurisprudenza Italiana*, 1993, I,1, 84; Cassazione, 12 settembre 1997, n. 9023, in *Vita Notarile*, 1998, 929.

l'art. 2916 c.c. ma esclusivamente l'art. 2843 c.c., in base al quale viene imposta l'annotazione ai fini identificativi del soggetto cessionario del credito e della garanzia, senza alcuna valenza costitutiva della garanzia in sé, che già è presente ed iscritta; con la conseguenza che tale trasmissione, non determinando alcun pregiudizio per i creditori, è efficace nei confronti di questi ultimi; né sussistono elementi di identità di fattispecie tali da affermare una applicazione, al di fuori della disciplina concorsuale, della più rigorosa norma di cui all'art. 45 legge fall. - r.d. n. 267/1942, che non opera distinzioni in seno alle formalità necessarie a rendere opponibili gli atti ai terzi, comprensive dunque non solo di quelle iscrizionali dell'ipoteca, se posteriori al fallimento, ma anche di quelle di annotazione del vincolo in favore di nuovo soggetto”¹⁸⁷.

Sempre nell'ambito della tesi che rifiuta di legare l'annotazione del trasferimento dell'ipoteca all'efficacia della cessione, si segnala un'autorevole interpretazione dottrina che ritiene che tale adempimento non abbia l'effetto di costituire la garanzia ipotecaria in favore del cessionario del credito, in quanto l'art. 2843 c.c. non può essere interpretato come derogatorio della regola generale sulla cessione dei crediti e svolge solo la funzione di individuare il soggetto titolare della stessa, al fine di rendere noto al Conservatore dei Registri Immobiliari chi sia il legittimato a prestare il consenso alla cancellazione della garanzia e sia anche destinatario delle notificazioni e delle comunicazioni di cui all'art. 2844 c.c.¹⁸⁸. In sostanza, ad onta della generale efficacia costitutiva delle iscrizioni in tema di ipoteca, l'annotazione di cui all'art. 2843 c.c. sortirebbe effetti meramente oppositivi, di tipo dichiarativo, in questo similmente a quanto accade per la trascrizione di cui agli artt. 2643 e ss. c.c.. In pratica, il diritto di ipoteca non verrebbe acquistato dal cessionario del credito mercé il perfezionamento della formalità indicata dalla legge sull'ipoteca, bensì direttamente in base al consenso negoziale espresso ai sensi degli artt. 1260 e ss. c.c., in quanto la legge non deroga mai al tipico automatismo degli acquisti dei diritti accessori, che caratterizza l'intera disciplina sull'alienazione del credito¹⁸⁹. In tema di fallimento, quindi, l'adesione alla teoria della dichiaratività dell'annotazione avrebbe come conseguenza quella di ritenere immediatamente opponibile la cessione del credito e l'acquisto della prelazione connessa all'ipoteca che garantiva il credito negoziato. Tale tesi, sostenuta da una parte della dottrina¹⁹⁰, è anche fatta propria, nonostante il contrario orientamento della Cassazione, da alcuni pronunciati di merito, secondo cui “nel caso in cui la cessione di un credito ipotecario

187 Cassazione, 10 agosto 2007, n. 17644 in *Vita Notarile*, 2007, 1197 e nel medesimo senso cfr. Cassazione, 9 settembre 2004, n. 18188 in *Vita Notarile*, 2005, 275; Cassazione, 21 marzo 2003, n. 4137 in *Gius*, 2003, 1624.

188 CHIANALE, *L'ipoteca* cit., 330-331.

189 SIRENA, *Alcuni problemi sistematici in materia di c.d. portabilità del mutuo bancario o finanziario*, in *Il contributo del notariato per l'attuazione delle semplificazioni in tema di mutui ipotecari*, Atti del Convegno, a cura della Fondazione Italiana per il Notariato, ilSole24ore, 2008, 101.

190 SIRENA, *Alcuni problemi sistematici in materia di c.d. portabilità del mutuo bancario o finanziario* cit., *ibidem*.

sia stata conclusa in data anteriore al fallimento del debitore ceduto, il cessionario ha diritto di insinuarsi allo stato passivo in qualità di creditore privilegiato, a prescindere dal fatto che alla data della dichiarazione di fallimento sia stata eseguita o meno l'annotazione nei registri immobiliari prescritta dall'art. 2843 c.c.. Tutto ciò si spiega se si considera che il trasferimento dell'ipoteca comporta soltanto una modificazione soggettiva di un rapporto di garanzia già costituito sul patrimonio del fallito e, quindi, non arreca alcun pregiudizio ai creditori”¹⁹¹.

Per altri autori ancora, la cessione del credito avrebbe sì effetti di trasferimento dell'intero complesso di diritti che corredano la posizione soggettiva di cui era titolare il cedente, tuttavia le caratteristiche tipiche dell'ipoteca, fondate sulla gravità degli effetti che essa ha nei confronti della libera disponibilità degli immobili gravati da tale vincolo e sul tipico principio dell'iscrizione del diritto nei Registri Immobiliari, induce a ritenere che essa necessiti della formalità dell'annotazione, sia nei confronti dei terzi sia nei confronti dello stesso debitore ceduto. Tale teoria svaluta in modo evidente, limitatamente al trasferimento dell'ipoteca, la portata del principio dell'automaticità degli effetti reali connessi al credito¹⁹², in antitesi con quanto previsto in tema di pegno, in cui, al contrario, il diritto di prelazione verrebbe automaticamente trasferito al momento della cessione del credito, essendo demandata solo all'accordo tra cessionario e datore della cosa oppignorata il trasferimento a favore del primo anche del possesso della stessa.

Gli effetti dell'adesione alla tesi della costitutività dell'annotazione della modificazione del creditore, in virtù del cambiamento del creditore per cessione del credito (o anche per l'avvenuta surrogazione), sono senz'altro radicali, in quanto si deve coerentemente ritenere che saranno opponibili al nuovo creditore tutti i diritti acquisiti da terzi sul bene vincolato, nel frattempo trascritti o iscritti, con inevitabili rischi di maggiori costi per la necessità di effettuare indagini catastali e nei Registri Immobiliari molto ravvicinate e con l'effetto di disincentivare il ricorso alla cessione del credito e, quindi, di bloccare quella circolazione della ricchezza futura, attributo invece fondamentale per qualsiasi economia moderna. Si vedrà, nella quarta parte della presente dissertazione, come in tema di c.d. portabilità del mutuo nell'ambito dei rapporti bancari, che l'adesione a questa tesi, comunque da ritenersi prevalente e concorde con l'intenzione del legislatore del '42, sia decisamente ostativa allo svilupparsi del nuovo istituto.

In contrario, l'adesione alla tesi della mera dichiaratività sortirebbe l'effetto opposto di rendere più appetibilità tale pratica negoziale, in quanto tutti i diritti acquisiti posteriormente

191 Tribunale Bologna, 23 febbraio 2004 in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2006, 240; nel medesimo senso cfr. Tribunale Reggio Emilia, 31 marzo 1995 in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 1996, II, 557.

192 PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti (artt. 1260 – 1267 c.c.)* cit., 139.

all'iscrizione originaria dell'ipoteca, che verrebbe mantenuta nel grado originario e, dunque, nell'identità originaria, non potrebbero essere opposti al nuovo creditore, a prescindere dall'avvenuta annotazione ai sensi dell'art. 2843 c.c..

Al fine di completare l'analisi del dato positivo, in tema di cessione del credito e di effetti del negozio sulle garanzie che lo corredano, va ricordato come la normativa speciale, che da sempre tende a sostituirsi alla regola generale del codice civile, laddove specifici interessi economici o sociali lo impongano, ha predisposto una specifica (e radicalmente differente normativa) nell'ambito delle cessioni di credito a favore di banche ovvero di soggetti, diversi dalle banche, inclusi nell'ambito della vigilanza consolidata ai sensi dell'art. 65 del TUB (d.lgs. 385/93) e in favore degli intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale previsto dall'art. 107 del medesimo testo unico. L'art. 58 c. 3 della legge bancaria, infatti, prevede che “i privilegi e le garanzie di qualsiasi tipo, da chiunque prestati o comunque esistenti a favore del cedente, nonché le trascrizioni nei pubblici registri degli atti di acquisto dei beni oggetto di locazione finanziaria compresi nella cessione conservano la loro validità e il loro grado a favore del cessionario, senza bisogno di alcuna formalità o annotazione”.

È bene precisare che tale norma non trova un'applicazione generalizzata per ogni cessione di credito o subentro in posizione obbligatoria, bensì rientra nell'ambito di norme specifiche di cessioni in blocco di rapporti giuridici¹⁹³.

3.2 Cenni sulla delegazione attiva

Un altro istituto giuridico che presiede alla successione nel lato attivo del credito a titolo particolare è costituito dalla delegazione attiva.

Va, infatti, precisato che esulano dal presente lavoro quelle fattispecie negoziali che, per quanto latrici del trasferimento di posizioni attive in capo al dante causa, non hanno quale funzione economico-sociale, unicamente il subentro in un determinato credito, bensì la successione in un complesso di rapporti giuridici unificato in virtù della destinazione impressa ai beni o ai diritti che la compongono (si pensi all'azienda e alla cessione dei crediti ad essa pertinenti, di cui all'art. 2559 c.c.) ovvero in virtù dell'unitarietà data dalla legge al patrimonio, al momento del decesso del suo titolare (ossia l'eredità prima

193 Sul punto cfr. COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna, 2001, 666 e ss..

dell'accettazione da parte del delato).

La figura della delegazione attiva è sconosciuta al codice civile che, esaurita la trattazione della cessione del credito nel capo V del titolo I del IV libro del codice civile, disciplina gli istituti che presiedono alla successione nel lato passivo del rapporto obbligatorio. Nonostante ciò, non è in dubbio come le parti possano ricorrere a tale strumento, in forza del principio dell'autonomia contrattuale¹⁹⁴ (art. 1322 c.c.), ricorrendo perfettamente gli estremi della meritevolezza dell'interesse perseguito mediante la delegazione attiva. Anzi, come evidenziato dalla dottrina¹⁹⁵, la delegazione attiva trova un'applicazione pratica molto diffusa e non è sconosciuta neppure nell'ambito della legislazione speciale o delle pratiche negoziali collettive, specialmente nel settore lavoristico - sindacale¹⁹⁶. Un accenno vi si

194 Tribunale Bologna, 4 marzo 2008, massima della sentenza reperibile sul banca dati *De Agostini Professionale* che riprende una sentenza della Corte di Cassazione, 4 giugno 1962 n. 1336 in *Foro italiano*, 1962, I, 1271 secondo la quale “per il principio dell'autonomia contrattuale, le parti possono porre in essere la delegazione attiva di credito, che non è disciplinata dal codice civile, la quale, al pari della delegazione passiva, richiede la iniziativa del delegante ed il concorso di tre dichiarazioni di volontà tra di loro interdipendenti, in quanto ciascuna è efficace se è efficace ciascuna delle altre”.

195 MANCINI, *Delegazione, espromissione, accollo*, in *Trattato di diritto privato* vol. IX a cura di Rescigno, Torino, 1984, 402.

196 Il riferimento è, come noto, all'art. 26 commi 2 e 3 l. 300/70 (c.d. Statuto dei Lavoratori) che prevedeva:

“Le associazioni sindacali dei lavoratori hanno diritto di percepire, tramite ritenuta sul salario nonché sulle prestazioni erogate per conto degli enti previdenziali, i contributi sindacali che i lavoratori intendono loro versare, con modalità stabilite dai contratti collettivi di lavoro, che garantiscono la segretezza del versamento effettuato dal lavoratore a ciascuna associazione sindacale.

Nelle aziende nelle quali il rapporto di lavoro non è regolato da contratti collettivi, il lavoratore ha diritto di chiedere il versamento del contributo sindacale all'associazione da lui indicata”.

Tale norma era qualificata come tipica espressione del principio della delegazione attiva. In questo senso cfr. Cassazione, 7 febbraio 1989 n. 761 in *Rivista giuridica del lavoro*, 1990, II,127 secondo cui “la fattispecie prevista dall'art. 26 della legge n. 300 del 1970 che attribuisce alle associazioni sindacali il diritto a percepire i contributi loro dovuti dai lavoratori mediante ritenuta sui salari effettuata dal datore di lavoro e successivo versamento, da parte del medesimo, alle associazioni predette - è riconducibile allo schema legale della delegazione di pagamento (che presuppone un rapporto trilaterale tra delegante, delegato e delegatario) e non già allo schema della cessione del credito (che si perfeziona, nella estraneità del debitore, per effetto del solo consenso del cedente e del cessionario), atteso che l'acquisizione, da parte dell'associazione sindacale, dei contributi predetti esige il concorso, oltre che della medesima e del lavoratore, anche del datore di lavoro. Pertanto, il privilegio che assiste, *ex art. 2751 bis* n. 1 c.c., il credito retributivo dei lavoratori, non può considerarsi trasferito, *ex art. 1263* comma 1 c.c., al sindacato in relazione ai contributi a questo dovuti, non valendo ad escludere la natura chirografaria del credito dell'associazione sindacale neppure la norma dell'art. 1275 c.c. circa la permanenza, in caso di delegazione novativa, delle garanzie annesse al reddito, atteso che oggetto del credito del sindacato non è una quota della retribuzione ma il contributo, senza che per quest'ultimo sia previsto nè applicabile in via analogica il detto privilegio”. Nel medesimo senso cfr. Tribunale Vicenza, 7 aprile 1989 in *Orientamenti di giurisprudenza del lavoro*, 1990, 2, 30.

Come noto, l'istituto venne soppresso da un *referendum* celebratosi nel 1995 (cfr. d.p.r. 28 luglio 1995 n. 313 che ha sancito tale abrogazione), con il quale i cittadini decretarono l'abrogazione dell'istituto, con il fine di promuovere una raccolta su base volontaria e consapevole delle risorse destinate alle organizzazioni sindacali. Tuttavia, non essendo previsto alcun tipo di divieto (né per i contratti in essere al momento dell'abrogazione della norma statutaria né per i contratti successivi), i contratti collettivi hanno continuato a predisporre apposite clausole con le quali si fa obbligo ai datori di lavoro di trattenere una somma dal salario del dipendente, per consegnarla all'associazione sindacale di appartenenza. Per la validità di questa pratica negoziale cfr. da ultimo Cassazione, 20 marzo 2009 n. 6905 in *Diritto & Giustizia*, 2009 ad avviso della quale “il referendum del 1995, abrogativo del comma 2 dell'art. 26 stat. lav., e il susseguente d.P.R. n. 313/95, non hanno determinato un divieto di riscossione di quote associative sindacali a mezzo di trattenuta operata dal datore di lavoro, essendo soltanto venuto meno il relativo obbligo. Pertanto, ben possono i lavoratori, nell'esercizio della propria autonomia privata ed attraverso lo strumento della cessione del credito in favore del sindacato - cessione che non necessita, in via generale, del consenso del debitore - richiedere al datore di lavoro di trattenere sulla retribuzione i contributi sindacali da accreditare al sindacato stesso; qualora il datore di lavoro affermi che la cessione comporti in concreto, a suo carico, un nuovo onere aggiuntivo insostenibile in rapporto alla sua

trova anche nella Relazione al codice civile (n. 584 sesto capoverso) allorché si afferma che “quanto poi alla novazione soggettiva attiva che il codice del 1865 menzionava nell'art. 1267 n. 3, il nuovo codice non si è preoccupato di disciplinarla, sia perché il mutamento del creditore si realizza normalmente per la via diretta della cessione, sia perché di solito la novazione *mutato creditore* si accompagna ad un fenomeno di sostituzione del debitore, e si realizza attraverso quella tipica figura negoziale che è la delegazione, i cui effetti sono disciplinati dagli articoli 1268 e seguenti”¹⁹⁷.

Mediante tale negozio, dunque, si concreta uno schema negoziale fondato sullo *iussum*, ossia un ordine¹⁹⁸ con il quale un soggetto (delegante) ordina al proprio debitore (delegatario) di pagare un terzo (delegato)¹⁹⁹.

Si ritiene che, similmente a quanto accade per il negozio di cessione del credito, anche la delegazione attiva sia un modo indiretto per disporre del proprio credito. Il più delle volte, inoltre, essa si presenta in combinazione con un'ulteriore delegazione, questa volta passiva, in modo tale che il delegante utilizzi il proprio credito verso il delegato per liberarsi del suo debito verso il delegatario, così che la prestazione posta in essere dal delegato soddisfi i due rapporti di debito - credito, alla base dell'intera vicenda²⁰⁰.

La struttura del rapporto di delegazione attiva ricalca fedelmente, *mutatis mutandis*, quella

organizzazione aziendale e perciò inammissibile ex art. 1374 e 1375 c.c., deve provarne l'esistenza. L'eccessiva gravosità della prestazione, in ogni caso, non incide sulla validità e l'efficacia del contratto di cessione del credito, ma può giustificare l'inadempimento del debitore ceduto, finché il creditore non collabori a modificare le modalità della prestazione in modo da realizzare un equo contemperamento degli interessi. Il rifiuto del datore di lavoro di effettuare tali versamenti, qualora sia ingiustificato, configura un inadempimento che, oltre a rilevare sul piano civilistico, costituisce anche condotta antisindacale, in quanto pregiudica sia i diritti individuali dei lavoratori di scegliere liberamente il sindacato al quale aderire, sia il diritto del sindacato stesso di acquisire dagli aderenti i mezzi di finanziamento necessari allo svolgimento della propria attività”.

197 Autorevole studioso (BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato* a cura di Iudica – Zatti, Milano, 1991, 808) ha ricordato un caso particolarmente eclatante di delegazione attiva con rapporto quadrilatero inerente alle rimesse in sterline dei prigionieri di guerra italiani detenuti nei campi di concentramento in Gran Bretagna (cfr. Cassazione Sezioni Unite 13 giugno 1953 n. 1734 in *Foro italiano*, 1954, I, 963).

198 Sulla natura giuridica di questo ordine, comune alla più studiata e regolamentata, ipotesi della delegazione passiva si rimanderà alla trattazione di quest'ultimo istituto.

199 Come sottolinea autorevole dottrina (RESCIGNO, voce *Delegazione (dir. civ.)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1962, vol. XI, reperibile, mediante le banche dati di Ateneo, sul sito <http://enciclopedia.giuffre.it>) problemi sono stati posti anche a livello nominalistico tra i protagonisti del rapporto di delegazione che, come si vedrà brevemente nella parte relativa alla delegazione quale strumento di assunzione del debito, sono il delegante che ordina l'assunzione ovvero il pagamento al delegato relativamente a un debito contratto con il delegatario. Per quanto concerne la delegazione attiva, infatti, “al debitore taluni scrittori riservano il nome di «delegatario»; altri, invece nel tentativo di una terminologia corrispondente a quella usata per la delegazione passiva, gli attribuiscono la qualifica di «delegato» riservando al nuovo creditore la denominazione di «delegatario»”. Nel senso del testo, quanto alle questioni nominalistiche, cfr. BRECCIA, *Le obbligazioni* cit., 806; ARTIZZU, *La delegazione attiva*, in *Le modificazioni soggettive del rapporto obbligatorio* a cura di Bosetti, Torino, 2010, 451.

200 BIANCA, *Diritto civile 4 L'obbligazione*, cit., 583. Nel medesimo senso, cfr. Cassazione, 17 gennaio 2003 n. 649 in *Il fallimento*, 2003, 642 secondo cui “delegazione c.d. attiva ricorre allorché il delegante è creditore del delegato e il conferimento dell'incarico delegatorio viene a configurarsi come un modo di utilizzazione indiretta del credito che il delegante ha verso il delegato; il delegato, ossia, utilizza il proprio credito verso il delegato per liberarsi del suo debito verso il delegatario, così che la prestazione del delegato estinguerà sia l'obbligazione del delegante verso il delegatario (rapporto di valuta) sia l'obbligazione del delegato verso il delegante (rapporto di provvista). Trattasi di una figura giuridica, non prevista espressamente dalle norme del codice civile, e tuttavia assai comune nella pratica dei negozi come anche alla elaborazione giurisprudenziale”.

dell'omologo istituto passivo, pertanto può distinguersi una delegazione che dia luogo ad assunzione del credito in favore del delegato (delegazione di credito), ovvero una delegazione di semplice pagamento. Come la delegazione passiva anche quella attiva è informata al principio della distinzione tra delegazione pura e titolata, quest'ultima nella possibile versione totale ovvero parziale (come si vedrà ciò determina una diversa regolazione dei rapporti nei confronti dei terzi), con tutte le conseguenze che l'appartenere all'una o all'altra categoria determina a livello di eccezioni opponibili da parte del debitore.

Effetto naturale della delegazione attiva cumulativa è la costituzione di una contitolarità nel credito. Come esattamente accade per la delegazione di debito, l'ipotesi naturale è quella per la quale il debitore non viene liberato a seguito dell'assunzione del credito (ovvero del debito, in caso di delegazione di debito). Inoltre, dal punto di vista della ripartizione della legittimazione a ricevere la prestazione si ritiene che il creditore - delegante sia in posizione subordinata rispetto al creditore - delegatario, tanto che, nel caso di conflitto tra i creditori, il debitore si libererà dall'obbligazione dando la preferenza al nuovo creditore e il pagamento fatto al delegatario comporterà la liberazione del debitore anche nei confronti del creditore - delegante. Al contrario, nel caso in cui la delegazione attiva, sempre sul modello di quella regolata dal codice, sia privativa, il credito in capo al creditore originario - delegante si estinguerà e verrà costituito in capo al delegatario un nuovo credito, in sostituzione di quello estinto, in modo tale che non ci sia un trasferimento del diritto dall'originario creditore al nuovo²⁰¹.

Rispetto alla cessione del credito, la delegazione attiva, pur comportando la sostituzione della persona del creditore con altro soggetto, si distingue in virtù delle stesse caratteristiche che separano il contratto traslativo dall'assunzione della posizione giuridica. In particolare, mentre la cessione del credito è un contratto bilaterale che non necessita del consenso del debitore ceduto, la delegazione attiva è partecipe della divisione teorica tra coloro che ne sostengono la natura bilaterale, coloro che perorano la natura trilaterale e complessa del negozio, nell'ambito di una fattispecie a formazione progressiva e, infine, coloro (teoria atomistica) che descrivono la delegazione come una fattispecie giuridica costituita da due negozi (il primo tra delegante e delegato e l'altro tra delegato e delegatario), funzionalmente collegati al fine del perseguimento di una medesima causa.

Incerta è la regolazione dei rapporti tra cessione del credito e delegazione attiva con riferimento al trasferimento delle garanzie, a corredo del diritto relativo. In questo settore si manifestano in tutta evidenza le difficoltà legate alla mancata normazione della delegazione attiva da parte del legislatore. A tal fine si può fare riferimento alle disposizioni inerenti a

201 ARTIZZU, *La delegazione attiva* cit., 452.

istituti simili o analoghi, quali la cessione del credito ovvero la delegazione passiva, per i quali il legislatore predispose un'apposita disciplina, ossia all'art. 1263 c.c., in tema di cessione del credito ovvero all'art. 1275 c.c. in tema di delegazione passiva. È assolutamente dubbia l'applicazione alla delegazione attiva della prima disposizione, in quanto istituzionalmente funzionalizzata a quei trasferimenti a titolo derivativo di diritti di credito. La delegazione attiva, in verità, ha una funzione ben differente, di semplificazione dei rapporti giuridici e di soddisfazione di una serie, anche non necessariamente ternaria, di obbligazioni preesistenti, mediante un solo atto di adempimento. Se ne deve perciò dedurre che alla delegazione attiva si debba applicare la norma dettata in tema di delegazione passiva? Quest'ultima trova una propria giustificazione sulla base del principio per il quale il creditore che ha acconsentito alla liberazione del precedente debitore non può gravare su coloro che hanno precedentemente assicurato con propri diritti o con il proprio patrimonio personale l'adempimento del precedente vincolo obbligatorio, in quanto la prestazione della garanzia era stata offerta anche e principalmente sulla base delle condizioni economiche e personali del debitore principale. Per la delegazione attiva, per definizione, non si pone il problema della protezione del dante garanzia, in quanto egli presta una garanzia a un soggetto che resta tendenzialmente invariato a seguito della delegazione (si pensi all'ipotesi ordinaria di delegazione cumulativa). Si ritiene, perciò, che il nuovo creditore possa fruire di tutte le garanzie, reali, personali e legali che assistevano il credito di cui diviene titolare, in virtù della delegazione. A tal fine, si ritiene possibile non già un'applicazione diretta, bensì analogica, stante la stessa *ratio* che governa entrambe le figure giuridiche, dell'art. 1263 c.c., con conseguente richiamo delle stesse norme in tema di annotazione del vincolo ipotecario, al fine di rendere pubblica anche ai terzi la trasmissione dell'ipoteca e, per il principio di completezza²⁰² del sistema pubblicitario immobiliare, potenziato con il codice civile del 1942, al fine di rendere noto a chiunque qualsiasi vicenda giuridica che abbia ad oggetto diritti sui beni immobiliari più rilevanti.

Nella cessione del credito, come in qualsiasi altro contratto traslativo, l'acquirente ottiene il diritto di credito nella sua totalità, estromettendo quindi il precedente titolare del rapporto, il quale continua a essere titolare di posizioni giuridiche assolutamente residuali, quali quella di eventuale mero custode della cosa data in pegno (art. 1263 c. 2 c.c.), ovvero quello, derivante principalmente dal dovere di buona fede, di non pregiudicare le ragioni del cessionario fino al momento della notificazione della cessione ovvero dell'accettazione della stessa da parte del ceduto (art. 1264 c.c.). Nella delegazione attiva, invece, l'effetto naturale

202 In generale, in una prospettiva comparatistica e storica sul principio di completezza delle risultanze pubblicitarie offerte dai pubblici registri cfr. PETRELLI, *L'autenticità del titolo della trascrizione nell'evoluzione storica e nel diritto comparato*, in *Rivista di diritto civile*, 2007, 585 e ss..

è proprio il cumulo del rapporto di credito, in capo sia al delegante sia al delegato, con la conseguente contitolarità del credito in capo ai due creditori.

Ancora, nella cessione del credito il regime delle eccezioni, opponibili dal debitore ceduto, è quello tipico di qualsiasi trasferimento a titolo derivativo, in virtù del principio *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*; al contrario, nella delegazione il regime delle eccezioni si distingue, come si vedrà specificamente in sede di trattazione della delegazione passiva, a seconda che tale negozio sia puro ovvero sia titolato, cioè si fondi su un espresso richiamo del rapporto di debito - credito alla base del negozio, ovvero non ne faccia richiamo, introducendo quegli elementi di astrattezza.

In giurisprudenza si evidenzia come la delegazione attiva sia un vero e proprio mezzo anomalo di pagamento, tale per cui può essere sottoposta a revocatoria fallimentare, al ricorrere degli estremi di cui all'art. 67 n. 2 l. fall.²⁰³, in quanto mezzi normali di pagamento, diversi dal denaro, sono soltanto quelli comunemente accettati dalla pratica commerciale, come gli assegni circolari o bancari ed i vaglia cambiari²⁰⁴.

4. Successione nel lato passivo del rapporto obbligatorio

Dal punto di vista sistematico e di tecnica legislativa, oltre che dal punto di vista della pratica negoziale, un ruolo certamente centrale nella trattazione delle modificazioni soggettive del rapporto obbligatorio assumono le figure della delegazione, dell'espromissione e dell'accollo, di cui agli artt. 1268 e ss. c.c., come richiamati dall'art. 1235 c.c..

Circa la natura giuridica di tali istituti giuridici, non si hanno dubbi in dottrina sulla loro riconduzione alla categoria generale dell'assunzione del debito altrui che, quindi, costituirebbe il *genus* articolato, successivamente, nello specifico schema negoziale voluto dalle parti, qualificabile come delegazione, espromissione, accollo ovvero, ma sull'ammissibilità della figura ci sono notevoli dubbi in dottrina, anche novazione soggettiva passiva.

In chiave storica, va rimarcato che è stata proprio la codificazione vigente ad avere introdotto nel nostro ordinamento positivo una puntuale regolazione (e tipizzazione) degli

203 Cassazione, 17 gennaio 2003 n. 649 cit.; Tribunale Novara, 22 giugno 2006 reperibile sul sito <http://www.novaraius.it>

204 Cassazione, 27 giugno 1994, n. 6149 in *Massimario Giurisprudenza Italiana*, 1994.

strumenti giuridici, mediante i quali si attua la successione nel debito. Il codice civile abrogato, sul modello (come spesso accadeva per la legislazione civilistica del 1865) del codice napoleonico, regolava tale fenomeno giuridico nel più ampio istituto della novazione soggettiva, procedendo, vieppiù in coerenza con quest'ultimo istituto, a disciplinare in modo parziale la delegazione (artt. 1271 – 1272): significativo in questo senso è l'assunto, fatto proprio *expressis verbis* dal legislatore, per il quale la delegazione dava luogo a un fenomeno di addizione nell'obbligo in caso di delegazione cumulativa; mentre in caso di delegazione liberatoria si aveva necessariamente novazione. Vi è chi ha visto, *a posteriori*, in questo principio di diritto un primo (pur se timido) passo verso la contestazione del principio civilistico classico *in delegatione semper inest novatio etiam iure novissimo*. Lo stesso codice napoleonico con sorprendente (ma non troppo) comunanza fisica di articoli che disciplinano la vicenda della successione nel lato dell'obbligo riassume ogni singolo assunzione entro il macro-genere della novazione soggettiva, salvo anche in questo caso la regolazione della delegazione. Un timido accenno a un istituto nuovo viene rinvenuto dalla dottrina nella lettura *a contrario* dell'art. 1273 del codice transalpino allorché si prevede che “*la novation ne se présume point; il faut que la volonté de l'opérer résulte clairement de l'acte*”, il quale viene interpretato quale latore dell'espromissione semplice nel caso in cui l'intervento del terzo non fosse seguito dall'espressa volontà delle parti di novare l'obbligazione²⁰⁵. Una tale disposizione non è presente nel codice civile del Regno d'Italia dell'Ottocento e ciò è indice di una certa difficoltà nello scrollare le categorie generali di diritto romano, da sempre condizionanti la civilistica e la legislazione italiane.

Le denunciate difficoltà del nostro compilatore nel rinvenire le singole fattispecie nelle quali si concreta l'assunzione del debito altrui hanno anche condotto a un uso il più delle volte improprio e tendenzialmente onnicomprensivo della locuzione “accollo” che, anche in tempi più recenti, veniva utilizzato quale termine a-tecnico e descrittivo con il quale identificare il risultato dell'assunzione del peso economico di un debito da parte di un soggetto diverso dall'originario obbligato²⁰⁶.

Tale schema mentale e l'uso improprio del lessico degli istituti civilistici, a seguito della normativa del 1942, deve essere sicuramente abbandonato, procedendo ad un'acuta tipizzazione anche a livello scientifico di quanto è stato più correttamente separato dal legislatore. Il codice civile vigente, inoltre, è stato largamente influenzato *in subiecta materia* dal B.G.B.. Il codice tedesco, superando l'impostazione romanistico - pandettistica della tradizione, è giunto a una normazione più attenta alle esigenze del commercio,

205 BRIGANTI, *L'espromissione in Le vicende delle obbligazioni la circolazione del credito e del debito* a cura di Briganti – Valentino, Napoli, 2007, 317.

206 BRIGANTI, *L'accollo in Le vicende delle obbligazioni la circolazione del credito e del debito* cit., 342.

accantonando la figura giuridica della novazione, tra i modi di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento, e regola (§ 414 – 419) la successione a titolo particolare nel debito, quale forma di circolazione del debito, entro il mantenimento del precedente rapporto. Il codice italiano vigente, abbandonando la visione esclusivamente novativa, preferisce coniare tre figure, autonome tra loro con una differente ragione economico - sociale, che consentono l'ingresso da parte del terzo, a titolo di successione particolare nell'obbligazione. In tal modo, viene fatta giustizia di quella prassi negoziale sviluppatasi fino all'entrata in vigore del codice vigente, le quali, pur formalmente osservanti del precetto normativo per il quale la modificazione di un soggetto dell'obbligazione è sempre novativa, tuttavia erano contraddistinte da una serie di patti espressi voluti dalle parti (quali la riserva delle eccezioni e il mantenimento delle garanzie) che, in realtà, ben lungi dal disporre una vera e propria novazione potevano essere definiti, senza tema di smentita, come una “successione nel debito bell'e buona”²⁰⁷.

Il codice del '42, quindi, pare allontanarsi dal modello romanistico, confermato dal codice anteriore e dalla precedente esperienza napoleonica, per seguire una diversa politica del diritto che, all'insegna dell'oggettivizzazione del rapporto obbligatorio, tende a svalutare il ruolo della novazione dalle fattispecie modificative della persona del debitore. Coerente con quanto affermato è sicuramente il disposto dell'art. 1235 c.c. (rafforzato anche dal n. 584 della Relazione del Guardasigilli) che, nel professare il proprio agnosticismo in tema di novazione soggettiva pone inequivocabilmente un ulteriore quesito: se, cioè, esistano delle assunzioni del debito (a titolo particolare e tra vivi) che diano luogo a vera e propria novazione soggettiva del rapporto, con le conseguenti implicazioni che tutto ciò comporta a livello di prescrizione dei diritti connessi al rapporto così novato e anche alle garanzie collegate a questo. Dal punto di vista del dato positivo, emerge come delegazione, espromissione e acollo cumulativi, stante la permanenza del rapporto originario e la semplice aggiunta di un nuovo debitore (in posizione di primazia e primo chiamato ad adempiere, secondo lo schema della responsabilità sussidiaria), siano ontologicamente antitetici alla novazione.

Lo stesso ragionamento non può essere tenuto fermo per l'opposta ipotesi in cui tali negozi diano luogo, in concreto, a sostituzione del debitore originario con un altro soggetto, dando vita alla c.d. assunzione privativa del debito. Sotto il vigore del codice anteriore, nessun dubbio si sarebbe posto, in quanto l'art. 1271, *expressis verbis*, sanciva come la convenzione liberatoria avesse effetti senz'altro novativi del precedente rapporto²⁰⁸. Sotto il vigore

207 COVIELLO, *Della successione ne' debiti a titolo particolare*, Bologna, 1896, 164 ss..

208 Ecco il testo dell'art. 1271 c.c. 1865: “La delegazione per cui un debitore assegna al creditore un altro debitore, il quale si obbliga verso il creditore, non produce novazione, se il creditore espressamente non ha dichiarato la sua volontà

dell'attuale codice, la dottrina tradizionale, con una serrata argomentazione, ha ritenuto che la sostituzione della persona del debitore continuasse a produrre effetti novativi: in particolare, un ruolo centrale giocano taluni argomenti, quali l'incredibilità del debito, la centralità della persona del debitore e della connessa responsabilità patrimoniale che lasciano supporre come la modificazione della persona del debitore produca tuttora l'effetto di novare oggettivamente il rapporto obbligatorio²⁰⁹. Una ragione letterale, rinvenuta nell'art. 1275 c.c., spingerebbe a rafforzare questo orientamento. Tale disposizione, nel regolare la sorte delle garanzie (legali, oltre che quelle convenzionali, come invece sembrerebbe deporre il testo della disposizione), prevede che esse si estinguano nel caso in cui ci sia liberazione del debitore originario. La norma trova un'espressa corrispondenza nell'art. 1232 c.c. (relativo alla novazione oggettiva) che prevede l'estinzione delle garanzie annesse al credito novato, se le parti non decidono di mantenerle.

Tale orientamento è stato rigettato dalle più moderne tendenze interpretative che, dopo aver svalutato l'elemento soggettivo del rapporto obbligatorio, giungono alla conclusione che la persona del debitore non sia essenziale al concetto di obbligazione, in quanto essa è dominata esclusivamente dalla prestazione: da ciò la semplice sostituzione del debitore non ha effetti prima estintivi poi ricostitutivi dell'obbligazione. La persona del debitore è, come ogni aspetto soggettivo, estranea al rapporto²¹⁰.

Il consenso richiesto al creditore, al fine del perfezionamento della successione nel lato passivo del rapporto, non ha, quindi, la medesima portata di quello richiesto ai fini della conclusione del contratto di novazione oggettiva (in cui, al pari di qualsiasi altro contratto ha effetti costitutivi del rapporto), bensì la più limitata funzione di consentire la sostituzione del debitore e, quindi, di costituire una nuova fonte di garanzia patrimoniale generica dell'adempimento (art. 2740 c.c.)²¹¹.

Tutto ciò, tuttavia, secondo una determinata ricostruzione non impedirebbe che le parti, nell'esplicazione della loro autonomia negoziale, possano concludere una novazione soggettiva.

Una tale conclusione è, tuttavia, apparsa come poco coerente con la volontà legislativa, tanto da poter essere considerata come immeritevole di tutela.

Ciò rimarcato, introducendo le linee essenziali delle fattispecie negoziali che danno luogo a successione nel debito, si procederà ad esporre, in modo sintetico, i caratteri essenziali dei tre istituti, tenendo ben presente i riflessi degli effetti giuridici da essi prodotti sulle garanzie

di liberare il debitore che ha fatta la delegazione”.

209 BIANCA, *Diritto civile 4 L'obbligazione*, cit., 623 e ss..

210 MINUSSI, *Il rapporto obbligatorio*, Napoli, 2006, 110.

211 GIULIANO, *Assunzione del debito*, in *Le obbligazioni – Diritto sostanziale e processuale* a cura di Fava, Milano, 2008, 1075.

che erano poste a presidio dei rapporti oggetto di successione, con particolare attenzione per le garanzie reali, *in primis* l'ipoteca, avuto riguardo anche alle modalità pratiche con cui rendere pubblico nei registri immobiliari la modificazione della persona titolare del diritto di garanzia.

Per entrare *in medias res*, è noto come si tenda a trattare in maniera unificata gli istituti di cui agli artt. 1268 e ss. c.c., esaltando le caratteristiche ad essi comuni, generando, quindi, una vera e propria figura giuridica, non prevista dall'ordinamento, ma ad esso considerata immanente, che si definisce come assunzione del debito. In dottrina non è mancato chi ha contestato la stessa unicità di causa e unicità di effetti giuridici, anche ai fini classificatori, entro gli istituti regolati dal legislatore. Si è, infatti, chiarito che la *summa divisio* tra assunzione cumulativa e assunzione privativa (o liberatoria) del debito, ossia l'assunzione che dà luogo a semplice aggiunta di un nuovo debitore ovvero alla sostituzione del soggetto passivo del rapporto giuridico, dia luogo a distinti (e distanti) effetti giuridici. Nel primo caso, infatti, si assisterebbe a una mera accessione nel debito, ossia all'ingresso di un nuovo soggetto nell'obbligo preesistente; nel secondo, invece, a una vera e propria successione nel debito, fenomeno giuridico che si può rinvenire solamente nell'ipotesi in cui ci sia la piena immissione di un terzo nel singolo rapporto giuridico di cui era precedentemente titolare un altro soggetto²¹².

A livello terminologico, la dottrina si divide circa la possibilità di sussumere sotto la denominazione di “cessione del debito” le ipotesi di trasferimento della posizione giuridica soggettiva passiva. È infatti noto che taluni autori non ritengono possibile accedere a una tale definizione, in quanto si sostiene che il debito non possa essere giammai oggetto di un negozio di cessione, perché quest'ultimo presuppone l'attivo del risultato economico oggetto della stipulazione²¹³. In particolare, sempre secondo questo orientamento, prevalente specialmente durante la vigenza del codice civile anteriore, non si può discorrere di “cessione del debito”, in quanto si cedono le cose, i diritti e tutto ciò che ha un valore per il cedente o per il cessionario: i debiti non sono, quindi, assimilabili a nulla di simile, in quanto costituiscono esclusivamente una limitazione della libertà di azione a carico del debitore e una potenziale diminuzione del suo patrimonio²¹⁴. Lo stesso dato normativo deporrebbe a favore di questa conclusione, in quanto, a differenza di quanto accade con il

212 BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni – vol. III, 2 Vicende dell'obbligazione vol. IV Difesa preventiva e successiva dell'obbligazione cit.*, 7.

213 MICCIO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario del Codice civile*, Torino, 1961, 382.

214 PACCHIONI, *Trattato delle obbligazioni secondo il diritto civile italiano – Introduzione*, Torino, 1927, 255-256, il quale evidenzia come la stessa pratica negoziale, nella quale, il più delle volte, l'assunzione del debito è inserita in una complessa operazione negoziale (si pensi principalmente alle vendite immobiliari) entro la quale tale assunzione assume la veste di parziale prezzo per l'acquisto della *res* principale (l'immobile), trattandosi quindi della controprestazione pattuita per una vera cessione di beni o di diritti che vien fatta dal titolare del debito.

credito, nessuna norma prevede la categoria giuridica della cessione del debito e non esistono negozi che siano paragonabili per effetti o per struttura alla cessione del credito.

Tale concezione è contestata da altri autori che, invece, ritengono che il concetto di bene e di obbligazione non possa essere limitato esclusivamente a ciò che è economicamente positivo, ma, come previsto dall'art. 1174 c.c., a ciò che è economicamente valutabile, ivi compreso il debito²¹⁵. Si insegna, infatti, che il requisito della patrimonialità della prestazione non presuppone come necessario un interesse pecuniario: l'interesse alla prestazione non implica che la prestazione stessa debba arrecare un vantaggio economico, da intendersi nel senso più lato, nella complessità del rapporto²¹⁶. Il debito è una posizione giuridica oggettivamente identificata in base al contenuto e alla fonte ed è suscettibile di permanere nella sua identità, pur se muta la persona del debitore²¹⁷. Non esistono, in conclusione, indizi normativi o interpretativi che precludono la cessione del debito e anzi la successione *mortis causa* e, soprattutto, la cessione del contratto (in cui sono comprese anche tutte le posizioni passive che fanno parte del contenuto del negozio)²¹⁸ sono prove della presenza di siffatto istituto.

Non è, tuttavia, mancato chi, preso atto della volontà del legislatore affermatasi con il codice del 1942, che ha prodotto il riconoscimento delle fattispecie tipiche che producono successione nel debito, ha ritenuto che probabilmente la questione abbia perso di importanza. Si riteneva, infatti, che la teoria della cessione del debito avesse quale scopo quello di impedire l'effetto logico conseguente alla novazione soggettiva passiva (unico fenomeno espressamente previsto dal legislatore per la successione nel lato passivo, sotto il vigore del codice abrogato) ossia l'estinzione delle garanzie a tutela del debito. Orbene, a seguito del riconoscimento da parte del codificatore della possibilità di disporre un'assunzione del debito che non abbia effetto novativo, non c'è più necessità di ricorrere a costruzioni probabilmente non ancorate al dato legislativo, ma è sufficiente fare riferimento agli strumenti tipici di legge²¹⁹.

Pur trattandosi di istituti causalmente indipendenti, con una disciplina, quindi, tendenzialmente non sovrapponibile, non si può negare che esista un vero e proprio statuto comune a tutte le fattispecie di assunzione del debito, ossia un nucleo di norme che rispondono a principi generali immanenti.

215 GIULIANO, *Assunzione del debito*, in *Le obbligazioni – Diritto sostanziale e processuale* cit., 1071. In giurisprudenza la locuzione “cessione del debito”, a quanto consta, è stata impiegata esclusivamente da Tribunale Genova, 23 giugno 1992 in *Rivista Italiana del Leasing e dell'intermediazione finanziaria*, 1994, 377 relativamente a questioni di diritto fallimentare.

216 TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1986, 510.

217 BIANCA, *Diritto civile 4 L'obbligazione*, cit., 625.

218 BIANCA, *Diritto civile 4 L'obbligazione*, cit., 626.

219 RESCIGNO, voce “Delegazione (dir. civ.)”, in *Enciclopedia del diritto* vol. XI, Milano, 1962, reperita, mediante le banche dati di Ateneo, sul sito <http://enciclopedia.giuffre.it>

Si pensi al negozio di liberazione del debitore originario che costituisce in linea di massima un atto unilaterale del creditore, ma che, al contempo, può costituire anche parte integrante di un più ampio contratto assuntivo del debito e, quindi, può essere colorato di bilateralità.

In tutte e tre le forme di successione nel debito altrui, inoltre, si ha sia una versione cumulativa (ossia di accessione da parte di un terzo nel rapporto obbligatorio, che, quindi, si aggiunge alle parti del rapporto già in essere), sia una versione liberatoria che, con maggiore sicurezza si può dire che concreti una vera e propria successione nel lato passivo e, da ultimo, secondo taluni autori, anche una versione novativa, rimessa tuttavia alla volontà espressa delle parti.

Anche dal punto di vista formale si ha una comune disciplina dei tre istituti, ossia l'adesione al principio di libertà (art. 1325 n. 4 c.c.). Tale conclusione, in recezione dei principi generali del negozio giuridico, deve essere tenuta ferma anche nell'ipotesi in cui, per la carenza di rapporti di debito - credito che formano l'elemento causale al negozio assuntivo, si possa rinvenire una funzione di tipo liberale nell'assunzione del debito altrui. Anche in questo caso deve essere tenuto fermo l'insegnamento della dottrina²²⁰, confermato anche dalla giurisprudenza²²¹, per la quale il negozio indiretto, quanto ai profili sostanziali, è regolato dalle norme del negozio - fine (es. soggezione all'azione di riduzione in caso di lesione dei diritti dei legittimari in dipendenza della liberalità atipica combinato artt. 555 e 809 c.c.; applicazione della disciplina in tema di revocazione per ingratitudine *ex* art. 801 c.c. o per sopravvenienza dei figli ai sensi dell'art. 803 c.c.); al contrario, con riferimento alla forma si debbono applicare le norme proprie del negozio - mezzo²²².

Oltre a elementi comuni, sono presenti anche delle dispute alquanto complesse relativamente a taluni aspetti della disciplina delle varie forme di assunzione del debito, in particolare si discute sulla natura della causa degli istituti che presiedono all'assunzione del debito. Come noto, è sostenuta con vigore la tesi per la quale la causa della delegazione, dell'espromissione e dell'accollo sia unitaria e vada identificata semplicemente

220 DIENER, *Il contratto in generale*, Milano, 2002, 93.

221 Cfr. Cassazione 8 luglio 1983, n. 4618 in *Massimario Giurisprudenza Italiana*, 1983 ad avviso della quale “il contratto di donazione può essere, a norma dell'art. 769 c.c., non solo ad effetti traslativi ma anche ad effetti obbligatori, limitandosi a far sorgere un semplice rapporto d'obbligazione in cui il donante assume la posizione di debitore nei confronti del donatario, il quale viene arricchito dall'acquisto di un diritto di credito senza alcun sacrificio; l'accordo, invece, attraverso cui un soggetto assuma per spirito di liberalità il debito di altro soggetto verso un terzo, non integra una donazione tipica non verificandosi a vantaggio del debitore alcun arricchimento, che potrebbe conseguire solo alla liberazione propria dell'accollo privativo *ex* art. 1273, 2° comma, c. c., ma realizza tuttavia una donazione indiretta che resta assoggettata, circa la forma, alla disciplina propria dell'atto attraverso il quale si realizza la liberalità, salva l'applicazione delle norme sulla revocazione delle donazioni e di quelle sulla riduzione per reintegrare la quota dovuta ai legittimari”.

222 Da ciò, si deduce che nell'ipotesi in cui l'assunzione del debito altrui abbia una causa liberale non è richiesto il perfezionamento di un atto pubblico avente le formalità indicate dal combinato disposto dagli artt. 782 c.c. e 48 l. 89/1913. Tuttavia, in senso parzialmente contrario cfr. l'autorevole opinione di RESCIGNO, voce “*Delegazione (dir. civ.)*” cit., ad avviso del quale se l'assunzione del debito ha carattere liberale si rende necessaria l'adozione dello strumento dell'atto pubblico.

nell'assunzione del debito altrui²²³. A detrimento della tesi in parola, si evidenzia che essa appare meramente descrittiva. Si ritiene, infine, che ciascuna ipotesi concreta di assunzione del debito altrui, ben lungi dall'essere autosufficiente quanto a funzione economico - sociale, affonda le proprie radici nei rapporti (o anche nell'assenza di essi o di uno di essi) che sovrastano l'assunzione del debito, oltre che dalle tipiche caratteristiche che contraddistinguono ciascuna forma di assunzione del debito.

Nel corso delle successive pagine si darà conto delle caratteristiche essenziali delle varie forme di assunzione del debito predisposte dal legislatore che, nonostante un evidente sforzo compiuto dalla Commissione cui erano stati affidati i lavori di compilazione di questa importante parte del codice civile, ha dato e dà luogo a notevoli difficoltà interpretative e ad approcci molto differenziati tra i vari autori. Il pragmatismo giurisprudenziale, teso a risolvere per la via più rapida (e forse più battuta) problemi che si manifestano nella quotidianità degli affari dei privati, non aiuta a diradare le nebbie che avvolgono questo complesso settore del diritto civile, reso vieppiù complesso alla luce di talune lacune normative (in particolare, per l'espromissione e, in seconda battuta, anche per lo stesso accollo), riguardo alle quali seri dubbi si pongono alla semplice (e sbrigativa) strada dell'applicazione analogica delle norme dettate per la delegazione. Da ciò emerge, in tutta evidenza, l'autonomia causale dei tre istituti che presiedono all'assunzione del debito per atto privato e, ai più modesti fini della presente dissertazione, rendono opportuna (se non doverosa) una trattazione degli stessi in paragrafi separati.

Epperò, nonostante tutto, un nucleo comune c'è (uno statuto normativo per dirla con altre parole) ossia la normativa, in tema di garanzie accessorie al debito oggetto di successione. Si è ritenuto, quindi, opportuno elaborare un paragrafo unitario, nel quale esporre i principi generali sul tema delle garanzie alla luce delle implicazioni pratiche che coinvolgono gli istituti.

Si procederà, dunque, in primo luogo a tratteggiare i caratteri salienti degli istituti tipici di legge, deputati all'assunzione del debito altrui, per poi procedere a trattare lo specifico argomento del mantenimento delle garanzie.

4.1 La delegazione

L'istituto che gode della disciplina più analitica e che, anche per tradizione giuridica, è posto

223 DONATI, *Causalità ed astrattezza nella delegazione*, Padova, 1973, 130.

al centro dell'attenzione degli interpreti è senz'altro la delegazione. Come si è precedentemente sottolineato, si discute in dottrina se la delegazione possa essere considerata l'archetipo degli strumenti a disposizione dei privati per conseguire la successione nel debito. Dalla risposta, positiva o meno, alla questione ne discende, dal punto di vista pratico, la possibile applicazione, in via analogica, delle norme dettate per essa anche all'espromissione e all'accollo.

Le origini storiche della delegazione sono antiche e risalgono al diritto romano. La *delegatio* che emerge dalle fonti, come interpretate dalla dottrina romanistica, racchiude tutte le caratteristiche proprie della moderna delegazione, *in primis* la funzione che assolve, ossia quella di celerità degli scambi giuridici e di definizione di un rapporto ternario mediante l'adempimento da parte del delegato. Nonostante ciò, emergono taluni caratteri peculiari della *delegatio* romana, ossia la tendenziale unicità dell'istituto, causalmente connotato da profili di astrattezza del rapporto delegatorio rispetto a quelli di provvista e di valuta, di modo che i vizi di tali rapporti non si comunicano a quello delegatorio, facendo eccezione quei vizi che possono dare luogo ad *actio doli generalis* da parte del delegato al delegatario e ad azione di indebito arricchimento da parte di quest'ultimo verso il primo²²⁴. È dapprima con l'elaborazione dei glossatori, quindi con quella della Pandettistica²²⁵, che la nozione moderna di delegazione inizia il processo di affrancamento dalla novazione soggettiva, entro i cui margini era stata confinata dalla lunga tradizione giuridica di derivazione romanistica.

A livello positivo, tale nuovo orientamento dottrinario ottenne una parziale conferma nel codice napoleonico, in Francia e in Italia nel codice del 1865. Un'eco ancora rilevante dell'antica tradizione era testimoniata pur sempre dall'art. 1271 che enucleava la distinzione tra delegazione “perfetta” (ossia quella novativa con liberazione del debitore originario) e quella “imperfetta” (ossia quella cumulativa). Il percorso di definitiva separazione tra delegazione e novazione, dopo l'importante risultato ottenuto, in chiave comparatistica, con il B.G.B., fu portato a compimento con il codice civile del 1942. La filosofia, peraltro immanente a tutto il codice vigente, è quella di astrazione del rapporto obbligatorio dalle persone dei propri titolari (e dal lato attivo e da quello passivo), privilegiandone il valore di scambio al fine di potenziare la circolabilità dell'obbligazione²²⁶.

Per tradizione consolidata, pur se non risalente a un preciso periodo storico, se non in forma

224 TALAMANCA, voce “Delegazione (dir. rom.)”, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XI, Milano, 1962, reperibile, mediante le banche dati di Ateneo, sul sito <http://enciclopedia.giuffre.it>

225 Si veda soprattutto SALPIUS, *Novation und Delegation nach Römischen Recht*, Berlin, 1864.

226 GIACOBBE, *Della delegazione dell'espromissione e dell'accollo*, in *Commentario del codice civile* Scialoja – Branca, a cura di Galgano, Bologna – Roma, 1992, 3.

del tutto vaga, entro l'alveo dell'elaborazione del diritto romano²²⁷, la delegazione si distingue, dal punto di vista strutturale, in due sottocategorie, ossia la delegazione di debito e la delegazione di pagamento. Con il primo istituto si assume il debito in via additiva (delegazione cumulativa), ovvero la vera e propria successione (delegazione privativa). Con il secondo istituto, invece, si perfeziona esclusivamente la definizione della fase di adempimento dell'obbligazione di modo che, a rigore, il delegato non diviene debitore del delegatario, non essendo neppure necessaria la preesistenza di un obbligo da parte del delegato nei confronti del delegante²²⁸. È principio generale quello per il quale la delegazione, in origine di pagamento, può divenire di debito in caso di costituzione quale obbligato del delegato, nei confronti del delegatario (è fatta, tuttavia, salva la possibilità che il debitore originario vieti ciò). Le differenze strutturali tra delegazione di debito e di pagamento, oltre alla indubbia maggiore centralità della figura del debitore delegante nella seconda, il quale si serve del delegato per realizzare i propri interessi, spingono a ritenere che si tratta di due istituti solo latamente assimilabili dal punto di vista della natura giuridica, ma aventi ugualmente una tale analogia che una distinzione tra le due figure di delegazione obbligatoria e di delegazione di pagamento si riduce a una distinzione puramente verbale²²⁹.

La seconda distinzione che separa le forme di delegazione attiene all'elemento causale. Si ha una delegazione c.d. titolata allorché l'assunzione del debito sia fatta con espresso richiamo ai rapporti sottostanti a quello originatosi con la delegazione, ossia il rapporto di provvista (tra delegante e delegato) e il rapporto di valuta (tra delegante e delegatario). In questo caso, che deve essere espressamente previsto dalle parti, il delegato potrà opporre al delegatario tutte le eccezioni relative ai rapporti sottostanti, già richiamati nel negozio di delegazione. Nondimeno, la delegazione può essere pura, ossia prescindere dai rapporti predetti. È evidente che in questo caso ne emerge una combinazione negoziale fortemente connotata in senso astratto²³⁰ che, peraltro, costituisce elemento naturale della delegazione, in quanto la corrispondente forma titolata deve essere specificamente pattuita dalle parti. Inoltre, si tratta della fattispecie che è maggiormente appetibile a livello pratico, vista la propria duttilità e la propria capacità di smuovere il debito nel modo più sollecito. La definitività del rapporto delegatorio puro può essere pregiudicata solo nel caso in cui si verifichi il fenomeno della

227 TALAMANCA, voce "Delegazione (dir. rom.)" cit..

228 Cassazione, 11 aprile 1978 n. 1698 in *Massimario Giurisprudenza Italiana*, 1978, ad avviso della quale "il 2° comma dell'art. 1269 c.c., il quale stabilisce che il terzo delegato per eseguire il pagamento non è tenuto ad accettare l'incarico, ancorché sia debitore del delegante, comporta che la delegazione può aver luogo anche fuori della normale ipotesi di una preesistente obbligazione del delegato verso il delegante".

229 In questo senso, si è espressa la stessa Relazione al codice civile (n. 587).

230 RESCIGNO, voce "Delegazione (dir. civ.)" cit..

c.d. nullità della doppia causa²³¹, nel qual caso il rispetto del principio generale della ripetizione dell'indebitto (art. 2033 c.c.) impone la restituzione di quanto percepito dal creditore, a causa della carenza delle ragioni di diritto ed economiche che giustificano la delegazione²³².

Ancora, si distingue una delegazione cumulativa e una liberatoria.

Nel primo caso, si ha l'aggiunta di un ulteriore debitore il cui patrimonio funge da aggiuntiva garanzia a favore del delegatario. La legge (art. 1268 c. 2 c.c.) ha cura di specificare che si origina una vera e propria responsabilità sussidiaria, nella quale il delegato dovrà necessariamente essere il primo a rispondere nei confronti del creditore. Questi, tuttavia, dovrà limitarsi a chiedere l'adempimento al delegato, ma non dovrà procedere all'escussione del debitore "principale". Si è, inoltre, chiarito in giurisprudenza²³³ che, nonostante la primazia del debitore delegato, la sussidiarietà non è incompatibile con la solidarietà.

Nel caso in cui la delegazione sia privativa occorre un'espressa²³⁴ manifestazione di volontà da parte del creditore, affinché si perfezioni la liberazione del debitore originario. La *ratio* della disposizione è intuitiva e affonda le radici nella modificazione connessa con la sostituzione del patrimonio su cui il creditore può soddisfarsi in caso di inadempimento (si pensi alla nota teoria, di origine tedesca, per la quale elemento dell'obbligazione è non solo il *debitum* (*Schuld*), ma anche la garanzia consistente nel vincolo del patrimonio del debitore per il pagamento di tale debito (*Haftung*)). La dichiarazione di liberazione posta in essere dal creditore si qualifica come negozio giuridico unilaterale recettizio, indirizzato al

231 Sulla c.d. nullità della doppia causa cfr. BRIGANTI, *La delegazione in Le vicende delle obbligazioni la circolazione del credito e del debito* cit., 307 e ss..

232 Cfr. in questo senso Cassazione 14 giugno 1994, n. 5770 in *Massimario Giurisprudenza Italiana* 1994 ad avviso della quale "nella delegazione di pagamento "pura" l'obbligazione del delegato verso il delegatario prescinde del tutto dal rapporto sottostante di provvista (delegante-delegato) e di valuta (delegante-delegatario) e, quindi, dai relativi vizi, salvo che ricorra la nullità della doppia causa, giacché, in tal caso, viene meno la funzione stessa della delegazione. Conseguentemente, nell'ipotesi predetta non si verifica, di regola, un'obbligazione trilatera, in quanto il delegatario non deve aderire al rapporto delegante-delegato, nè può rifiutare l'adempimento di quest'ultimo, stante l'autonomia dei due rapporti, non potendo il delegato opporre le eccezioni relative al rapporto tra delegante e delegatario se ad esso le parti non abbiano fatto espresso riferimento".

233 Cassazione 21 ottobre 1995, n. 10968 in *Massimario Giurisprudenza Italiana*, 1995 secondo la quale "la sussidiarietà non esclude la solidarietà dell'obbligazione, sempre che questa abbia ad oggetto la medesima prestazione dell'obbligazione principale".

234 Nonostante il tenore letterale dell'avverbio contenuto nell'art. 1268 c. 1 c.c., non sono mancate voci sia in dottrina (MANCINI, *Delegazione, espromissione, accollo* cit., 494 e ss.) sia in giurisprudenza (Cassazione 19 novembre 1994, n. 9835, in *Banca dati De Agostini*), secondo cui "in caso di modificazione nel lato passivo del rapporto obbligatorio, l'effetto liberatorio del debitore originario non può derivare se non da una espressa manifestazione di volontà del creditore, ovvero da un suo contegno concludente, univocamente diretti a tale risultato".

Più recentemente si è evidenziato, sia in sede di legittimità (Cassazione 24 gennaio 2002, n. 848 in *I Contratti*, 2002, 977) sia in sede di merito (Appello Roma, 9 febbraio 2006 in *Banca dati De Agostini*; Tribunale Monza 8 febbraio 2007 in *Banca dati De Agostini*) che la lettera della legge impone di ritenere necessaria una manifestazione di volontà incompatibile con i fatti concludenti.

delegato e, secondo parte della dottrina, anche al delegante²³⁵.

Circa la qualificazione della natura giuridica del negozio di delegazione, il dibattito è acceso e, in particolare, è molto radicale il contrasto tra la tesi prevalentemente sostenuta nei pronunciati dei giudici e, invece, le tesi perorate dagli studiosi. I primi, ma non mancano autorevoli, pur se risalenti, conferme in dottrina²³⁶, perorano in modo convinto la tesi dell'unitarietà della fattispecie, mentre i secondi quella c.d. atomistica.

Secondo la prima opinione, a cui difesa c'è anche il dato della Relazione al codice civile (n. 586), le varie dichiarazioni negoziali che governano la vicenda si fondono per dare vita a un unico contratto, necessariamente trilaterale, caratterizzato da una funzione economico - sociale unica, ossia l'assunzione del debito altrui²³⁷. È stato, in contrario, evidenziato che la delegazione è costituita da una pluralità di negozi distinti, bilaterali e unilaterali, nessuno dei quali risponde allo schema del necessario concorso di volontà di tutti i soggetti della delegazione²³⁸. Tale istituto è quindi descritto in modo più puntuale dalla teoria atomistica, alla luce della quale non c'è una causa unitaria che la sorregge, bensì una pluralità di negozi, autonomi ma tuttavia collegati, al fine del conseguimento di una medesima ragione economica, non riducibile alla mera assunzione del debito altrui. La differenza che emerge si concentra sulla necessaria preordinazione della delegazione all'assunzione del debito altrui, considerata quale presupposto necessario e insuperabile da parte della teoria unitaria giurisprudenziale. Secondo i sostenitori di questa tesi, da ciò ne consegue che la delegazione non può prescindere dall'esistenza di entrambi i rapporti di provvista e di valuta, di cui quindi il negozio di delegazione costituirebbe attuazione²³⁹.

Secondo i propugnatori della seconda tesi, invece, la delegazione, pur non potendosi escludere che persegua un interesse complessivo unitario²⁴⁰, non è necessariamente preordinata all'assunzione del debito altrui e non necessita della preesistenza del rapporto di provvista tra delegato e delegante. Quindi, seppure la delegazione non possa che essere considerata, *in primis*, entro lo scopo generale di *celeritas coniungendarum actionum* (Ulpiano, fr. 3 par. 12 D. 24,1 che cita una sentenza riferita a Celso), nella pratica negoziale non si può disconoscere che la delegazione viene impiegata per realizzare interessi disparati che mal si prestano ad essere costretti entro lo schema dell'assunzione del debito. Talvolta,

235 GIACOBBE, *Della delegazione dell'espromissione e dell'accollo* cit., 27.

236 COVIELLO, *Della successione ne' debiti a titolo particolare* cit., 360 e ss.; NICOLÒ, *Il negozio delegatorio*, Milano, 1932, 111 e ss.; ANDREOLI, *La delegazione*, Padova, 1937, 213.

237 In questo senso cfr. Cassazione 11 dicembre 1967, n. 2907 in *Rivista del notariato*, 1968, 499 ad avviso della quale "la delegazione postula l'esistenza di due debitori e di un creditore (delegazione passiva) oppure l'esistenza di due creditori e di un debitore (delegazione attiva), presentandosi in entrambi i casi, dal punto di vista strutturale, come un negozio plurilaterale con tre rapporti".

238 BIANCA, *Diritto civile 4 L'obbligazione*, cit., 636 – 637.

239 Cassazione 11 dicembre 1967, n. 2907 cit..

240 BIANCA, *Diritto civile 4 L'obbligazione*, cit., 638.

la delegazione viene impiegata per realizzare operazioni di mutuo ovvero anche solo per spirito di liberalità²⁴¹. A incrinare la solidità giuridica della ricostruzione precedente è la stessa lettera della legge, laddove dispone che la delegazione può concludersi, e cioè il delegato può accettare la proposta di delegazione da parte del delegante (si vedrà che la tesi preferibile è dell'avviso che lo *iussum* delegatorio dal lato del delegante si può ricondurre esattamente alla figura della proposta contrattuale), anche a seguito dell'avvenuto decesso o della sopravvenuta incapacità del delegante. Da ciò, non può che concludersi che non si è innanzi a un vero e proprio contratto unitario, in quanto non ci sarebbe alcuna compatibilità tra quest'ultima disposizione e l'art. 1330 c.c. che prevede la decadenza della proposta contrattuale in caso di morte o di sopravvenuta incapacità del proponente, salva la presenza della clausola di irrevocabilità, ai sensi del precedente art. 1329 c.c..

Non è neppure mancato chi ha parlato della delegazione, in particolare quella pura, di negozio causalmente astratto²⁴².

Se ne deduce che la delegazione è una fattispecie plurinegoziale complessa che costituisce un vero e proprio procedimento, i cui negozi che la costituiscono sono collegati mercé lo *iussum* delegatorio²⁴³ che costituisce il vero nodo centrale dell'istituto. La ricostruzione della natura giuridica dello *iussum* è una delle maggiori incognite relative al fenomeno delegatorio, ossia dell'atto mediante il quale il debitore assegna al creditore un nuovo debitore. È evidente che la risposta a tale quesito sia dirimente e propria esclusivamente della teoria atomistica, mentre, quella unitaria, nel racchiudere tutta la fattispecie in un complesso unico accordo a più parti, svaluta la centralità di questo elemento, racchiudendolo nell'ambito dello scambio delle proposte, tipiche di qualsiasi contratto.

Tra i sostenitori della centralità dello *iussum*, una prima tesi, tradizionale, è dell'avviso che l'atto delegatorio debba essere qualificato, come atto di autorizzazione rivolto contemporaneamente al delegato e al delegatario²⁴⁴. Taluni indici normativi, tuttavia, contrastano con questa ricostruzione: si pensi all'accettazione di cui all'art. 1269 c.c. che mal si concilia con l'atto unilaterale recettizio di autorizzazione²⁴⁵. Maggiormente in armonia con il dato letterale della legge, almeno di primo acchito, appare la teoria che riconduce lo

241 Cfr. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni – vol. III, 2 Vicende dell'obbligazione vol. IV Difesa preventiva e successiva dell'obbligazione* cit., 87 il quale evidenzia come il delegato possa assumere l'obbligazione, oltre che *solvendi causa*, anche *credendi, donandi o transigendi causa*, perché non sempre il delegato è astretto al delegante da un rapporto di debito – credito.

242 RESCIGNO, voce "*Delegazione (dir. civ.)*" cit., il quale chiarisce come il contratto di assunzione può staccare l'obbligazione dai rapporti di base e si può parlare, allora, di obbligazione astratta, ma trattandosi di astrazione in senso affatto particolare

243 BIGIAMI, *La delegazione*, Padova, 1940, 392.

244 NICOLÒ, *Il negozio delegatorio* cit., 66; BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni – vol. III, 2 Vicende dell'obbligazione vol. IV Difesa preventiva e successiva dell'obbligazione* cit., 89 – 90.

245 Sulla natura giuridica dell'autorizzazione nel diritto privato si fa rimando a AURICCHIO, voce *Autorizzazione (dir. priv.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. IV, Milano, 1959, reperibile sul sito <http://enciclopedia.giuffre.it>

iussum delegatorio al mandato attribuito dal delegante al delegato e più precisamente alla proposta di mandato (art. 1326 c.c.). Anche questa teoria lascia talune perplessità al momento di un più serio esame con il dato letterale delle disposizioni codicistiche. Se, infatti, la parola “incarico”, di cui all'art. 1269 c. 2 c.c., è immediatamente richiamabile all'istituto del mandato (cfr. art. 1471 n. 4 c.c. circa i divieti di acquisto a carico dei mandatari, rispetto ai beni che sono stati *incaricati* di vendere; art. 1717 c. 1 c.c. a norma del quale “il mandatario che, nell'esecuzione del mandato, sostituisce altri a se stesso, senza esservi autorizzato o senza che ciò sia necessario per la natura dell'*incarico*, risponde dell'operato della persona sostituita”; art. 1718 u.c. c.c. secondo il quale le norme sulla custodia e la tutela dei diritti del mandante di cui ai commi precedenti si applicano anche nel caso in cui il mandatario non accetti l'*incarico* conferitogli dal mandante, sempre che tale incarico rientri nell'attività professionale del mandatario; art. 1720 c.c. a norma del quale il mandante deve inoltre risarcire i danni che il mandatario ha subiti a causa dell'*incarico*; art. 1740 c.c. relativo al contratto di spedizione, che è un'applicazione specifica del contratto di mandato ai sensi dell'art. 1737 c.c., che dispone che “la misura della retribuzione dovuta allo spedizioniere per l'esecuzione dell'*incarico* si determina, in mancanza di convenzione, secondo le tariffe professionali o, in mancanza, secondo gli usi del luogo in cui avviene la spedizione”; la disposizione di cui all'art. 1270 c. 2 c.c. (ossia la possibilità che il delegato assuma l'obbligazione, pur dopo il decesso o la sopravvenuta incapacità del delegante) è, invece, decisamente contrastante con quanto previsto dall'art. 1722 n. 4 c.c. che, al contrario, prevede l'estinzione del mandato, proprio nelle stesse ipotesi in cui l'*incarico* delegatorio continua a spiegare effetti.

Alla luce di queste considerazioni, non si può ritenere lontana dal vero la tesi per la quale il negozio di delega è dotato di una propria causa tipica, insuscettibile di essere vincolata entro i confini di altri istituti previsti dalla legge, che ne giustifica l'autonoma disciplina.

Con riferimento all'oggetto della delegazione, si ritiene che sia possibile anche delegare l'adempimento di un obbligo futuro, purché siano già determinati, al momento della conclusione della delegazione, i rapporti di base, da cui derivi il debito oggetto di assunzione²⁴⁶. Sulla questione, dopo avere ricordato la tesi assolutamente dominante in dottrina e in giurisprudenza, si può, a dire il vero, porre un possibile interrogativo in chiave critica di quanto esposto. Leciti sono i dubbi, circa la possibile estensione analogica alla

246 Cassazione, 19 maggio 2004 n. 9470 in *Gius* 2004, 3602 ad avviso della quale “il nostro sistema positivo consente di configurare la delegazione cosiddetta titolata, oltre che relativamente a preesistenti rapporti di credito, già liquidi ed esigibili, anche riguardo sia a crediti che, ancorché esistenti, non siano ancora liquidi ed esigibili, sia riguardo a crediti futuri, che, pur non potendo ancora considerarsi esistenti, risultino tuttavia geneticamente collegati al non ancora avvenuto svolgimento di rapporti che siano già in atto tra delegante e delegatario al momento in cui viene attuato il rapporto di delegazione”.

delegazione di debiti futuri dell'art. 1938 c.c. relativo al diverso contratto di fideiussione, così come modificato dall'art. 10 l. 17 febbraio 1992 n. 154 che ha imposto la fissazione di un limite massimo entro cui il fideiussore può garantire i debiti altrui. Non è chiaramente questa la sede per approfondire tematiche non pertinenti all'economia della presente dissertazione²⁴⁷, tuttavia, occorre tenere presente che, ad un primo esame, le differenze causali tra fideiussione e delegazione (in particolare nella “versione” cumulativa) sono molto nette (la ragione pratica della prima è quella di fungere da garanzia personale al debito di un terzo; mentre quella della seconda è di assumere un debito altrui; la fideiussione, inoltre, dà vita a un nuovo rapporto, accessorio a quello principale; la delegazione cumulativa, invece, dà vita a una mera accessione del terzo nel rapporto altrui) e spingerebbero a ritenere del tutto fuori luogo una possibile applicazione della norma, dettata per altro contratto. Tuttavia, a ben vedere, non si può negare che la delegazione cumulativa (come anche l'accollo o l'espromissione cumulativi, cui queste considerazioni debbono essere estese) partecipa a una funzione latamente di garanzia dell'obbligo altrui e potrebbe condurre, sempre in termini dubitativi, anche a una riflessione più aperta sulla questione, proprio prendendo spunto dalla comunanza pratica di interessi perseguiti dalle parti coi due negozi, espandendo quindi l'area applicativa del nuovo orientamento giurisprudenziale in tema di causa concreta del contratto²⁴⁸.

Con riguardo alla forma del negozio di delegazione, il principio generale della libertà formale trova nella materia dell'assunzione del debito altrui piena applicazione. Si deve aggiungere che coloro che aderiscono alla teoria dell'astrattezza della delegazione²⁴⁹ debbono coerentemente ammettere che la libertà formale del negozio si pone in totale antitesi con il principio generale, tipico degli ordinamenti acausalistici, per il quale la forma di tali convenzione è necessariamente rafforzata, avendo tali oneri formali una funzione latamente riempitiva dell'assenza di causa del negozio²⁵⁰.

247 Sulla *ratio* dell'intervento legislativo e sulle conseguenze che esso ha avuto sul dibattito già presente nella dottrina prima della novella (la cui rubrica significativamente delinea il quadro entro cui si è mosso l'intervento riformatore: “Norme per la trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari”), oltre che sui problemi di applicazione inter-temporale della riforma, si rimanda alle considerazioni di BISCONTI, *Fideiussione omnibus*, in *I Contratti*, 1995, 109 e ss..

248 Cfr. la più volte citata Cassazione 8 maggio 2006, n. 10490 cit..

249 RESCIGNO, voce “Delegazione (*dir. civ.*)” cit..

250 Tradizionalmente gli ordinamenti acausalistici sono informati a un regime di stretta formalità o, comunque, di formalità rafforzata rispetto a quelli causalistici. Si veda in proposito GIORGIANNI, voce “Causa del negozio giuridico (*dir. priv.*)”, in *Enciclopedia del diritto*, vol. VI, Milano, 1960 reperibile, mediante le banche dati di Ateneo, sul sito <http://enciclopedia.giuffre.it>

4.2 L'espromissione

L'art. 1272 c.c. disciplina il negozio di espromissione, ossia quel contratto (si anticipa subito la soluzione suggerita dalla prevalente dottrina circa la natura giuridica dell'espromissione, in particolare quella cumulativa, di cui si tratterà nelle pagine che seguono), mediante il quale il terzo e il creditore convengono che il primo si assuma il debito di cui è titolare il debitore, senza che quest'ultimo partecipi a tale convenzione.

Dal punto di vista storico, va precisato che dalle fonti romanistiche si deduce come l'impiego del termine “*expromissio*” fosse neutro e avesse un significato differente rispetto a quello odierno. Si è sottolineato come l'espromissione avesse una duplice portata semantica, a seconda del contesto nel quale era impiegata: il termine, da un lato, altro non voleva significare che promessa da parte del debitore nei confronti del creditore di corrispondere a questi ciò che egli gli deve; dall'altro indicava la novazione soggettiva passiva che, a differenza di quanto accadeva per la *delegatio*, avveniva senza *iussum* da parte dell'originario debitore²⁵¹. È inutile sottolineare ulteriormente che, secondo la concezione di obbligazione, condivisa dai giuristi romani, oltre che dagli studiosi dell'epoca intermedia, le modificazioni soggettive del rapporto obbligatorio avessero data la centralità della figura del debitore, inevitabili effetti novativi sul rapporto originario. Non è il caso di riproporre l'intera storia del pensiero giuridico che ha condotto alla revisione del principio *in delegatione et expromissione semper inest novatio*, come si è articolata nel diritto comune e, quindi, nel codice napoleonico e nel nostro codice del 1865, questi ultimi ancora fedeli alla tradizione della novazione soggettiva; e come, invece, furono i testi legislativi dell'area tedesca (B.G.B. in Germania, A.B.G.B. in Austria, oltre al codice civile elvetico) ad avere posto in discussione il principio della novazione, aderendo, al contrario, a un'interpretazione radicalmente contrapposta, sostituendo alla novazione (e agli giuridici conseguenti) soggettiva il concetto di successione nel medesimo rapporto obbligatorio.

Va, tuttavia, rimarcato che la novità del codice civile del 1942 non fu limitata alla sola tipizzazione del negozio di espromissione (esso, pur se non presente nel vecchio codice era, comunque, ritenuto ad esso immanente²⁵²), piuttosto al rifiuto della portata novativa che, a tale negozio, generalmente si attribuiva sotto l'imperio del vecchio codice.

Introducendo la trattazione delle peculiarità del negozio espromissorio, in dottrina si è soliti evidenziare come esso sia informato al principio della massima semplicità, in ciò contrapposto alle strutture plurinegoziali, ossia la delegazione e l'accollo, che, al contrario

251 ROLLI, *L'espromissione e la liberazione del debitore originario*, Padova, 1995, 13 ove ampi riferimenti bibliografici.

252 Cfr. DISTASO, *Modificazioni soggettive e oggettive dell'obbligazione*, in *Banca borsa titoli di credito*, 1967, 563 e ss..

danno vita a un vero e proprio procedimento²⁵³.

Circa la natura giuridica del negozio, l'espromissione è un vero e proprio contratto bilaterale (per il quale non è ammissibile uno schema di formazione unilaterale *ex art. 1333 c.c.*²⁵⁴), stipulato tra l'assuntore del debito altrui (c.d. espromittente) e il creditore (espromissario), dal quale resta escluso il debitore originario (espromesso). La ricostruzione in senso contrattuale del negozio, nonostante pareri difformi²⁵⁵, non è stata oggetto di particolari dubbi nella dottrina più recente. Da un lato, essa appare scontata in caso di espromissione liberatoria, in quanto si richiede l'espreso consenso negoziale da prestarsi a cura del creditore, al fine di perfezionare la liberazione del debitore. Dall'altro, la stessa espromissione cumulativa non può che essere costruita come un contratto²⁵⁶, in quanto solo la volontà del creditore può determinare la modificazione del lato passivo del rapporto obbligatorio (e delle garanzie patrimoniali che ne derivano). La stessa generale inammissibilità dei negozi unilaterali produttivi di effetti giuridici anche nei confronti dei terzi, è confermata dall'art. 1987 c.c. che istituzionalizza il principio generale di tassatività dei negozi unilaterali²⁵⁷, in omaggio al principio *ex nuda pollicitatio nulla actio nascitur*. Anche la giurisprudenza di legittimità e di merito non ha nutrito seri dubbi circa la natura contrattuale dell'espromissione²⁵⁸.

Oltre ad essere un contratto, si è sostenuto che esso si tratti di un contratto contraddistinto da corrispettività: in caso di espromissione privativa la corrispettività consisterebbe in ciò:

253 RESCIGNO, voce "Delegazione (dir. civ.)" cit..

254 RODOTA', voce "Espromissione", in *Enciclopedia del diritto*, vol. XV, Milano, 1966, reperibile, mediante le banche dati di Ateneo, <http://enciclopedia.giuffre.it>

255 BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, II, Torino, 1965, 216 e 226.

256 Tuttavia, in favore della tesi dell'unilateralità dell'espromissione cumulativa cfr. GAZZONI, *Manuale di diritto privato* cit., 629.

257 Sul principio di tassatività dei negozi unilaterali si rimanda a BRANCA, *Delle obbligazioni artt. 1960 – 1991*, a cura di Fragali – D'Onofrio – Salvi – Branca, in *Commentario del codice civile* Scialoja – Branca, Bologna-Roma, 1974, 406 e ss.; GALGANO, *Il negozio giuridico*, Milano, 1988, 206 e ss.; in senso contrario all'indirizzo tradizionale sulla tipicità degli atti unilaterali che possono produrre effetti obbligatori cfr. DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972.

258 Da ultimo per le pronunce di legittimità cfr. Cassazione 10 novembre 2008, n. 26863 in *I Contratti*, 2009, 2, 172 ad avviso della quale "l'espromissione è un contratto tra creditore e terzo, al quale resta estraneo il debitore. Pertanto, là dove tale contratto dovesse assumere la natura di un rapporto ad esecuzione continuata o periodica, il diritto di recesso previsto in via generale dall'art. 1373 c.c. per tutti i rapporti di durata spetta all'espromittente, e non all'obbligato originario, che non è, appunto, parte del contratto di espromissione". Per le sentenze di merito, cfr. Tribunale Genova, 22 febbraio 2011 in *Banca Dati De Agostini*, secondo cui "contrariamente all'indirizzo che qualifica l'espromissione come negozio unilaterale, deve ritenersi che il negozio di espromissione costituisca un contratto tra creditore e terzo. Ad esso si applicano, perciò, tutte le regole che attengono sia alla conclusione (accettazione conforme alla proposta) sia all'interpretazione dei contratti, tra cui, in particolare, quella che dà rilievo al comportamento concludente di entrambe le parti. Invero, la promessa di pagamento di cui all'art. 1988 c.c. ha un effetto meramente confermativo di un preesistente rapporto fondamentale di debito e, pertanto, è inidonea a costituire nuove obbligazioni e a porre in essere una successione a titolo particolare nel suddetto rapporto, di natura sia cumulativa (con l'aggiunta di un nuovo debitore a quello originario) sia privativa (con l'eliminazione, cioè, del precedente debitore). Tale successione può, invero, avvenire solo nei casi previsti in modo espreso dalla legge, e, cioè, generalmente con la forma contrattuale, attraverso la delegazione, l'espromissione, l'accollo e la cessione del contratto, ovvero nelle specifiche ipotesi di subentro nella posizione debitoria altrui fissate dalla legge medesima (quali, ad esempio, quelle previste dalle norme sul titolo di credito)"

da un lato, l'assunzione del debito in capo all'espromittente, dall'altro, come controprestazione, la liberazione del debitore originario, in caso di espromissione cumulativa la corrispettività sarebbe costituita dalla sussidiarietà della responsabilità patrimoniale del debitore originario²⁵⁹. Tale affermazione impone, a dire il vero, un adeguato approfondimento sulla natura giuridica della responsabilità per il debito assunto in capo al espromittente. Discorrendo in tema di delegazione, si è sottolineato come l'art. 1268 c. 2 c.c. stabilisca il privilegio del *beneficium ordinis*, in favore del delegante, concretando perciò un'ipotesi di responsabilità sussidiaria tra delegato e debitore originale. Tale soluzione normativa appare coerente anche con il necessario intervento da parte del creditore che, prestando il necessario consenso alla delegazione, giustifica il conseguente onere sul medesimo gravante, in tema di perfezionamento dell'adempimento dell'obbligazione. L'art. 1272 c. 1 c.c., nel trattare la corrispondente disposizione in tema di espromissione, fa, invece, riferimento esclusivo alla solidarietà tra espromittente ed espromesso. Come conciliare l'impiego, da parte del legislatore, di due espressioni linguistiche apparentemente differenti tra loro? Una prima tesi, e sia detto per inciso, si tratta sicuramente dell'opinione prevalente, è dell'avviso che, ad onta delle differenti espressioni lessicali impiegate, tra espromittente ed espromesso esiste un rapporto di responsabilità sussidiario, con applicazione analogica dell'art. 1268 c. 2²⁶⁰. Si evidenzia, a sostegno di questa conclusione, che la sostanziale unitarietà del sistema delle assunzioni del debito e la compatibilità tra solidarietà e sussidiarietà dell'obbligazione, come ricavabile dall'art. 1293 c.c. e interpretato dalla costante giurisprudenza²⁶¹, militino in modo decisivo a favore dell'opzione interpretativa favorevole all'estensione dell'art. 1268 c. 2 all'espromissione. Inoltre, è proprio il carattere corrispettivo del contratto di espromissione che consente una conclusione siffatta.

Altri autori, tuttavia, hanno contestato questa impostazione metodologica e hanno evidenziato che il tenore letterale della norma²⁶², cui deve essere aggiunta la considerazione di ordine logico in base alla quale se il legislatore avesse voluto parificare l'espromissione alla delegazione in tale questione avrebbe potuto riprodurre la stessa disposizione dell'art. 1268 c. 2 o avrebbe potuto fare ad essa un semplice richiamo, impone una rivisitazione in senso critico dell'orientamento dominante, innanzi ricordato. Aderendo a tale teoria, ne risulterebbe fortemente in dubbio la ricostruzione in termini di corrispettività del negozio espromissorio.

259 RODOTA', voce "Espromissione" cit..

260 In questo senso cfr. RESCIGNO, voce "Delegazione (dir. civ.)" cit.; BIANCA, *Diritto civile 4 L'obbligazione*, cit., 670; RODOTA', voce "Espromissione" cit.; GIACOBBE, *Della delegazione dell'espromissione e dell'accollo* cit., 82;

261 Cassazione 21 ottobre 1995, n. 10968 cit..

262 DISTASO, *Modificazioni soggettive e oggettive dell'obbligazione* cit., 564 – 565; BRECCIA, *Le obbligazioni* cit., 830.

Sempre in tema di ricostruzione dello schema contrattuale tipico dell'espromissione, in dottrina si è avanzata la tesi della sua riconducibilità allo schema del negozio a favore di terzo, di cui agli artt. 1411 e ss. c.c.. In questo caso, il terzo sarebbe ovviamente il debitore originario che rimane estraneo all'accordo espromissorio e sia, al contempo, il destinatario degli effetti favorevoli del contratto (ossia la liberazione dal debito ovvero la degradazione della propria responsabilità, nel caso in cui si aderisse alla teoria maggioritaria della sussidiarietà). Tale tesi è, tuttavia, respinta dagli autori più illustri: esistono evidenti differenze tra il contratto a favore del terzo e l'espromissione, in particolare, l'assunzione del debito altrui è effetto automatico di qualsiasi negozio assuntivo del debito e non già un effetto del tutto eventuale, connesso alla clausola accessoria di deviazione degli effetti negoziali, a beneficio dell'*extraneus*, tipici del contratto in favore del terzo²⁶³. Inoltre, nell'espromissione l'interesse preminente, oggetto di tutela da parte dell'ordinamento, non è quello del debitore (come invece dovrebbe essere, nel caso in cui si trattasse di un contratto in favore del terzo) bensì l'interesse obiettivo del creditore a ricevere l'adempimento²⁶⁴.

Tale considerazione è senz'altro densa di significato alla luce di un altro quesito che coinvolge l'istituto dell'espromissione, relativo alla possibilità per l'espromesso di opporre il proprio rifiuto, ai sensi del combinato disposto dagli artt. 1180 c. 2 c.c. (norma che regola l'adempimento del terzo) e 1236 c.c. (in tema di remissione del debito)²⁶⁵, sulla base del riconoscimento in favore del debitore del diritto al proprio personale adempimento. Un'importanza decisiva sarebbe assunta proprio da quest'ultima norma, da interpretare in senso estensivo, anche con riferimento all'adempimento indiretto, a cura del terzo, consistente nell'assunzione dell'obbligo altrui. La tesi opposta muove le proprie mosse dalla differenza causale tra adempimento del terzo, mero atto di perfezionamento di un obbligo, e la ben diversa funzione dell'assunzione del debito altrui, e giunge, in conclusione, a ritenere fuorviante qualsiasi discussione in tema di applicazione del rifiuto da parte del debitore, utilizzando, peraltro, considerazioni completamente opinabili, come quelle in merito a un preteso diritto del debitore di adempiere la propria prestazione²⁶⁶.

Riprendendo la trattazione dell'espromissione, il dato che la contraddistingue e la separa dalla delegazione è costituito dalla spontaneità dell'assunzione del debito altrui. Sul significato della spontaneità, c'è accordo in dottrina nel ritenere che essa non possa essere considerata, quale assoluta libera autodeterminazione da parte dell'espromittente: se così

263 Sulla ricostruzione della natura giuridica del contratto in favore del terzo cfr. DIENER, *Il contratto in generale* cit., 681 e ss., specialmente 684 -685.

264 RODOTA', voce "Espromissione" cit..

265 RESCIGNO, voce "Delegazione (dir. civ.)" cit.; BIANCA, *Diritto civile 4 L'obbligazione*, cit., 672.

266 Sull'inesistenza di un tale diritto cfr. CICALA, *L'adempimento indiretto del debito altrui*, Napoli, 1948; CATTANEO, *Mora del creditore*, in *Commentario del codice civile* Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1973. Per la configurabilità di un tale diritto cfr. BIGLIAZZI GERI, *Contributo alla teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Padova, 1967.

fosse, si è acutamente osservato²⁶⁷, la prassi negoziale non conoscerebbe un'ampia applicazione dell'istituto. A ciò va, inoltre, aggiunto che l'art. 1272 c.c., neppure richiede la spontaneità dell'assunzione del debito altrui. È più che sufficiente, quindi, ai fini del perfezionamento dell'espromissione, che il terzo rilevi il debito senza esplicitare l'eventuale obbligo o incarico, che fosse al medesimo pervenuto dal debitore. Pertanto, si avrà espromissione anche nel caso in cui, come talvolta si verifica nella pratica negoziale, e come non è vietato dall'art. 1272 c.c., che l'iniziativa dell'assunzione sia presa direttamente dallo stesso creditore²⁶⁸.

Anche l'elemento causale del negozio è stato oggetto di discussione. Senz'altro prevalente in giurisprudenza, ma è tesi che riscuote ampio consenso anche in dottrina, è la teoria che la dipinge in termini di generica assunzione del debito altrui²⁶⁹. Una tale qualificazione dell'elemento farebbe concludere, nel caso concreto, in favore della nullità di quell'espromissione che venisse posta in essere relativamente a un debito inesistente. Nella letteratura, non sembra più sostenuta la teoria, di diretta influenza germanica, che si esprimeva in termini di astrattezza del negozio espromissorio. La stessa tipizzazione del negozio, ad opera del codice civile vigente, è sufficiente per far ritenere che, nel contesto di un ordinamento informato al principio causalistico, anche il contratto nominato di espromissione sia provvisto di tale requisito.

Dal punto di vista dell'oggetto dell'espromissione, si possono senz'altro riproporre le osservazioni esposte in tema di delegazione, compresa la possibilità dell'assunzione di debiti futuri²⁷⁰. Anche con riferimento alla forma del contratto di assunzione, si può confermare che essa è libera, a prescindere da eventuali intenti liberali da parte dell'espromittente. Maggiori dubbi concernono la forma del negozio di liberazione del debitore originario. Secondo una parte della dottrina, infatti, il tenore letterale dell'art. 1272 c. 1 c.c., nel fare riferimento alla liberazione espressa del debitore, esclude l'ammissibilità della forma *per facta concludentia*²⁷¹. È tuttavia prevalente, anche in omaggio alla tradizione giuridica cementificatasi fin dall'entrata in vigore del codice precedente, la tesi per la quale la

267 RODOTA', voce "Espromissione" cit..

268 RODOTA', voce "Espromissione" cit..

269 Cassazione 16 febbraio 2004 n. 2932 in *Gius*, 2004, 2697 secondo cui "l'espromissione è il contratto fra creditore e il terzo, che assume spontaneamente l'obbligazione altrui, nel quale non vengono in considerazione i rapporti interni fra obbligato ed espromittente e nel quale non sono giuridicamente rilevanti i motivi che hanno determinato l'intervento del terzo, mentre la causa è costituita dalla assunzione dell'obbligazione altrui mediante un'attività del tutto svincolata dai rapporti eventualmente esistenti fra terzo e obbligato, anche se non si richiede l'assoluta estraneità dell'obbligato rispetto al terzo, essendo invece necessario che il terzo, presentandosi al creditore, non giustifichi il proprio intervento con un preesistente accordo con l'obbligato". Nello stesso senso cfr. Cassazione 13 dicembre 2003, n. 19118 in *Notariato*, 2004, 112. In dottrina, cfr. GIACOBBE, *Della delegazione dell'espromissione e dell'accollo* cit., 81.

270 In questo senso cfr. TOMASSETTI, *Espromissione per obbligazione futura e fideiussione*, in *Obbligazioni e contratti*, 2009, 6, 500 e ss..

271 QUAGLIARIELLO, voce "Espromissione", in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. VI, Torino, 1960, 885.

liberazione del debitore originario può essere anche tacita, in modo tale che l'avverbio “espressamente” sia da intendere come “chiaramente”. Anche la giurisprudenza pare orientata in favore della tesi che ritiene ammissibile la forma tacita per la liberazione del debitore²⁷².

Come per ogni altra forma di assunzione del debito altrui, anche per l'espromissione uno degli aspetti più critici è costituito dal regime delle eccezioni che il nuovo debitore può opporre al creditore. Si è soliti giustificare, in dottrina, il divieto di opporre al creditore da parte dell'espromittente le eccezioni relative al proprio rapporto di provvista con il debitore originario, con la spontaneità dell'assunzione del debito altrui e con la non opponibilità, imposta da principi logici, al creditore originario di eccezioni pertinenti a un rapporto obbligatorio, al quale è completamente estraneo²⁷³. È, comunque, data la possibilità alle parti di derogare a tale disposizione. Norma, al contrario, assolutamente imperativa²⁷⁴ è quella secondo cui l'espromittente può opporre al creditore tutte le eccezioni che al medesimo avrebbe potuto opporre il debitore originario, purché non si tratti di eccezioni personali a quest'ultimo, ovvero di eccezioni fondate su fatti successivi all'espromissione. Anche in questo caso la *ratio* della disposizione è eminentemente logica: l'espromittente assume su di sé un debito, con tutti i vizi e con tutte le caratteristiche ad esso proprie. Con suggestiva espressione, si è sottolineato che l'espromissione è un negozio solo parzialmente astratto, in quanto la si può astrarre solo dal rapporto di provvista (è però salva la diversa volontà delle parti), non già da quello di valuta²⁷⁵, in quanto è da tale ultimo rapporto che trae la propria causa.

Per concludere la trattazione sull'espromissione, occorre approfondire un ultimo elemento dello scarno statuto normativo che la disciplina. Si tratta dell'applicabilità o meno all'istituto del rimedio previsto dall'art. 1274 c.c., in caso di insolvenza del nuovo debitore, con conseguente ripristino della ragione di credito nei confronti del debitore liberato. Per trattare tale questione, occorre prendere atto che la disposizione in questione disciplina esclusivamente la delegazione e l'accollo liberatori, mentre tace relativamente all'espromissione. Ci si interroga, quindi, se tale silenzio sia o meno da interpretare come preclusivo all'estensione della norma all'espromissione. In favore di una sua estensione potrebbe essere addotto come argomento il principio di unitarietà dei negozi di assunzione

272 In questo senso cfr. Cassazione, 21 novembre 1983, n. 6935 in *Massimario Giurisprudenza Italiana*, 1983; Cassazione 19 novembre 1994, n. 9835 in *Banca dati De Agostini Professionale* secondo cui “in caso di modificazione nel lato passivo del rapporto obbligatorio, l'effetto liberatorio del debitore originario non può derivare se non da una espressa manifestazione di volontà del creditore, ovvero da un suo contegno concludente, univocamente diretti a tale risultato”.

273 GIACOBBE, *Della delegazione dell'espromissione e dell'accollo* cit., 87.

274 ROLLI, *L'espromissione e la liberazione del debitore originario* cit., 89.

275 GALGANO, *Trattato di diritto civile. Vol. II*, Padova, 2010, 123.

del debito altrui. Nonostante ciò, la tesi prevalente è dell'avviso che la norma non possa fruire di tale estensione. Infatti, l'espromissione, a differenza di quanto avviene per la delegazione e per l'accollo, è un negozio caratterizzato non già dall'iniziativa del debitore originario, il quale resta estraneo alla stipulazione, bensì dalla spontanea assunzione del debito da parte del terzo. Ne consegue che il debitore originario, rimasto estraneo alla stipulazione, non potrà essere soggetto alle conseguenze pregiudizievoli, di cui all'art. 1274 c.c., previste in tema di delegazione²⁷⁶.

4.3 L'accollo

Il terzo istituto giuridico che dà luogo all'assunzione del debito a titolo particolare è l'accollo, disciplinato dall'art. 1273 c.c..

L'accollo è istituto giuridico, la cui genesi è strettamente legata alla compilazione dei glossatori. L'antesignano dell'odierno contratto era, più precisamente, l'*accollatio simplex*, accordo stipulato tra debitore originario e terzo, al quale rimaneva estraneo il creditore, nei cui confronti, quindi, la stipulazione non sortiva effetti. Per tale caratteristica, l'*accollatio* può essere assimilata all'attuale accollo interno, che sarà oggetto di successivo approfondimento. Nel codice del 1865 non era espressamente previsto siffatto istituto, introdotto, invece, nella codificazione vigente²⁷⁷, nonostante ciò non era in discussione che le parti, nella loro autonomia, decidessero di accordarsi per porre in essere tale negozio.

A differenza di quanto accade per la delegazione e l'espromissione, l'accollo è un contratto al quale il creditore rimane estraneo. È stato segnalato che la riforma del sistema dell'assunzione del debito, operata dal codice civile del 1942, ha determinato una vera e propria rivoluzione, anche nella definizione dei termini da impiegare nell'ambito dell'assunzione del debito altrui. La codificazione del 1865, priva di strumenti specificamente individuati per l'assunzione del debito altrui, aveva indotto la prevalente dottrina dell'epoca²⁷⁸ a utilizzare in maniera onnicomprensiva e del tutto neutra il termine accollo, che veniva utilizzato per identificare qualsiasi tipo di successione nel lato passivo del rapporto. Occorre ribadire che la vigente legislazione civilistica impone di rivedere

276 In questo senso cfr. BRIGANTI, *Norme residuali in Le vicende delle obbligazioni la circolazione del credito e del debito* cit., 370; RESCIGNO, voce "*Delegazione (dir. civ.)*" cit.; GIACOBBE, *Della delegazione dell'espromissione e dell'accollo* cit., 115; in giurisprudenza cfr. Cassazione 13 dicembre 1966 n. 2899 in *Giustizia civile*, 1967, I, 1530.

277 Per la storia dell'istituto si rimanda a BRIGANTI, *L'accollo in Le vicende delle obbligazioni la circolazione del credito e del debito* cit., 342.

278 PACCHIONI, *Trattato delle obbligazioni* cit., 260 e ss..

questa prassi e, dunque, di utilizzare, in maniera consapevole e autonoma, ciascun istituto tipizzato dal legislatore. In quest'ottica, il termine accollo non può che essere impiegato esclusivamente per l'istituto, di cui all'art. 1273 c.c.²⁷⁹. Non va, tuttavia, dimenticato che, anche nel vigore della presente legislazione, autorevoli maestri del diritto²⁸⁰ continuavano ad impiegare in modo neutro la parola “accollo” per intendere sia “accollo delegatorio” sia “accollo espromissorio”.

Dal punto di vista descrittivo, l'accollo è un contratto stipulato tra il debitore e un terzo, mediante il quale si conviene che quest'ultimo assuma il debito che grava sul primo. Tale accordo è uno strumento diffusissimo nella pratica negoziale, tanto da poter essere considerato, senza tema di smentita, quale principale negozio, mediante il quale si realizza la successione nel debito. L'accollo è largamente impiegato specialmente nella pratica immobiliare, allorché il compratore, quale parziale (o totale) corrispettivo dell'acquisto della casa che intende rilevare, assume su di sé l'obbligo del pagamento dell'obbligazione ancora gravante sul venditore (generalmente si tratta del debito contratto dal venditore, al momento del proprio acquisto nei confronti del costruttore, ovvero nei confronti di un privato). Che tale prassi negoziale fosse al centro della riflessione del legislatore al momento della compilazione è confermato in dottrina, da coloro che ricordano come il modello cui faceva riferimento la Commissione ministeriale fosse proprio l'accollo del prezzo ancora dovuto dal venditore, quale corrispettivo di una vendita immobiliare, specie nel caso in cui tale debito fosse garantito da ipoteca²⁸¹. Un'ulteriore conferma della centralità di questa pratica negoziale è stata data in tempi recenti dallo stesso legislatore, mediante la normativa in tema di tutela degli acquirenti di immobili da costruire (c.d. decreto T.A.I.C. d.lgs. 20 giugno 2005 n. 122), il cui art. 8 ha predisposto una tutela complessa dei diritti dell'acquirente, proprio nel caso in cui questi, quale corrispettivo del proprio acquisto, assumesse, mediante accollo, una quota parte del debito contratto dal costruttore nei confronti dell'istituto di credito finanziatore²⁸².

279 Tale monito è stato soprattutto avanzato da CICALA, voce “Accollo”, in *Enciclopedia del diritto*, vol. I, Milano, 1958, reperibile, mediante le banche dati di Ateneo, <http://enciclopedia.giuffre.it>

280 BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni – vol. III, 2 Vicende dell'obbligazione vol. IV Difesa preventiva e successiva dell'obbligazione* cit., 93 e ss. e 103 e ss..

281 DISTASO, *Modificazioni soggettive e oggettive dell'obbligazione* cit., 575.

282 La norma in parola costituisce uno degli aspetti più problematici di questa legge, di per sé complessa e di non facile interpretazione, in quanto, oltre a enucleare vari diritti riconosciuti all'acquirente, ossia il frazionamento del mutuo, contratto dal costruttore e la cancellazione ovvero il frazionamento dell'ipoteca, a seconda che il debito non sia stato o sia stato estinto; esplicita un dovere di astensione dalla stipula dell'atto definitivo di vendita, in mancanza dei presupposti predetti; il tutto, peraltro, con effetti decisamente gravi per il pubblico ufficiale, in caso di violazione del divieto, specialmente ai fini della responsabilità disciplinare dello stesso, di cui all'art. 28 l. 89/1913. Sulla disciplina degli immobili da costruire e sull'art. 8 del decreto T.A.I.C. Cfr. AMORESANO – FERRENTINO – FERRUCCI, *La tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire ed istituti collegati*, Milano, 2008; AA.VV., *Tutela dell'acquirente degli immobili da costruire: applicazione del d.lgs. 122/2005 e prospettive*, testo reperibile sul sito <http://elibrary.fondazione-notariato.it/indice.asp?pub=1&mn=3>

Quanto alla natura giuridica dell'accollo, la sua riconduzione nell'alveo contrattuale non è mai stata posta in dubbio in dottrina²⁸³. Detto questo è assai dubbio se tale contratto sia un ordinario accordo bilaterale (stretto tra debitore originario e accollante), ovvero se sia trilaterale (in modo tale che anche il creditore debba esprimere un consenso costitutivo della fattispecie). Oltre a tale quesito, si deve valutare, una volta che sia stata appurata la natura bilaterale del contratto di accollo, se si tratta di un contratto in favore del terzo, cui possono applicarsi le disposizioni di cui agli artt. 1411 e ss. c.c. (in particolare l'art. 1413 c.c. in tema di eccezioni opponibili), ovvero se l'accollo sia un contratto tipico, non necessariamente dotato di effetti esclusivamente favorevoli al terzo - creditore (requisito che, invece, è decisivo per aversi un contratto in favore del terzo), come tale, quindi, non sussumibile entro lo schema di cui agli artt. 1411 e ss. c.c..

La tesi senz'altro prevalente è dell'avviso che l'accollo sia un contratto tipicamente bilaterale, per il quale non rileva l'espressione della volontà da parte del creditore, la quale, dunque, funge esclusivamente da elemento esterno al perfezionamento della volontà contrattuale. Si sottolinea, in altre parole, che il consenso del creditore ha quale effetto precipuo quello di consolidare l'assunzione del debito e di generare effetti giuridici direttamente nella propria sfera giuridica. Pertanto, il consenso del creditore accollatario dispiega un effetto perfezionativo dell'efficacia della fattispecie, non già della validità della stessa²⁸⁴. La tesi che riconoscerebbe natura trilaterale al negozio di accollo, invece, pare essere decisamente residuale e avrebbe, quale unico appiglio, un esame comparatistico con le riflessioni della dottrina tedesca e con la c.d. *Angebotstheorie*, istituto peraltro non accolto neppure nel B.G.B., che si qualifica quale contratto preparatorio bilaterale all'espromissione²⁸⁵.

Una tale affermazione non può non avere conseguenze anche con riferimento all'altra questione in tema di natura giuridica dell'accollo, ossia se esso possa essere annoverato tra i contratti in favore del terzo. La positiva risposta a tale quesito è data dalla dottrina

283 BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni* – vol. III, 2 *Vicende dell'obbligazione* vol. IV *Difesa preventiva e successiva dell'obbligazione* cit., 103; TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile* cit., 587; BIANCA, *Diritto civile 4 L'obbligazione*, cit., 675; CICALA, voce "Accollo", in *Enciclopedia del diritto*, vol. I, Milano, 1958, reperibile sul sito <http://enciclopedia.giuffre.it>

284 Cfr. in questo senso DISTASO, *Modificazioni soggettive e oggettive dell'obbligazione* cit., 577, il quale sottolinea che l'accollo si esaurisce in un rapporto fra il debitore originario e il terzo: l'adesione del creditore, quindi, non attiene alla perfezione del contratto. Prima di tale adesione, dunque, il contratto sarebbe immediatamente perfetto tra i contraenti e il vincolo rimane interno ad essi, finché il creditore, con proprio negozio unilaterale, non aderisca alla stipulazione e la renda, quindi, irrevocabile. In giurisprudenza, in questo senso cfr. Cassazione, 11 aprile 2000, n. 4604 in *Massimario Giurisprudenza Italiana*, 2000; nonché Cassazione, 27 gennaio 1992, n. 861 in *Massimario Giurisprudenza Italiana*, 1992 secondo la quale "parti necessarie dell'accollo sono l'accollante e l'accollato, mentre l'adesione del creditore all'accollo o la sua dichiarazione di voler liberare il debitore originario non sono richieste per l'esistenza e la validità dell'accollo medesimo ma solo per rendere irrevocabile la stipulazione ed acquistare il diritto alla *solutio* nei confronti del terzo e per comportare la sostituzione della responsabilità patrimoniale dell'accollante a quella del debitore originario".

285 Cfr. CICALA, *Saggi sull'obbligazione e le sue vicende* cit., 18.

prevalente²⁸⁶ e dalla stessa Relazione al codice civile (n. 589) che esplicitamente ha qualificato l'accollo come tipica applicazione del negozio in favore del terzo²⁸⁷.

In effetti, non mancano frecce all'arco di coloro che intendono in questo senso il contratto di accollo. Un semplice esame della struttura linguistica dell'art. 1273 c. 1 c.c. richiama immediatamente alla mente proprio la disposizione dell'art. 1411 c.c.. Si pensi all'adesione del terzo (ossia il creditore) che, in perfetta aderenza all'art. 1411 predetto, dà luogo all'irrevocabilità della stipulazione in suo favore. Anche il regime delle eccezioni opponibili dall'accollante al creditore accollatario (art. 1273 c. 4 c.c.) richiama fedelmente il corrispondente art. 1413 dettato in tema di contratto in favore del terzo.

Detto ciò, non può non evidenziarsi come ci sia una profonda differenza strutturale tra accollo e stipulazione in favore del terzo. In quest'ultima, l'effetto negoziale viene direttamente imputato nella sfera giuridica del terzo, a seguito del semplice scambio dei consensi tra promittente e stipulante (ad esempio, in una compravendita in favore del terzo, quest'ultimo ne diviene proprietario immediatamente, secondo lo schema dell'art. 1376 c.c.²⁸⁸), non già, quindi, nel momento in cui il terzo aderisce alla stipulazione (eventualità che la dottrina insegna essere del tutto ultronea e, comunque, non necessaria ai fini del perfezionamento della fattispecie, di cui all'art. 1411²⁸⁹). Nell'accollo, invece, le cose stanno in modo differente. A tale proposito, si è soliti distinguere un doppio piano di efficacia dell'accordo: da un lato si chiarisce che la stipulazione sortirebbe gli effetti propri del contratto stesso (ossia l'assunzione del debito) solo tra le parti del negozio (debitore originario accollato e nuovo debitore accollante), ma il creditore rimarrebbe estraneo alla fattispecie e nei suoi confronti non si avrebbe alcun genere di effetto giuridico, legato all'assunzione del debito²⁹⁰. Dall'altro, si evidenzia, quale logica conseguenza del precedente assunto che, nei confronti dell'accollatario, terzo estraneo all'accollo, la stipulazione produrrà effetti diretti nella sfera giuridica del creditore, solo se questi vi consente, aderendo alla stipulazione in suo favore. Dinanzi a questo orientamento non può non rilevarsi come l'accollo sia fortemente derogatorio rispetto a un vero e proprio pilastro della costruzione logico - giuridica del contratto in favore del terzo. Se il contratto di accollo ha solo effetti *intra partes* e può spiegare effetti diretti nella sfera giuridica del creditore, solo se questi vi

286 BIANCA, *Diritto civile 4 L'obbligazione*, cit., 675; GAZZONI, *Manuale di diritto privato* cit., 630; BRECCIA, *Le obbligazioni* cit., 837; BRIGANTI, *L'accollo in Le vicende delle obbligazioni la circolazione del credito e del debito* cit., 343; TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile* cit., *ibidem*.

287 Appare tuttavia utile ribadire, specie con riguardo alla natura giuridica dell'accollo non condivisa da tutti gli autori, che la Relazione al Re del Ministro Guardasigilli ha solo una funzione esplicativa della legge, è utile strumento per capire la volontà del legislatore, ma non ha un valore giuridico vincolante per l'interprete, non è quindi diritto positivo.

288 In questo senso cfr. DIENER, *Il contratto in generale* cit., 691 e ss..

289 DIENER, *Il contratto in generale* cit., 697; BIANCA, *Diritto civile 3 Il contratto*, cit., 569 e ss..

290 DISTASO, *Modificazioni soggettive e oggettive dell'obbligazione* cit., *ibidem*; CICALA, voce "Accollo" cit.; GIACOBBE, *Della delegazione dell'espromissione e dell'accollo* cit., 92-93.

consente, quale spazio resta per una qualificazione del negozio coerente con il paradigma, di cui agli artt. 1411 e ss. c.c., che non vada oltre la mera petizione di principio e l'adesione acritica a quanto sostenuto dalla tradizionale dottrina?

Alla luce di quanto illustrato, non può non uscire rafforzata quella opinione, sicuramente minoritaria, pur se autorevolmente sostenuta²⁹¹, che si esprime nel senso di ritenere l'accollo quale mero contratto preparatorio a un successivo negozio, a carattere unilaterale e posto in essere dal solo creditore, assimilabile all'accettazione dell'obbligazione del delegato, ovvero all'espromissione da parte del creditore medesimo.

Altre motivazioni, invero, aumentano i dubbi sulla riconduzione dell'accollo al contratto in favore del terzo. L'accollo, infatti, esattamente come l'espromissione, è una forma di assunzione del debito per la quale la dottrina rifiuta a larga maggioranza la riconduzione al negozio in favore del terzo, produce effetti nei confronti del creditore direttamente in virtù della propria funzione economico - sociale e non già in base ad un'apposita clausola che devii effetti giuridici che, al contrario, non potrebbero che beneficiare l'altra parte. Inoltre, è la stessa necessaria presenza di effetti unicamente favorevoli al terzo che alimenta forti perplessità sulla riconducibilità dell'accollo al contratto in favore del terzo. Questo schema contrattuale, come noto, è una delle principali eccezioni al principio generale della relatività degli effetti giuridici del contratto, direttamente elaborato dal razionalismo giusnaturalista²⁹², consacrato nell'art. 1372 c.c.. Pur rimandando ad altra sede lo studio del contratto in favore del terzo, occorre ricordare che esso si giustifica, quale eccezione al sopra citato dogma della relatività, in quanto si tratta di negozio contraddistinto dalla produzione di effetti giuridici unicamente favorevoli verso il terzo. Una tale norma trova la propria giustificazione sui principi del *favor* per la conclusione dei contratti e di sollecita circolazione della ricchezza. Proprio il carattere eccezionale di tale istituto e la portata derogatoria dello stesso rispetto a un principio di elevato rango legislativo, ha spinto la dottrina a limitarne la portata solo ed esclusivamente a quei contratti che abbiano effetti incrementativi del patrimonio. Dubbi e perplessità, in particolare, si sono manifestati negli scritti di autorevoli autori soprattutto sull'applicazione pratica più importante dell'istituto, ossia sul contratto in favore del terzo con effetti reali immobiliari²⁹³, a causa di quei pesi, economici, fiscali e di custodia che non consentono di definire come favorevole al terzo un

291 RESCIGNO, *Studi sull'accollo*, Milano, 1958, 205 e ss.. Non conforme alla tesi dominante, difesa in modo approfondito e dotto da CICALA, *Saggi sull'obbligazione e le sue vicende* cit., 15 e ss., cfr. FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milano, 1947, 306.

292 Sul principio della relatività degli effetti giuridici del contratto cfr. BIANCA, *Diritto civile 3 Il contratto*, cit., 565 e ss.. Nella sua sinteticità merita di essere riportata la riflessione di SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1997, 236 che ha affermato come: "il negozio, unilaterale o bilaterale o plurilaterale, non può in nessun caso intaccare la sfera giuridica di un soggetto che sia rimasto estraneo al negozio, ma non può neppure ampliarla senz'altro, aumentando i diritti del soggetto o diminuendone i doveri".

293 BIANCA, *Diritto civile 3 Il contratto*, cit., 567.

determinato contratto, in quanto il requisito del *favor* potrà essere presente solo nel caso in cui si tratti di un regolamento negoziale che attribuisca ai terzi facoltà o poteri, senza imporre obblighi od oneri.

L'accollo, a ben vedere, non si può considerare un contratto che dà vita ad effetti esclusivamente favorevoli al terzo. Si pensi alla fattispecie dell'accollo cumulativo: in questo caso, secondo la tesi prevalente, come si chiarirà a breve, si crea un vincolo sussidiario tra l'accollante e l'accollato che impone al terzo accollatario il rispetto del *beneficium ordinis* e, quindi, la creazione di un effetto tipicamente negativo, quale la previa richiesta di adempimento nei confronti dell'accollante. Certamente effetti non favorevoli si riscontrano nel caso in cui l'accollo contenesse la condizione potestativa di liberazione del debitore originario, in quanto il creditore verrebbe privato della ragione di credito nei confronti dell'originario debitore, inoltre, il rimedio di cui all'art. 1274 c.c., previsto a tutela del creditore, in caso di insolvenza del nuovo debitore, non appare ragione sufficiente per ritenere che permangano solo effetti favorevoli per il primo, in quanto è di tutta evidenza che si tratta di un rimedio del tutto eventuale, richiedente con ogni probabilità una dispendiosa azione giudiziaria.

Alla luce di queste considerazioni, ad onta dell'orientamento comunque prevalente, si può ritenere non del tutto convincente la teoria che qualifica l'accollo quale tipica espressione del contratto in favore del terzo.

Riprendendo l'analisi delle varie forme giuridiche con cui la prassi articola l'accollo, si deve sottolineare che essa conosce quattro specie di accollo. Oltre a quello esterno nominato che dà vita, a sua volta, all'accollo cumulativo o privativo, ve ne sono altri due, devoluti alla volontà delle parti. Si tratta dell'accollo interno e di quello liberatorio con effetti novativi.

L'accollo interno, in particolare, è considerato una stipulazione avente valore giuridico esclusivamente *intra partes*. Si è, inoltre, ritenuto che l'accollo originariamente voluto come esterno dai paciscenti assuma i connotati dell'accollo interno in caso di mancata adesione del creditore alla stipulazione in suo favore. È pertanto conseguenziale aderire a quella teoria secondo cui, in qualsiasi fattispecie di accollo esterno sia presente anche un accollo interno, avente dunque effetti, solo nei confronti del debitore e dell'accollante²⁹⁴.

Mediante l'accollo interno, l'accollante si impegna a tenere indenne l'altra parte, il debitore originario, dal peso dell'obbligazione, ottenendo per lui la liberazione, ovvero i mezzi finanziari per soddisfare le pretese del creditore, il quale, dal canto suo, non può agire ad alcun titolo nei confronti dell'accollante, neanche mediante azione surrogatoria, in quanto

294 RESCIGNO, *Studi sull'accollo* cit., 10.

l'accollo sortirà effetti solo tra le parti²⁹⁵. Nonostante manchi uno specifico riconoscimento normativo, l'accollo interno è un contratto meritevole di tutela, secondo il canone di cui all'art. 1322 c.c.. Tale qualificazione farebbe, dunque, rientrare l'accollo interno nell'area dell'atipicità, la qual cosa pare doversi confermare alla luce degli effetti giuridici di tale negozio che non producono quella tipica assunzione del debito, in confronto al creditore che, invece, caratterizza l'accollo regolato dal legislatore. Non producendo effetti diretti nei confronti del creditore, l'accollo interno non rientra nella categoria dei contratti in favore del terzo cui, invece, viene ricondotto l'accollo esterno tipico, nonostante le critiche che si sono cercate di illustrare in precedenza.

Quest'ultimo negozio, in particolare, come per le altre forme di assunzione del debito altrui regolate dal codice civile, si articola, a seconda degli effetti prodotti, in due categorie. Da un lato si ha l'accollo cumulativo che, analogamente a quanto accade per la delegazione e l'espromissione, è l'ipotesi naturale di assunzione del debito; dall'altro quello liberatorio - privativo, in cui il creditore ha ragioni di credito soltanto nei confronti dell'assuntore del debito e non più nei confronti dell'originario soggetto passivo.

Per quel che concerne l'accollo cumulativo, l'adesione del creditore determina l'effetto di rendere corresponsabile l'accollante per l'obbligazione dell'accollato, secondo il meccanismo tipico della sussidiarietà. Anche per l'accollo cumulativo, infatti, l'art. 1273 c. 3 c.c. parla di responsabilità solidale dell'accollante, ma la prevalente interpretazione della dottrina è dell'avviso che, proprio come per l'espromissione, l'espressione linguistica utilizzata dal legislatore debba essere più correttamente interpretata come sussidiarietà, in quanto è principio generale dell'ordinamento, di cui l'art. 1268 c. 2 c.c. sarebbe un'epifania, quello secondo cui chi si assume l'obbligazione di un terzo deve essere preposto a quest'ultimo, al momento della richiesta dell'adempimento da parte del creditore. Anche in questo caso, tuttavia, possono essere mosse le medesime considerazioni fondate principalmente sul tenore letterale della norma, contrastanti con questo orientamento, già esposte in tema di espromissione, a cui si può senz'altro rinviare. L'adesione del creditore all'accollo cumulativo ha, pertanto, la semplice funzione di rendere efficace nei suoi confronti, e di attribuire con ciò diritti al creditore da potere vantare anche nei confronti dell'accollante. La stipulazione del debitore e dell'accollante, secondo la dottrina prevalente che riconduce l'accollo al contratto in favore del terzo, ha la natura giuridica di dichiarazione di volere profittare, di cui all'art. 1411 c. 3 c.c.²⁹⁶.

L'accollo liberatorio - privativo ha un effetto decisamente più radicale per il creditore, in quanto dà luogo a sostituzione della persona del debitore. Un effetto così dirompente

295 GIACOBBE, *Della delegazione dell'espromissione e dell'accollo* cit., 101.

296 CICALA, *Saggi sull'obbligazione e le sue vicende* cit., 39.

richiede ovviamente l'accettazione del creditore. Tale consenso si può manifestare, secondo l'art. 1273 c. 2 c.c., secondo due modalità differenti. In primo luogo è sufficiente un negozio unilaterale posto in essere dal creditore, analogamente a quanto avviene per le altre ipotesi di assunzione del debito altrui. In alternativa, si produce la liberazione del debitore originario, mediante adesione ad un accollo in cui sia presente una condizione espressa secondo la quale l'adesione all'assunzione del debito altrui concreta senz'altro liberazione del debitore originario. La stessa lettera della legge riconduce una siffatta condizione proprio alla *conditio facti*, volontariamente inserita dalle parti nel contratto. Ne consegue che, in questo caso, l'adesione del creditore, sempre in aderenza alla tesi prevalente che riconduce l'accollo al contratto in favore del terzo, deve essere considerata quale fatto costitutivo della liberazione del debitore originario e anche come realizzazione dell'evento dedotto nella condizione sospensiva potestativa, voluta dalle parti²⁹⁷.

Oltre a tali fattispecie dell'accollo, è possibile individuare anche un'ulteriore specie, anch'essa non esplicitata dal legislatore, ma che le parti possono sicuramente porre in essere. Si tratta, in particolare, dell'accollo liberatorio che abbia anche funzione novativa. Tale negozio può essere certamente concluso dalle parti, nell'esercizio della loro autonomia privata, e concreta, come qualsiasi novazione soggettiva, l'estinzione del precedente vincolo e la costituzione di uno nuovo, oggettivamente identico a quello precedente, ma modificato solo con riguardo alla persona del debitore. È conseguenza naturale che sarà oggetto, in sede di impugnazione o comunque di lite giudiziaria, di una questione interpretativa, dunque di merito, la valutazione, che, sia detto per inciso, spetterà alla cognizione e al prudente apprezzamento dei giudici di primo e secondo grado, circa la qualificazione in senso meramente privativo dell'accollo liberatorio (con conseguente mera successione nel debito), ovvero in senso novativo dell'accordo voluto dalle parti²⁹⁸. In caso di oscurità linguistica del testo contrattuale e di conseguenti difficoltà interpretative, suppliranno i criteri di ermeneutica contrattuale e di interpretazione soggettiva, oggettiva e di buona fede predisposti dagli artt. 1362 e ss. c.c..

Quanto alla causa dell'accollo, occorre anche in questo caso riproporre tutte le considerazioni, svolte relativamente alle altre forme di assunzione del debito altrui. Esattamente come succede per l'espromissione, l'accollo si distingue dalla delegazione in quanto non è strumento che possa prescindere sia dal rapporto di provvista (tra accollante e accollato) sia da quello di valuta (tra accollato e accollatario), necessari perché sia verificata la presenza della tipica causa dell'istituto. L'accollo, dunque, come l'espromissione è,

297 CICALA, *Saggi sull'obbligazione e le sue vicende* cit., 40 - 41.

298 CICALA, voce "Accollo" cit.; BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni* – vol. III, 2 *Vicende dell'obbligazione* vol. IV *Difesa preventiva e successiva dell'obbligazione* cit., 114.

unitariamente per le quattro fattispecie nelle quali si articola, contratto avente come causa, per alcuni da definirsi come generica, quella di assunzione del debito altrui²⁹⁹. Oltre a tale connotazione causale dell'accollo, occorre anche avere presente che esso, specialmente dal lato dei rapporti tra accollante e debitore, può essere l'occasione per dare vita ad attribuzioni patrimoniali aventi una causa specifica, ad esempio una liberalità indiretta³⁰⁰ da parte dell'accollante nei confronti del debitore, ovvero l'erogazione di una somma (corrispondente al *debitum* dell'accollato nei confronti del creditore accollatario). In sostanza, non si può non tenere presente che, come qualsiasi altro contratto, l'accollo è dotato di una propria costante causa il cui contenuto, tuttavia, può essere dalle parti deviato al fine del perseguimento di uno scopo ulteriore, in perfetta aderenza a quanto noto come negozio indiretto.

Quanto alla forma, anche in questo caso si possono fare proprie le conclusioni che si sono sviluppate con riferimento alla delegazione e all'espromissione circa la libertà formale dei negozi. È appena il caso di aggiungere che nella pratica negoziale, in particolare quella notarile, ben raramente l'accollo è negozio autonomo ma il più delle volte è clausola che costituisce il contenuto di un contratto più ampio di tipo immobiliare, quale forma di parziale (o talvolta totale) pagamento del prezzo. A tale proposito, a una tale pratica fa pieno riscontro quella teoria, sì minoritaria ma autorevolmente sostenuta³⁰¹, per la quale l'accollo non ha una causa autonoma, ma partecipa ai connotati causali del contratto cui fa

299 RESCIGNO, *Studi sull'accollo* cit., 92 e ss.; MICCIO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario del codice civile* a cura di AA.VV. Torino, 1961, 409; GIULIANO, *L'accollo*, in *Le obbligazioni diritto sostanziale e processuale*, Milano, 2008, 1221; BOGGIALI, *Accollo di debito di società in liquidazione da parte dei soci*, in C.N.N. (Consiglio Nazionale del Notariato) *Notizie*, Notiziario del 26 settembre 2007.

300 In senso parzialmente difforme, cfr. Cassazione 30 marzo 2006, n. 7507 in *Massimario Giurisprudenza Italiana*, 2006 secondo la quale "poiché con la donazione indiretta le parti realizzano l'intento di liberalità utilizzando uno schema negoziale avente causa diversa, configura piuttosto una donazione diretta l'accollo interno con cui l'accollante, allo scopo di arricchire la figlia con proprio impoverimento, si sia impegnato nei confronti di quest'ultima a pagare all'Istituto di credito le rate del mutuo bancario dalla medesima contratto, atteso che la liberalità non è un effetto indiretto ma la causa dell'accollo, sicché l'atto - non rivestendo i requisiti di forma prescritti dall'art. 782 c.c. - deve ritenersi idoneo a produrre effetti diversi dalla "soluti retentio" di cui all'art. 2034 c.c.". La sentenza non appare in realtà condivisibile sotto più aspetti. In primo luogo, avuto riguardo all'analisi del profilo causale del contratto di accollo che prescinde dai motivi che hanno spinto le parti a concludere il contratto stesso e dal rapporto di provvista tra accollante e accollato. L'accollo è, dunque, strumento unico che ha una causa costante, da ravvisare direttamente nell'assunzione del debito altrui. Inoltre, l'accollo non concreta una donazione diretta, bensì attraverso l'assunzione del debito nei confronti dell'accollatario, l'accollante può riuscire a procurare, a seconda degli accordi voluti dalle parti, un incremento del patrimonio dell'accollato, tale da costituire una liberalità indiretta. Certamente più ortodossa appare una pronuncia più risalente (Cassazione 8 luglio 1983, n. 4618 in *Massimario Giurisprudenza Italiana*, 1983) la quale, in perfetta aderenza agli insegnamenti della tradizione giuridica italiana in tema di negozio indiretto, è dell'avviso che "il contratto di donazione può essere, a norma dell'art. 769 c.c., non solo ad effetti traslativi ma anche ad effetti obbligatori, limitandosi a far sorgere un semplice rapporto d'obbligazione in cui il donante assume la posizione di debitore nei confronti del donatario, il quale viene arricchito dall'acquisto di un diritto di credito senza alcun sacrificio; l'accordo, invece, attraverso cui un soggetto assuma per spirito di liberalità il debito di altro soggetto verso un terzo, non integra una donazione tipica non verificandosi a vantaggio del debitore alcun arricchimento, che potrebbe conseguire solo alla liberazione propria dell'accollo privativo ex art. 1273, 2° comma, c. c., ma realizza tuttavia una donazione indiretta che resta assoggettata, circa la forma, alla disciplina propria dell'atto attraverso il quale si realizza la liberalità, salva l'applicazione delle norme sulla revocazione delle donazioni e di quelle sulla riduzione per reintegrare la quota dovuta ai legittimari".

301 CICALA, voce "Accollo" cit..

riferimento (es. vendita). Oltre a tale questione causale, si pongono una serie di ulteriori questioni, in primo luogo dal punto di vista formale. La regola generale è sicuramente favorevole al principio della libertà formale, sempre simmetricamente a quanto accade per le altre forme di assunzione del debito altrui, tuttavia non si può fare a meno di evidenziare come un acollo, inserito nell'ambito di una contrattazione immobiliare risulti, per forza di cose³⁰², quale parte del documento pubblico, o privato autenticato, che consente ai negozi immobiliari non solo di essere validamente conclusi, ma anche di essere opponibili ai terzi, a seguito della loro trascrizione (combinato artt. 1350 e 2657 c.c.). Inoltre, in omaggio alle nuove norme in tema di controllo dei traffici immobiliari e di contrasto al fenomeno dell'evasione e dell'elusione contributiva, in sede di pagamento delle imposte indirette sui predetti affari, la pratica notarile è solita estendere³⁰³ alle forme anomale di erogazione del corrispettivo, quali la stessa assunzione del debito di cui lo stesso venditore era titolare nei confronti del costruttore, l'onere formale del rispetto dell'art. 35 c. 22 d.l. 4 luglio 2006 n. 223, convertito in l. 4 agosto 2006 n. 248 (c.d. primo decreto Bersani) e, quindi, la dichiarazione in forma sostitutiva dell'atto di notorietà con la quale le parti dichiarano analiticamente le modalità con le quali è stato pagato il prezzo per l'acquisto degli immobili. L'oggetto del contratto di acollo, sempre analogamente a quanto accade per la delegazione e l'espromissione, può essere anche un debito futuro³⁰⁴, oltre che avere ad oggetto una parte soltanto del debito, dando vita a un acollo parziale³⁰⁵.

Da ultimo, la disamina dell'acollo deve concentrarsi sul regime delle eccezioni opponibili dall'accollante all'accollatario, regolato dall'art. 1273 c. 4 c.c.. In primo luogo, si deve sottolineare come il contratto di acollo dia luogo all'ingresso nel rapporto obbligatorio, da parte dell'accollante, entro i limiti e nella stessa veste nella quale era posto il debitore originario. Ne deriva, perciò, che l'accollante, nel rispetto dei principi generali in tema di contratto, risponderà entro i limiti nei quali si sia assunto il debito, rimanendo la parte residua a carico dell'accollato.

302 È il caso di aggiungere che viva è la discussione in dottrina circa la necessità che la clausola sia sottoposta all'onere formale previsto per il contratto "maggiore", entro il quale l'acollo viene ad essere concluso. La previsione dell'acollo quale forma di pagamento penetra nell'elemento essenziale dell'oggetto del contratto (art. 1325 n. 3 c.c.) e, secondo la dottrina prevalente (BIANCA, *Diritto civile 3 Il contratto*, cit., 283) è senz'altro necessario che essa sia conclusa per iscritto.

303 A norma di legge, un tale requisito formale non sarebbe necessario, in quanto la legge richiede esclusivamente la dichiarazione per le modalità di pagamento del prezzo. L'acollo, così come la delegazione e l'espromissione, al contrario, non è affatto una modalità, se non indiretta di pagamento del prezzo, ma uno strumento teso all'assunzione del debito altrui. È tuttavia noto che la prudenza che deve informare l'attività del pubblico ufficiale impongono a questi la massima prudenza nell'esplicazione del suo ministero, anche in omaggio alla *ratio* sostanziale dei provvedimenti normativi che è chiamato ad applicare.

304 In questo senso cfr. Cassazione 23 settembre 1994, n. 7831 in *Giurisprudenza Italiana*, 1995, I, 1, 1018 secondo la quale "non vi è alcun ostacolo ad ammettere l'acollo, anche esterno, di un debito futuro ed è anche ammesso il negozio preliminare di acollo, che potrà avere per oggetto sia un debito attuale che un debito futuro".

305 BRIGANTI, *L'acollo in Le vicende delle obbligazioni la circolazione del credito e del debito* cit., 360.

Maggiormente dibattuto è il regime di opposizione delle eccezioni da parte dell'accollante, in riferimento ai rapporti di valuta e di provvista. L'art. 1273 c. 4 c.c. fornisce all'interprete una particolare disciplina delle eccezioni che ricalca quella prevista dall'art. 1413 c.c., in tema di contratto in favore del terzo. Ragion per cui si consente l'opposizione di tutte le eccezioni fondate sul contratto di accollo, ossia l'esperimento di tutti quegli strumenti messi a disposizione dall'ordinamento in tema di nullità, annullamento, rescissione, oltre alla risoluzione del contratto di accollo e l'opponibilità dell'eccezione di inadempimento o di non esatto adempimento dell'accollato, nei confronti dell'accollante³⁰⁶. Inoltre, aderendo alla teoria prevalente che riconduce l'accollo al contratto in favore del terzo si deve ritenere che l'accollante possa opporre nei confronti dell'accollatario, la carenza di interesse da parte dello stipulante - accollato: si pensi, in particolare, alla mancanza del debito, nei confronti del creditore. È noto, infatti, come il contratto in favore del terzo sia retto, dal punto di vista causale, oltre che dalla causa tipica del singolo contratto cui accede (ad esempio la causa di una compravendita in favore del terzo sarà in primo luogo la causa tipica della compravendita), anche dall'interesse dello stipulante che ne giustifica la deviazione degli effetti in favore del terzo³⁰⁷. Mancando detto interesse è inevitabile che l'intero congegno negoziale dovrebbe essere considerato invalido, in quanto non più rispondente alla ragione pratica di quel determinato contratto voluto dalle parti, come tale non più rispondente ai propri interessi³⁰⁸.

La digressione relativa alla valutazione dell'elemento dell'interesse dello stipulante e alla carenza del rapporto obbligatorio preesistente tra accollatario e accollato apre la trattazione della problematica relativa all'opponibilità, da parte dell'accollante all'accollatario, delle eccezioni fondate sui rapporti di base. Una prima tesi è dell'avviso che la mancanza di una specifica disposizione legislativa che disciplini tale aspetto debba condurre a una lettura restrittiva della questione e, conseguentemente, a ritenere che si possano opporre tali eccezioni, soltanto nel caso in cui esse siano state espressamente riservate da parte dell'accollante, nel contratto assuntivo del debito³⁰⁹. Tale opinione è coerente con l'impostazione che tende a riconoscere l'autonomia negoziale dell'accollo che, similmente a quanto avviene per altre forme di assunzione del debito, consente all'accollante di non opporre le eccezioni relative ai rapporti di base³¹⁰.

Questa ricostruzione è, invero, oggetto di contestazione da parte di quella parte della

306 È quanto sancisce la Relazione al codice civile (n. 589).

307 Si ritiene a tale proposito, secondo l'orientamento espresso dalla prevalente dottrina, che l'interesse dello stipulante sia da qualificare come causa esterna del contratto, ulteriore a quella tipica (DIENER, *Il contratto in generale* cit., 690).

308 BRIGANTI, *L'accollo in Le vicende delle obbligazioni la circolazione del credito e del debito* cit., 364.

309 RESCIGNO, *Studi sull'accollo* cit., 45.

310 ROLLI, *L'accollo*, in *Le obbligazioni - I L'obbligazione in generale (1173 - 1320 c.c.)* a cura di Franzoni, Torino, 2004, 873.

dottrina che ritiene che l'accollante, a mezzo del negozio assuntivo del debito e soprattutto in occasione dell'adesione da parte del creditore alla stipulazione in suo favore, possa opporre al medesimo tutte le eccezioni relative sia al rapporto di provvista sia a quello di valuta che lo legano al creditore, in quanto il debitore si assume il debito, così come si trova al momento dell'assunzione e che, per tale motivo, l'accollo concreti effettivamente una vera e propria successione nel debito. In tale modo, quindi, si giunge alla conclusione per la quale l'accollo sarebbe fattispecie doppiamente titolata, scevra dunque, nella sua versione naturale³¹¹, da qualsiasi astrazione dell'assunzione, rispetto ai rapporti di base³¹².

4.4 L'assunzione del debito altrui e le garanzie

La norma che ha sicuramente un'importanza centrale nella trattazione del regime dell'assunzione del debito altrui, in particolare da un punto di vista dogmatico, è l'art. 1275 c.c., che regola le conseguenze sulle garanzie relative al rapporto obbligatorio per il quale è sopraggiunta la modificazione soggettiva dello stesso.

La soluzione della questione varia, infatti, a seconda della risposta che si fornisce all'interrogativo, relativo alla natura giuridica dell'assunzione del debito altrui. Se, infatti, si ritenesse che l'acquisizione giuridica dell'altrui posizione passiva del rapporto obbligatorio fosse da considerare quale novazione soggettiva dello stesso, con tutti gli effetti giuridici connessi a tale situazione di fatto, la conseguenza logica non avrebbe che potuto essere quella di dare luogo all'estinzione delle garanzie, unitamente all'obbligazione stessa, salva comunque, per le parti, la possibilità di conservare le garanzie sul modello di quanto previsto dal fenomeno novativo.

A vedere bene, tuttavia, il tenore letterale dell'art. 1275 c.c. sembrerebbe dare ragione a un'interpretazione per la quale la liberazione del debitore originale sia da interpretare quale novazione che dà vita alla decadenza delle originali garanzie. Una tale considerazione deve essere tuttavia rivista³¹³ a partire dalla lettura della Relazione al codice civile. Il paragrafo 584 di tale documento denuncia, in modo chiaro i motivi che hanno condotto il legislatore a stabilire che “per quanto riguarda il problema delle garanzie, non è dubbio, se si prescinda da dannosi apriorismi, che la soluzione debba essere uniforme, comunque si voglia

311 È il caso di aggiungere che le parti, nella propria autonomia potrebbero stabilire diversamente, in ordine all'opponibilità di eccezioni fondate sui rapporti di base.

312 CICALA, voce “Accollo” cit..

313 In questo senso cfr. anche ROLLI, *La delegazione*, in *Le obbligazioni* cit., 802.

giuridicamente qualificare il fenomeno della liberazione del debitore originario con sostituzione di un nuovo debitore. Tale soluzione non può che essere quella accolta dall'art. 1275 c.c., il quale dispone l'estinzione delle garanzie nei casi in cui chi le ha costituite (debitore originario o terzo) non consenta a mantenerle. Infatti, quando il creditore accetta un nuovo debitore e libera l'antico, non si può costringere questo (se abbia prestato una specifica garanzia) e tanto meno un terzo (fideiussore, terzo datore d'ipoteca o di pegno), a rispondere per il nuovo debitore. Anche se la sostituzione di un debitore a un altro si presenti come successione nel debito, una soluzione diversa del problema delle garanzie ripugna ad elementari esigenze pratiche”.

Procedendo ad un'analisi del testo legislativo appare evidente come un problema di mantenimento o di estinzione delle garanzie reali si ponga solo nel caso in cui ci sia stata la liberazione del debitore originario: in questo caso, infatti, è la sostituzione della persona del debitore a giustificare un siffatto interrogativo. Chiaramente la mera addizione di un altro debitore al rapporto obbligatorio già in essere, mediante l'assunzione cumulativa del debito altrui, non giustifica alcun tipo di questione relativamente al mantenimento delle garanzie che non possono non essere mantenute, in quanto il vincolo obbligatorio permane, pur se arricchito dalla presenza di un altro debitore.

Dal punto di vista della classificazione delle garanzie che necessitano di un apposito negozio ai fini del loro mantenimento, il tenore letterale della norma pare essere limitato alle sole garanzie convenzionali: il riferimento alla prestazione delle garanzie, infatti, lascia intendere un comportamento attivo da parte del garante, non estensibile, quindi, alle garanzie legali, come i privilegi che, invece, sono imposti senz'altro dalla legge, in ragione della causa del credito. Tale tesi, sostenuta da dottrina autorevole³¹⁴, è dunque dell'avviso che, a seguito dell'assunzione del debito altrui, si determini in maniera ineluttabile l'estinzione di queste ultime garanzie. In realtà, a seguito di un maggiore approfondimento, si è evidenziato che occorre distinguere tra privilegi generali, ossia quei diritti di prelazione che si esercitano su tutti i beni mobili del debitore (artt. 2751 e ss. c.c.), e privilegi speciali su determinati beni mobili o immobili (art. 2755 e ss. e 2770 e ss.). Alla luce degli studi più avanzati sulla questione, i privilegi generali debbono senz'altro estinguersi, in quanto, a seguito del contratto assuntivo del debito, dotato di causa particolare affatto estranea rispetto a quella del negozio o al diverso fatto costitutivo che ha dato origine al debito, si perde tra debito e privilegio quell'inscindibile legame finalistico che lega il secondo al primo³¹⁵. Alla sorte dei

314 BIANCA, *Diritto civile 4 L'obbligazione*, cit., 656, in giurisprudenza cfr. Cassazione 29 giugno 1977 n. 2804 in *Giustizia civile*, 1978, I, 165 secondo cui “in tema di acollo cumulativo, il privilegio generale che assiste il credito verso il debitore originario non può essere fatto valere nei confronti del terzo accollante, la cui obbligazione, ancorché collegata e solidale con quella dell'accollato, trae origine da una autonoma e distinta causa negoziale”.

315 RODOTA', voce “*Espromissione*” cit.; TUCCI, *I privilegi*, in *Trattato di diritto privato* n. 19 *Tutela dei diritti* diretto

privilegi speciali, invece, in quanto connessa direttamente a un singolo bene, si ritiene che si debba estendere l'art. 1275 c.c. e, quindi, si determini l'estinzione della garanzia, salva la possibilità che colui che ha posto in essere il privilegio gravante sui beni del debitore non consenta espressamente a mantenerlo³¹⁶. Più in particolare, si ritiene che il consenso al mantenimento della prelazione sia implicito nel trasferimento del debito, nel caso di privilegio gravante su beni del debitore, mentre si ritiene necessario un consenso espresso se il privilegio grava su un bene del terzo³¹⁷.

Dal punto di vista del trapasso del diritto di pegno, è evidente che la modificazione del lato passivo del rapporto obbligatorio non ha conseguenze sul piano del soggetto titolare del pegno, in quanto non muta la persona del creditore pignoratizio, pertanto non c'è per ovvi motivi spazio per una qualche espressione di consenso da parte del nuovo debitore, richiesto, invece, dalla ben differente disposizione dell'art. 1263 c. 2 c.c..

Con riferimento all'ipoteca, le cose sono più complicate dal fatto che tale strumento di garanzia è oggetto di apposita pubblicità nei Registri Immobiliari. Per quanto concerne la modificazione del lato soggettivo passivo del rapporto obbligatorio garantito da tale ipoteca, va sottolineato che, a differenza di quanto accade per la cessione del credito o le modificazioni del lato attivo del rapporto, nessuna norma che prevede l'integrazione della pubblicità, mediante l'annotazione. L'art. 2843 c.c., infatti, non dispone che la modificazione della persona del debitore (anche se l'indicazione di tale soggetto, ovvero del terzo datore di ipoteca è una delle prescrizioni della nota di iscrizione, di cui all'art. 2839 n. 1 c.c.) sia soggetta al predetto onere pubblicitario. A ben vedere, la ragione di tale esclusione è fondata sul fatto che solo le modificazioni relative alla persona del creditore debbono essere pubblicizzate: l'art. 2843 c.c. è sì costituito da un ventaglio aperto di fattispecie negoziali o, comunque, aventi rilevanti effetti giuridici sul rapporto, tanto che si sostiene che l'elenco di cui al primo comma della disposizione in questione presenti un'elencazione meramente esemplificativa³¹⁸, tuttavia la regola generale è quella secondo cui soltanto le fattispecie che afferiscono a una circolazione del diritto di credito debbono dare vita all'integrazione dell'iscrizione ipotecaria, mediante apposita annotazione³¹⁹. Anche nella pratica negoziale, non può negarsi come ben raramente le assunzioni liberatorie del debito altrui diano vita a un'annotazione della nota ipotecaria. Una tale vicenda che coinvolge il diritto ipotecario non sposta granché le cose in quanto il soggetto sottoposto al vincolo ipotecario resta il

da Rescigno, Torino, 1985, 624.

316 TUCCI, *I privilegi cit.*, *ibidem*.

317 TUCCI, *I privilegi cit.*, *ibidem*.

318 GORLA – ZANELLI, *Del pegno, delle ipoteche*, in *Commentario del codice civile* Scialoja – Branca, Bologna – Roma, 1992, 368.

319 BOERO, *Le ipoteche*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale* a cura di Bigiavi, Torino, 1999, 142.

medesimo, modificandosi soltanto la persona del debitore. Anche la dottrina notarile ha suggerito che, in tema di debito ipotecario, non si ritiene, anche se astrattamente possibile, necessaria la pubblicità *ex art.* 2843 c.c., per rendere conoscibile l'avvenuta sostituzione o l'aggiunta del debitore. Neppure necessaria è la pubblicità del mantenimento della garanzia, in relazione all'obbligazione del delegato. Una conferma della liceità, anche se non dell'obbligatorietà, dell'aggiornamento dei Registri Immobiliari, in dipendenza della modificazione soggettiva passiva dell'obbligazione, si ricava dalla normativa fiscale. In particolare, l'art. 9 della Tariffa, allegata al d.lgs. 31 ottobre 1990 n. 347 (recante "Approvazione del testo unico delle disposizioni concernenti le imposte ipotecaria e catastale), fissa nel 2% la misura di quanto dovuto all'Amministrazione finanziaria, in caso di "estensione della garanzia, in base a nuovo titolo costitutivo"³²⁰.

Un'importanza ben più dirimente, tale da giustificare quindi l'annotazione, è la modificazione del titolare del diritto di espropriazione connesso all'ipoteca, ossia il creditore, le cui vicende modificative, negoziali o meno che siano, debbono essere adeguatamente pubblicizzate, con gli effetti propri dell'annotazione.

Ritornando al problema delle garanzie nell'ambito delle vicende successorie passive, è incerto quali siano i soggetti che debbono acconsentire al loro mantenimento. In primo luogo viene in rilievo il terzo datore di garanzia, reale o personale. Costui in ragione del naturale *intuitus personae* che contraddistingue siffatti rapporti, deve necessariamente fornire il proprio consenso al mantenimento delle cautele³²¹. Terzo datore di garanzia può essere il medesimo assuntore del debito, come può accadere soprattutto allorché l'assunzione del debito altrui avvenga a titolo di liberalità, nell'ambito di rapporti familiari (si pensi al caso, decisamente frequente nella prassi immobiliare, del genitore che si accolli il debito del figlio contratto per l'acquisto dell'abitazione, per la quale il medesimo genitore aveva, in sede di stipulazione, fornito apposita garanzia reale (es. l'ipoteca sulla propria casa) ovvero personale (tipicamente la fideiussione)), ovvero nell'ambito dei rapporti endo-societari (i soci che intendano rilevare mediante un'espromissione o un accollo il debito della propria società, contratto per concludere operazioni sociali ritenuti importanti per lo sviluppo della propria impresa, anche in questo caso già garantiti dalla compagine sociale *uti singuli*). In queste ipotesi è convinimento diffuso in dottrina quello per il quale l'assuntore che abbia prestato, anteriormente al contratto assuntivo, apposita garanzia per il medesimo debito di cui acquisisce la titolarità, non possa fruire del disposto dell'art. 1275 c.c., dovendosi ritenere che tali garanzie continuino a permanere non più come garanzie di

320 PETRELLI, *Formulario notarile commentato*, vol. I, Milano, 2001, 673.

321 GIACOBBE, *Della delegazione dell'espromissione e dell'accollo cit.*, 122.

un debito altrui, bensì come garanzie di un debito proprio³²². Se tale principio è pacifico con riferimento alle garanzie reali, maggiori ostacoli si rinvencono circa l'applicazione dello stesso anche con riferimento alle garanzie personali e, in particolare, alla fideiussione. L'ostacolo è rappresentato, in particolare, dal fatto che, a seguito della liberazione del debitore originario, è proprio l'assuntore, con il proprio patrimonio, che deve rispondere direttamente del debito assunto, mediante dunque il medesimo oggetto, che costituisce il perno della garanzia personale. Non vi è, tuttavia, chi non abbia colto come sia lo stesso legislatore nella trattazione della confusione a dettare una regola applicabile proprio al caso in questione, ossia l'art. 1255 c.c., mediante il quale si conviene che “se nella medesima persona si riuniscono le qualità di fideiussore e di debitore principale, la fideiussione resta in vita, purché il creditore vi abbia interesse”, interesse che, nel caso in questione, si rinviene, in quanto il fideiussore, divenuto assuntore, aveva già garantito con garanzie reali su propri beni quel determinato debito poi assunto³²³.

Le cose cambiano, invece, nel caso in cui il prestatore delle garanzie sia proprio il debitore originario. In questo caso una dottrina autorevole però minoritaria è dell'avviso che occorre distinguere a seconda delle modalità e, quindi, degli istituti impiegati per l'assunzione del debito altrui, avuto riguardo, in particolare, al soggetto che ha assunto l'iniziativa per il perfezionamento della successione nel debito. Nella delegazione e nell'accollo, infatti, a livello per taluni unilaterale (per la delegazione) e senz'altro in via contrattuale per l'accollo, è il debitore ad assumere l'iniziativa negoziale e, quindi, non si può pensare che colui che assume l'iniziativa di assumere il debito, ossia il debitore, voglia, nell'atto stesso in cui trasferisce (col consenso del creditore) il debito al terzo, manifestare la sua sfiducia nella solvibilità del terzo, in omaggio a un principio generale dell'ordinamento, ossia quello di autoresponsabilità³²⁴. Un tale principio è immanente all'intero sistema del diritto privato

322 In questo senso cfr. GIACOBBE, *Della delegazione dell'espromissione e dell'accollo* cit., 123; ROLLI, *La delegazione*, in *Le obbligazioni* cit., 804.

323 ROLLI, *La delegazione*, in *Le obbligazioni* cit., 805.

324 Il principio di autoresponsabilità è un ideale filo conduttore che lega varie fattispecie del diritto privato e che trova nel principio dell'apparenza del diritto, sia nella versione oggettiva (tipicamente le ipotesi normative epifanie legislative del principio, come le contrattazioni con l'erede apparente, di cui all'art. 534 c. 2 c.c. ovvero al pagamento al creditore apparente, di cui all'art. 1189 c.c.) sia in quella soggettiva (si tratta, invece, di quelle sviluppate dalla dottrina e dalla giurisprudenza, che richiedono un apporto psicologico da parte del soggetto contro il quale deve essere fatta valere una situazione apparente che egli abbia colposamente o comunque volontariamente posto in essere: è il caso della rappresentanza apparente o della società apparente) una delle principali e più note applicazioni. Sul principio dell'autoresponsabilità cfr. PUGLIATTI, *voce Autoresponsabilità*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. IV, Milano, 1959 reperibile, mediante le banche dati di Ateneo, sul sito <http://enciclopedia.giuffre.it>. Il principio dell'apparenza del diritto è stato, come noto, oggetto delle più svariate opere ed è uno dei principi che hanno segnato le tappe dell'evoluzione del diritto privato italiano ed europeo, mediante l'affermazione della tutela dell'affidamento incolpevole dei terzi. Opera sicuramente centrale nella disamina del problema è il contributo di MOSCHELLA, *Contributo alla teoria dell'apparenza giuridica*, Milano, 1973 oltre alla voce enciclopedica di FALZEA, *Voce Apparenza*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. I, Milano, 1958, 682 e ss. e a quella del padre del principio, ossia il Presidente di Cassazione Mariano D'Amelio, D'AMELIO, *voce Apparenza del diritto*, in *Nuovo Digesto italiano*, 1937, riprodotta integralmente in *Novissimo Digesto italiano*, 1957, 714 e ss., a cura di MARMO.

italiano ed è reso particolarmente cogente, in virtù di quelle istanze solidaristiche che, a mezzo dell'alto richiamo svolto dall'art. 2 Cost., dominano anche il diritto privato, a seguito della rilettura costituzionalmente orientata del codice civile, operata dalla dottrina più autorevole, a partire soprattutto dagli anni sessanta del secolo scorso³²⁵. Mediante tale principio, sicuramente consono a un sistema giuridico contrassegnato dal definitivo tramonto del volontarismo, sia dal punto di vista contrattuale, sia per quanto concerne la responsabilità aquiliana, ciascun soggetto deve sopportare le conseguenze derivanti dal suo comportamento che hanno suscitato nei terzi (nel caso di specie si tratta proprio del creditore) legittime aspettative. Tale conclusione non può essere confermata in caso di espromissione, nella quale non è il debitore ad assumere alcuna iniziativa tesa al rilevamento del proprio debito, bensì direttamente il creditore e l'assuntore e, inoltre, non si impedisce che le parti, nell'esercizio della loro autonomia, convengano di estromettere le garanzie fornite dal debitore, ma per fare ciò sarà necessario il consenso espresso del creditore³²⁶. Sempre a sostegno della tesi esposta, si evidenzia come, dal punto di vista comparatistico, tale soluzione è accolta in modo espresso dal legislatore svizzero e da quello austriaco che, nelle norme corrispondenti al nostro art. 1275 c.c., chiariscono come sia necessario il consenso del costituente nel caso in cui le garanzie siano state formate da terzi, terzi che sicuramente non possono essere identificati nella persona del debitore originario.

Per quanto si tratti di una tesi affascinante, la teoria di gran lunga maggioritaria ritiene che il dettato letterale dell'art. 1275 c.c., nella sua chiarezza, sia ostativo a qualsiasi interpretazione così sfavorevole per il vecchio debitore. Il legislatore italiano del '42, con formula anodina, nel riferirsi a colui che ha prestato le garanzie, e non già, quindi, ad un ipotetico terzo, ossia a un soggetto evidentemente estraneo al rapporto giuridico in essere, intende riferirsi proprio a qualsiasi soggetto che abbia fornito apposite cautele, ivi compreso lo stesso debitore. Inoltre, anche con riferimento all'ipotesi in cui il debitore originario avesse garantito il debito che il terzo assume, ricorrerebbero i medesimi presupposti di diritto che giustificano la richiesta del consenso da parte del garante, anche nell'ipotesi in cui fosse persona del tutto estranea ai soggetti coinvolti nell'assunzione del debito. La garanzia offerta dal debitore originario, a seguito del mutamento di titolarità del debito, diviene una garanzia per il debito altrui e, come tale, richiede il consenso del garante, altrimenti si farebbe gravare sul debitore un rischio non valutato al momento della

325 Sullo sviluppo dell'approccio metodologico e di politica del diritto, anche nei suoi aspetti interpretativi del dato normativo, da adattare alle realtà sociali, soggette fisiologicamente a mutamenti ben più rapidi rispetto ai tempi necessariamente lunghi che richiedono le riforme normative e addirittura codicistiche si rimanda a PATTI, *Codificazioni ed evoluzione del diritto privato*, Bari, 1999, 14 e ss..

326 RESCIGNO, voce "Delegazione (dir. civ.)" cit..

costituzione della garanzia³²⁷. Ancora, si evidenzia come, accanto all'autoresponsabilità del debitore, si pone anche un necessario dovere di controllo da parte del creditore e di valutazione, a sua cura e a suo rischio, della solvibilità dell'assuntore del debito altrui³²⁸. Da ultimo, è lo stesso tenore letterale del combinato disposto dagli artt. 1275 e 1276 c.c. a far vacillare in modo sensibile l'impianto argomentativo dell'opposta tesi. Si è chiarito, infatti, che la lettura *a contrariis* dell'art. 1276 c.c. (norma che sancisce la riviviscenza dell'obbligazione del debitore liberato, in caso di nullità o di annullamento dell'obbligazione del nuovo debitore, senza che però il creditore possa valersi delle *garanzie prestate da terzi*) spinge a ritenere che le garanzie prestate dal debitore originario si estinguano, così come quelle prestate dal terzo, ma che solo quelle prestate dal debitore rivivano contestualmente al debito originario³²⁹. Da tale considerazione non si può evitare di sottolineare come sia completamente inutile discettare circa la conservazione delle garanzie del debitore liberato, in assenza di diversa volontà pattiziamente espressa, in quanto, se così fosse, si dovrebbe operare un giudizio di inutilità, se non di contraddizione, tra l'art. 1275 e il successivo art. 1276 c.c..

Aderendo, pertanto, alla teoria prevalente per la quale qualsiasi ipotesi di assunzione del debito altrui, a cui segua la liberazione del debitore originario dà luogo all'applicazione dell'art. 1275 c.c., occorre chiedersi quale sia la natura dell'atto negoziale, a mezzo del quale si mantengono le predette garanzie.

Anzitutto, occorre chiarire che, dal punto di vista temporale, c'è accordo in dottrina nel ritenere che tale negozio possa essere concluso anche anteriormente alla liberazione del debitore originario, a seguito dell'assunzione del debito. In questo caso, sarebbe possibile, da parte del costituente la garanzia, fornire un consenso preventivo per il mantenimento della stessa, anticipatamente a qualsiasi concreta assunzione del debito. Il negozio di mantenimento della cautela, inoltre, potrebbe essere anche coevo all'assunzione. In questo caso, esso si inserirebbe nell'ambito della stipulazione di delegazione, espromissione o accollo che, naturalmente, non verrebbe ad essere strutturalmente modificata nella sua causa da tale stipulazione aggiuntiva. Esso deve essere qualificato come vero e proprio negozio autonomo, anche se funzionalmente collegato, in modo unilaterale, ossia in regime di subalternità rispetto al negozio principale relativo al mutamento della titolarità del debito, e tendente, quindi, al perseguimento di un'unica finalità economica. È il caso di confermare che il mantenimento delle garanzie lascerà immutato il pregresso contenuto economico delle stesse, permarranno, quindi, le stesse garanzie, anteriori all'assunzione del debito altrui, con

327 ROLLI, *La delegazione*, in *Le obbligazioni* cit., 803.

328 ROLLI, *La delegazione*, in *Le obbligazioni* cit., *ibidem*.

329 BIANCA, *Diritto civile 4 L'obbligazione*, cit., *ibidem*.

il medesimo grado e la medesima prelazione che le contraddistingueva³³⁰.

Nel caso opposto, in cui, invece, il negozio che consente il mantenimento della garanzia fosse posteriore alla convenzione sul debito, si ritiene che la volontà del garante, così espressa, non sia sufficiente per il mantenimento in vita delle precedenti garanzie, bensì per costituirne una differente, avente il medesimo contenuto oggettivo, anche se la prelazione verrebbe ad essere costituita, con le inevitabili conseguenze del caso, al momento dell'atto di assenso da parte del garante e non già al momento della costituzione del vincolo.

Circa la natura giuridica dell'atto di mantenimento della garanzia, si ritiene, in virtù del tenore letterale della norma, che pare riferirsi unicamente alla volontà del costituente che sia sufficiente un mero atto unilaterale del medesimo, atto che giuridicamente deve essere definito come atto negoziale, il quale dunque richiede la necessaria capacità di agire in capo all'emittente la dichiarazione³³¹.

La teoria prevalente³³² è, invece, dell'avviso che sia necessario un accordo bilaterale che coinvolga il creditore e, nel caso in cui il garante sia un soggetto terzo rispetto al debitore e all'assuntore del debito, anche trilaterale. Anche in questo caso non può non osservarsi come il principio del numero chiuso delle promesse unilaterali, di cui all'art. 1987 c.c. giochi un ruolo centrale, in quanto solo laddove sia espressamente la legge a consentire che un atto unilaterale espliciti effetti giuridici si può derogare al principio per il quale la fonte volontaria di obbligazioni non può che essere il contratto, in virtù dell'insegnamento di Paolo *ex nuda pollicitatione nulla actio nascitur*.

330 Cfr. in questo senso PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Commentario del codice civile* Scialoja – Branca, Bologna – Roma, 1975, 128 e ss..

331 Si tratta della tesi più risalente ma è autorevolmente sostenuta cfr. ALLARA, *La teoria delle vicende del rapporto giuridico*, Torino, 1950, 64, il quale peraltro contesta anche l'elemento temporale dell'emissione della dichiarazione unilaterale di mantenimento della garanzia, in quanto si sostiene che la modificazione soggettiva del rapporto obbligatorio, a differenza di quanto avviene per la novazione oggettiva, è contraddistinta dal principio della permanenza subordinata della garanzia, più congeniale alla fattispecie successoria delineata dagli artt. 1268 e ss. c.c..

332 Cfr. ROLLI, *La delegazione*, in *Le obbligazioni* cit., *ibidem* ove ampia bibliografia.

TERZA SEZIONE

LA SURROGAZIONE IN GENERALE

1. La surrogazione per pagamento – Premessa

La modificazione soggettiva del rapporto obbligatorio, oltre che derivare da uno specifico negozio giuridico, quali sono la cessione del credito, la delegazione, attiva e passiva, l'espromissione e l'accollo, può anche essere legata a un semplice fatto giuridico, che concreti l'effetto di sostituire, al creditore, un altro soggetto che ne prenda il posto, una volta che sia stato soddisfatto l'interesse del primo.

Nell'ambito del presente lavoro, la trattazione dell'istituto giuridico della surrogazione per pagamento assume un'importanza centrale, in quanto gli sforzi legislativi più recenti per introdurre, da un lato, elementi di maggiore concorrenza tra gli istituti bancari, dall'altro, di maggiore attenzione verso le ragioni dei contraenti più deboli (appare rischioso e non pertinente il preciso termine di “consumatori” e lo si eviterà specie nella trattazione della prossima sezione, in particolare nei paragrafi 4 e 4.1), si sono concentrati prevalentemente sulla rimodulazione di una particolare e distinta *species* di surrogazione per pagamento (quella per volontà del debitore). Non è ancora giunto il momento per trattare in modo diffuso le differenze (ove ve ne siano) tra l'istituto di cui all'art. 1202 c.c. e la c.d. portabilità del mutuo, tuttavia non può negarsi come il legislatore, mediante la tipizzante normativa di questo nuovo istituto ovvero di questa variante dell'antica surrogazione del debitore, abbia inteso rivitalizzare un “ramo sacco” dell'ordinamento civilistico, quale la surrogazione per prestito.

Nel corso della presente trattazione, necessariamente istituzionale, della surrogazione per pagamento, se ne evidenzieranno gli elementi tipici e le peculiarità rispetto agli altri strumenti che consentono la circolazione del rapporto obbligatorio e, in particolare, rispetto alla cessione del credito. L'attenzione si concentrerà, inoltre, su quelle ipotesi di surrogazione c.d. convenzionali, per prendere in prestito, l'espressione descrittiva onnicomprensiva, impiegata all'uopo dal codice del 1865. Tra esse verrà dedicata maggiore attenzione alla surrogazione per volontà del debitore, al fine di introdurre in modo ottimale l'analisi del nuovo istituto della portabilità del mutuo, entrato in vigore nel 2007. Una riflessione estesa sulla surrogazione per legge sarebbe apparsa eccessiva, tale da stravolgere l'economia del lavoro.

Quale finale paragrafo della trattazione generale sulla surrogazione, si ritiene opportuno dedicarlo al regime delle garanzie, al fine di approfondire quali siano i principi che caratterizzano siffatto strumento di circolazione dell'obbligazione, in relazione al mantenimento di quegli accessori che ne assicurano il contenuto economico.

In dottrina, il sostantivo “surrogazione” ha un significato duplice. Si parla, infatti, di surrogazione reale e di surrogazione per pagamento.

La surrogazione reale è un istituto giuridico da sempre oggetto di studio in dottrina, che, per quanto non oggetto di una specifica disciplina legislativa generale, è comunque ritenuto immanente all'ordinamento giuridico. In termini generalissimi, non essendo questa la sede per una trattazione complessiva dell'istituto, si ha surrogazione reale allorché un bene viene a sostituirsi ad un altro, prendendone il posto e, al contempo, assumendone lo stesso regime giuridico³³³. Un esempio viene rinvenuto dalla dottrina, nel caso dell'*universitas iuris*, specialmente nel patrimonio ereditario, per il quale vige la regola secondo cui il bene acquistato con denaro ereditario viene a fare parte dell'eredità, così come il prezzo percepito per la vendita di beni ereditari³³⁴. Altri esempi si rinvengono nell'art. 66 c.c., in tema di conseguimento del prezzo dei beni alienati da parte del presunto morto che ritorna, nell'art. 1211 c.c. in tema di mora del creditore, oltre che nella surrogazione nell'indennità dovuta dall'assicuratore, al posto della cosa soggetta a garanzia reale, perita o deterioratasi, ai sensi dell'art. 2742 c.c.. In tempi recenti, un vigoroso contributo allo studio di questo istituto è stato assicurato dall'introduzione a livello, prima di pratica negoziale (il *trust* anglosassone), poi a livello normativo, anche se in modo confuso (vincoli di destinazione, ai sensi dell'art. 2645 *ter* c.c.), di istituti che consentono la separazione dei beni da parte di un soggetto rispetto al resto del proprio patrimonio, al fine del conseguimento di determinati interessi, propri del costituente o di terzi. Non essendo questa la sede per trattare diffusamente della questione, si deve sottolineare come sia oggetto di dispute particolarmente accese la possibilità dell'applicazione a tali istituti della surrogazione reale, al momento dell'alienazione di cespiti patrimoniali rientranti nel patrimonio destinato. Un meccanismo siffatto non è previsto dall'art. 2645 *ter* c.c., essendo, invece, una caratteristica peculiare del *trust* anglosassone in cui, invece, vale la regola, secondo cui *pretium succedit in locum rei; res succedit in locum pretii*. L'ostacolo maggiore all'ammissibilità dell'istituto nell'ordinamento italiano è costituito dalla presenza di norme che restringono la trascrivibilità (e, dunque, l'opponibilità ai terzi e, per alcuni, anche la stessa esistenza) dell'atto ai soli beni iscritti in pubblici registri.

Oltre alla surrogazione reale, il sostantivo surrogazione ha anche un secondo significato, pertinente alla presente trattazione. La dottrina più autorevole che si è occupata dell'argomento ha definito la surrogazione per pagamento come l'istituto mediante il quale un soggetto subentra ad un altro, nell'identica posizione giuridica già occupata da quest'altro o, quanto meno a lui destinata, sia nella spettanza del diritto o dell'obbligo, senza che il titolo giuridico del soggetto subentrante sia di necessità legato da un nesso derivativo al

333 MAGAZZÙ, voce "Surrogazione reale", in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLIII, Milano, 1990, reperibile, mediante la Banche Dati di Ateneo, sul sito <http://enciclopedia.giuffre.it>

334 TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1986, 576.

titolo del soggetto antecedente³³⁵. Per quanto concerne la *ratio* dell'istituto, la surrogazione, ponendosi nello stesso ambito applicativo dell'azione di regresso, ha quale obiettivo quello di velocizzare il recupero di quanto speso per il pagamento.

Dal punto di vista sistematico, quindi, la tematica della surrogazione per pagamento si inserisce nell'ambito delle modificazioni del lato soggettivo del rapporto obbligatorio, che si concreta mediante l'adempimento posto in essere da un terzo, con la cooperazione della volontà del creditore (art. 1201 c.c.), ovvero del debitore (art. 1202 c.c.), ovvero per effetto automatico di legge, nelle ipotesi di cui all'art. 1203 c.c..

La dottrina che studia il fenomeno della surrogazione per pagamento concentra i propri sforzi ricostruttivi, nell'individuazione della ragione giuridica per la quale l'adempimento posto in essere dal terzo, avente effetti satisfattivi del credito, non abbia conseguenze estintive del rapporto obbligatorio, ma determini la prosecuzione del rapporto tra il nuovo creditore, ossia colui che ha pagato un debito non proprio, e il debitore.

Al fine di approfondire la questione, occorre tuttavia premettere una compiuta analisi del comportamento del terzo *solvens*, rispetto al debito anteriore e alla sua qualificazione giuridica. Come insegna la dottrina più autorevole³³⁶, l'adempimento ha efficacia estintiva del rapporto obbligatorio e contempera, ad un tempo, l'interesse del creditore a ricevere la prestazione e il dovere del debitore di adempiere, solo allorché ci sia perfetta identità soggettiva ed oggettiva dell'atto di adempimento, rispetto a quanto previsto nel regolamento costitutivo dell'obbligo giuridico, avuto riguardo alle modalità di esecuzione della prestazione, al tempo dell'esecuzione, al luogo dell'esecuzione, alla persona che esegue la prestazione, alla persona destinataria della prestazione e all'identità della prestazione.

Nel caso di adempimento del terzo, c'è una mancanza della piena corrispondenza tra chi deve adempiere (il debitore) e chi, invece, in concreto procede all'adempimento. Ne risulta, in conseguenza, una difformità della natura giuridica stessa dell'adempimento posto in essere dal terzo. Nell'ipotesi, infatti, in cui l'adempimento provenisse dal debitore, la dottrina prevalente³³⁷ ritiene che non siano accoglibili quelle teorie negoziali³³⁸, che riconducevano pure l'adempimento alla macro - categoria generale del negozio giuridico. *In subiecta materia*, la tesi negoziale era sorta per sottolineare la preminenza dell'*animus solvendi* al momento dell'adempimento. In tal senso, se quest'ultimo non fosse sorretto da un

335 BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, 2, Milano, 1955, 61.

336 BIANCA, *Diritto civile 4 L'obbligazione*, Milano, 1993, 268 e ss. che definisce l'adempimento come valido comportamento conforme al programma obbligatorio; GALGANO, *Trattato di diritto civile*, vol. II, Padova, 2010, 33 e ss..

337 GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2006, 577 – 578; NOBILI, *Le obbligazioni*, Milano, 2001, 27 e ss.; SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1997, 109; NICOLÒ, voce "Adempimento", in *Enciclopedia del diritto*, vol. I, Milano, 1958 reperibile, mediante la Banche Dati di Ateneo, sul sito <http://enciclopedia.giuffre.it>

338 ANDREOLI, *Contributo alla teoria dell'adempimento*, Padova, 1937, 22 e ss..

tale coefficiente psicologico, l'esecuzione della prestazione avrebbe potuto collegarsi a giustificazioni diverse, del tutto svincolate dall'esistenza di un'obbligazione.

In contrasto con tale teoria, si sottolinea che l'atto di adempimento da parte del debitore è non già un atto libero, come invece sarebbe se fosse un negozio giuridico, bensì un atto dovuto, nel quale la volontà del debitore (e su tale aspetto la teoria predetta si distingue dalle tesi che colorano l'adempimento di mera fattualità giuridica³³⁹) non rileva, al fine della produzione di effetti giuridici (in questo caso estintivi dell'obbligazione in essere tra le parti); facendo rientrare tale fattispecie entro la categoria dell'atto giuridico in senso stretto³⁴⁰.

Alla luce di quanto precede, l'adempimento del terzo non può che essere considerato quale atto libero, il quale, non essendo riducibile alla nozione di adempimento che postula la coincidenza, oggettiva e soggettiva, con il rapporto giuridico fondatosi al momento genetico, rientra nella categoria generale del negozio giuridico, con le conseguenze proprie di tale nozione sul piano della tutela della volontà delle parti³⁴¹.

L'istituto della surrogazione per pagamento trova la propria regolamentazione nel titolo I capo II sezione II del IV libro del codice civile, dunque subito dopo le norme relative all'adempimento ma prima di quelle relative alla modificazione nel lato attivo del rapporto obbligatorio e risultano quindi incardinate nel capo II, intitolato “dell'adempimento delle obbligazioni”. Il legislatore, quindi, almeno dal punto di vista sistematico, ha inteso preferire il collegamento con la fase di esecuzione della prestazione, lasciando nell'ombra l'effetto sulle persone del rapporto e sulla continuità, o meno, del medesimo.

C'è fondamentalmente accordo in dottrina, nell'individuare la *ratio* dell'istituto nell'esigenza di predisporre uno strumento, mediante il quale colui che ha pagato un debito non proprio riesca a recuperare, nel modo più snello e più rapido, quanto speso per fare fronte al debito del terzo.

Dal punto di vista storico, questo istituto ha scontato le medesime difficoltà che, nel pensiero giuridico dei giuristi romani, accompagnavano l'elaborazione del concetto della successione a titolo particolare, tra vivi, nel rapporto obbligatorio, che non avesse effetti novativi. Anche per la surrogazione, dunque, possono essere mutate tutte le considerazioni in tema di centralità del soggetto all'interno del rapporto obbligatorio. Fu il pensiero giuridico francese del XVII secolo, affermatosi dapprima con l'editto del re Enrico IV, quindi con le famose ordinanze del Re Sole e del ministro Colbert del 1673, a formare la

339 GALGANO, *Trattato di diritto civile* vol. II, Padova, 2010, 40.

340 SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile* cit., 107 e ss..

341 In questo senso cfr. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 1993, 632 che riconduce l'adempimento del terzo alla figura giuridica del negozio giuridico unilaterale, il cui autore sarebbe il terzo *solvens* e il cui destinatario sarebbe il creditore.

prima elaborazione concreta dell'istituto della surrogazione per pagamento.

Dal punto di vista descrittivo, l'istituto consiste nell'attribuzione al terzo solvente di tutta la posizione giuridica di cui era titolare il creditore originario soddisfatto. Oltre a tale effetto, base comune alle tre ipotesi normate di surrogazione è l'estraneità rispetto a una fattispecie negoziale che produce l'effetto giuridico del trasferimento del credito, in favore del terzo: non si tratta di una fattispecie di volontaria cessione del credito, bensì di un mero effetto giuridico legato al pagamento del debito altrui, al fine di assicurare il recupero della prestazione erogata, il tutto in coerenza con la necessaria causalità cui è improntato l'ordinamento giuridico italiano che non tollera tendenzialmente che siano consentite prestazioni prive di una robusta giustificazione economico – sociale³⁴².

Nella surrogazione per pagamento, sia essa volontaria ovvero legale, si attua una vera e propria successione nel lato attivo del rapporto obbligatorio. In dottrina, si impiegano, per descrivere l'effetto giuridico prodotto dalla surrogazione, sia il termine trasferimento sia quello successione, quasi che fossero sinonimi³⁴³, tuttavia occorre sottolineare che, alla luce dello statuto normativo che si delinea tra le righe del codice civile, si denota come la surrogazione sia uno strumento nel quale non c'è una vicenda di vero e proprio trasferimento del diritto, come avviene, invece, nella cessione del credito; bensì un semplice effetto giuridico connesso al pagamento del debito altrui. Appare, perciò, più coerente con il disegno del legislatore parlare di successione a titolo derivativo e particolare³⁴⁴, che lascia integro il rapporto pregresso, non comportando alcuna modificazione del rapporto obbligatorio in essere. Coerente con tale conclusione è la definizione che di surrogazione per pagamento dà una sentenza del 1984 del Supremo Collegio, ad avviso del quale “la surrogazione nel credito prevista dall'art. 1201 c.c. non comporta l'estinzione del debito originario, ma la modificazione soggettiva del rapporto obbligatorio, con la sostituzione di un terzo all'originario creditore e senza incidenza sull'aspetto oggettivo del rapporto, con la conseguenza che, nonostante il soddisfacimento del creditore mediante il pagamento ad opera del terzo, la struttura del rapporto obbligatorio rimane inalterato ed il debito mantiene le sue caratteristiche essenziali, talché non può trasformarsi in debito di valuta se

342 CARPINO, *Del pagamento con surrogazione*, Art. 1201 – 1205 c.c., in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja – Bianca, 1988, 6.

343 Cfr. BIANCA, *Diritto civile 4. L'obbligazione*, cit., 356.

344 CARPINO, *Del pagamento con surrogazione* cit., 18. Anche la giurisprudenza, sia di legittimità sia di merito, parla di successione nel rapporto obbligatorio, a seguito dell'avvenuta surrogazione. Si riportano talune pronunce che hanno chiaramente fatto riferimento a tale categoria generale del diritto. Secondo Cassazione, 24 novembre 2005, n. 24806 in *Massimario Giurisprudenza Italiana*, 2005 (che aveva come oggetto la particolare surrogazione dell'assicuratore di cui all'art. 1916 c.c., trattandosi di una delle fattispecie di surrogazione legale, maggiormente indagati dai giudici) “la surrogazione prevista dall'art. 1916 c.c. concreta una forma di successione a titolo particolare dell'assicuratore che ha pagato l'indennità nei diritti dell'assicurato verso il responsabile del danno”. Nel medesimo senso si è espresso, recentemente, Tribunale Trieste, 19 gennaio 2011 in Banca Dati *De Agostini Professionale*, consultabile mediante le Banche dati di Ateneo.

originariamente era di valore”³⁴⁵.

Nella storia del pensiero giuridico, è bene ricordare che la surrogazione per pagamento ha incontrato vari ostacoli, nel percorso di ricostruzione della fattispecie. In particolare, oggetto di studi approfonditi è la possibile riconduzione della surrogazione a una vicenda traslativa del diritto.

Una prima tesi, risalente ai primi studiosi francesi dell'istituto³⁴⁶, era dell'avviso che la surrogazione, per affinità del meccanismo e identità dell'effetto finale sostitutivo della persona del creditore, fosse da assimilare a una forma lata di cessione del credito. Si tratta della teoria della c.d. *ficta cessio*. L'argomento fondante questa tesi è quello secondo cui il credito, estintosi per effetto del pagamento effettuato dal terzo, si finge che sia stato venduto o ceduto, al fine di consentirne una reviviscenza in modo tale che il terzo possa subentrarvi al posto del creditore. In tempi più recenti, questa tesi è stata riveduta da un autorevole autore³⁴⁷, il quale ha sottolineato come non ci sia ontologicamente una contrapposizione insanabile tra estinzione del credito e trasferimento dello stesso, a seguito della surrogazione. Il credito, infatti, non è una cosa animata che vive o perisce, bensì una posizione giuridica che può venire meno in capo ad un soggetto e proseguire in capo ad un altro, in modo tale che l'adempimento del terzo può dare luogo ad un'estinzione relativa del rapporto obbligatorio, senza impedire che il diritto di credito, ormai estinto in confronto al creditore originario, passi ad un nuovo creditore, secondo lo schema traslativo.

Una seconda opinione dottrinarica che ebbe quale suo primo assertore il giurista francese Démoulin e che poi venne sviluppata in Italia da Nicolò e da Pugliatti³⁴⁸ contesta radicalmente la teoria del trasferimento e, quindi, quella della *ficta cessio*, in quanto il credito, una volta estinto attraverso il pagamento del terzo, non può più essere oggetto di negozio traslativo. La surrogazione pertanto concreterebbe, da un lato, un'estinzione soltanto relativa, dal punto di vista del soggetto attivo dell'obbligazione, dall'altro darebbe vita a una forma, tipizzata, di novazione soggettiva (parziale, con riferimento al solo lato attivo del rapporto) del rapporto. Una tale soluzione, sviluppatasi sulle considerazioni di autorevoli autori che avevano come riferimento normativo il codice del 1865 che, come già sottolineato, conosceva l'istituto della novazione soggettiva, non appare coerente con l'assetto normativo voluto dal legislatore del '42 che, come si è cercato di illustrare nelle pagine che precedono, ha inteso estromettere dall'ordinamento, ai fini di una migliore praticità degli scambi negoziali, ogni riferimento alla novazione soggettiva, eccezion fatta

345 Cassazione, 20 settembre 1984 n. 4808 in *Massimario Giurisprudenza Italiana*, 1984.

346 Su tutti cfr. POTHIER, *Coutume d'Orleans*, in *Oeuvres complètes de Pothier*, II, Paris, 1835, n. 66, 1737.

347 BIANCA, *Diritto civile 4. L'obbligazione*, cit., 357 – 358.

348 NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, in *Raccolta di scritti*, II, Milano, 1980, 1065; PUGLIATTI, *I fatti giuridici*, Milano, 1945, 21.

per la problematica norma di rinvio di cui all'art. 1235 c.c., che peraltro segna il definitivo tramonto dell'autonomia positiva dell'istituto nel diritto italiano.

Non mancano neppure tesi che qualificano la surrogazione come espropriazione del diritto di credito, corrispondendosi al creditore come indennità il valore del creditore stesso, in quanto il creditore non vende, ma subisce la vendita forzata in favore del terzo che ha un interesse giuridico a tale acquisto³⁴⁹.

Ancora, si è ritenuto che nel momento dell'adempimento dell'obbligazione altrui, si abbia ad un tempo l'estinzione dell'obbligazione mediante adempimento e la cessione del credito, mediante una surrogazione in senso stretto; quest'ultima espressione da intendersi quale uno degli elementi di cui si compone tutto il fenomeno surrogatorio. In tal modo si contempererebbero i diversi momenti della fattispecie che, se divisi, condurrebbero a un grave corto circuito logico – giuridico, in base al quale, se prima avvenisse l'adempimento, non potrebbe, successivamente, compiersi un atto rivolto alla surrogazione, dato che il creditore non avrebbe più alcun diritto; se, all'opposto, avvenisse prima il trasferimento del diritto dal creditore al terzo, senza l'adempimento, si realizzerebbe una cessione del credito *donandi causa*³⁵⁰.

Appare prevalente, nella dottrina più recente³⁵¹, la tesi secondo cui la surrogazione concreta una vera e propria successione a titolo particolare nel credito, avente come presupposto il pagamento effettuato dal terzo. Ne consegue che il soddisfacimento dell'interesse del creditore non comporta necessariamente l'estinzione del rapporto obbligatorio che, quindi, in perfetta coerenza con le conclusioni di teoria generale sul ruolo dei soggetti nell'obbligazione, rimane inalterato, nonostante l'intervento del terzo surrogato³⁵². Se la surrogazione fosse una forma tipizzata di novazione soggettiva parziale, ne conseguirebbe che essa avrebbe effetti radicali sul precedente credito, determinando l'estinzione di qualsiasi legame con il precedente rapporto³⁵³, il che non può essere sostenuto, alla luce del dato positivo e segnatamente dell'art. 1204 c.c. che consente l'acquisizione, da parte del creditore subentrante, di tutte le garanzie accessorie al credito.

A differenza della cessione del credito o di ogni altra fattispecie negoziale che concreti il trasferimento di un diritto, la surrogazione non è dunque una fattispecie negoziale, in quanto il pagamento del terzo è diretto esclusivamente al soddisfacimento dell'interesse creditorio,

349 Il sostenitore principale di questa tesi è MAGINI, *La surrogazione per pagamento nel diritto civile italiano: studio sulle obbligazioni*, Firenze, 1923, 91.

350 LUCCHESI, *Rilievi critici sulla natura giuridica della surrogazione*, in *Vita notarile*, 1975, 629.

351 CARPINO, *Del pagamento con surrogazione* cit., 25 – 26; 28; GALGANO, *Trattato di diritto civile*, Vol. II, Padova, 2010, 126.

352 GIANOLA, voce *Surrogazione (pagamento con)*, in *Digesto delle discipline privatistiche – Sezione civile*, vol. XIX, Torino 1999, 233.

353 CARPINO, *Del pagamento con surrogazione* cit., 32.

bensì funge da presupposto per l'acquisto del diritto che si verifica automaticamente in forza di legge, la quale ultima dunque opererebbe essa stessa come fonte di deferimento del credito, in seguito all'avvenuto pagamento³⁵⁴. L'accenno alla volontà richiesta al creditore e al debitore, dagli artt. 1201 e 1202 c.c., rileverebbe, in questa ottica, come semplice fonte di designazione del nuovo creditore che verrà a succedere nella titolarità del credito. Significativamente si è anche chiarito che, avuto riguardo alle forme “volontarie” di surrogazione, per esse è sempre la legge a produrre effetti giuridici: il debitore o il creditore danno l'impulso al perfezionamento della fattispecie che, dunque, eccezion fatta per le ipotesi di cui all'art. 1203 c.c., non può dirsi formatasi di diritto³⁵⁵. L'adesione alla tesi prevalente della successione a titolo particolare nel lato attivo del rapporto obbligatorio ha come conseguenza a livello processuale l'applicazione dell'art. 111 c.p.c. in tema di successione a titolo particolare nel diritto controverso³⁵⁶.

In sostanza, quanto alla natura giuridica della surrogazione, si opterebbe per una sua ricostruzione in termini non dissimili da quanto una certa autorevole dottrina tenta di proporre per il negozio testamentario. Come noto, varie dispute si sono sviluppate nel pensiero giuridico contemporaneo, circa la negoziabilità o meno dell'atto di ultima volontà. Tenendo presente che la teoria di gran lunga maggioritaria è dell'avviso che il testamento sia l'atto con il maggiore contenuto di volontà della produzione di effetti giuridici e, dunque di negoziabilità, tra tutti gli atti previsti dall'ordinamento giuridico italiano³⁵⁷; esistono teorie che, negando la natura negoziale del testamento, argomentano nel senso analogo a quello precedentemente illustrato per la surrogazione. In estrema sintesi, si può ricordare che la teoria non negoziale muove dall'assunto secondo cui il testamento, a differenza del contratto, non produce un effetto giuridico in via originale, in quanto la delazione ereditaria, al momento del decesso di qualsiasi individuo, è fenomeno necessitato dall'ordinamento, come testimoniano le norme in tema di successione legittima, potendo, tuttalpiù, il negozio di ultima volontà, e qui ci sarebbe la comunanza con la natura giuridica della surrogazione, indirizzare la predetta delazione³⁵⁸.

354 BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, 2, cit., 69.

355 MAGAZZÙ, voce “Surrogazione per pagamento” cit..

356 Cassazione 2 agosto 1948 in *Giurisprudenza italiana Repertorio* 1947 – 1948, in *Assicurazione* n. 213.

357 In questo senso cfr. CICU, *Il testamento*, Milano, 1951, 19; CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano, 2002, 418; BIGLIAZZI GERI, *Delle successioni testamentarie (commento agli artt. 587 – 600 c.c.)*, in *Commentario del codice civile* Scialoja – Branca, Bologna – Roma, 1993, 43 e ss.; TORRENTE – SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2004, 990; BIANCA, *Diritto civile 2 La famiglia – Le successioni*, Milano, 2005, 744; sostanzialmente nel medesimo senso anche CUFFARO, *Il testamento*, in *Trattato breve delle Successioni e Donazioni*, Padova, 2010, 800 e ss..

358 La tesi è stata perorata dapprima da NICOLÒ, *La vocazione ereditaria diretta e indiretta*, in *Annali dell'Università di Messina*, 1933-1934, 16 e ss.; quindi da G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, 57 e ss.; IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, Milano, 1967, 16 e ss.; sostanzialmente nel medesimo senso anche GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2006, 495. Originale la posizione di GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di CICU - MESSINEO continuato da MENGONI, Milano, 1988, 514-515, il quale sottolinea come sia vano ricondurre il testamento alla categoria del negozio giuridico e,

Aderendo alla tesi prevalente per cui la surrogazione è ipotesi di successione a titolo particolare nel debito, se ne deduce che il debitore potrà continuare ad opporre anche al nuovo creditore tutte quelle eccezioni, sia reali sia personali, pertinenti al precedente titolare del lato attivo del rapporto, continuando a decorrere il medesimo termine di prescrizione del diritto di credito, precedentemente in essere con l'originale creditore³⁵⁹, il tutto essendo giustificato dal tipico effetto devolutivo, proprio della successione a titolo particolare. È bene, tuttavia, ricordare come la tesi dell'opponibilità delle eccezioni, a prescindere dal loro carattere personale o reale, è stata contestata da una dottrina minoritaria, ma tra le più autorevoli, che, invece, è dell'avviso che si debbano distinguere le eccezioni reali, fondate sul rapporto giuridico, oggettivamente individuato, che permangono in favore del debitore, da quelle personali, aventi carattere soggettivo, come tali legate alla persona del creditore originario, che tutt'al più potrebbero essere utilizzate dal debitore, solo in caso di surrogazione per volontà del creditore³⁶⁰, in quanto, limitatamente ad essa, si può rinvenire la medesima iniziativa del creditore, tipica della cessione del credito, che giustifica l'impossibilità di privare il debitore di eccezioni opponibili al creditore estromesso, la qual cosa è, invece, perfettamente logica per le altre due *species* di surrogazione³⁶¹.

conseguentemente, sia non suscettibile di essere estesa a quest'ultimo la normativa sul contratto. Cfr. in senso dubitativo RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 1993, 590; che, pur nella peculiarità dell'atto testamentario rispetto al negozio giuridico in generale, sottolinea come il testamento venga ricompreso nel genere del negozio giuridico, non solo per fedeltà ad un'antica tradizione del pensiero giuridico, ma soprattutto per il linguaggio normativo, che fa riferimento al concetto di "atto", e per una giustificazione politico - sociale del fenomeno successorio, secondo la quale il testamento è, analogamente al contratto, uno strumento per disporre dei propri beni, sulla base dei poteri dispositivi del proprietario.

359 CARPINO, *Del pagamento con surrogazione* cit., 55. In giurisprudenza, in questo senso da ultimo cfr. Cassazione, 23 febbraio 2009 n. 4347 in *Massimario Giurisprudenza Italiana*, 2009, sentenza avente ad oggetto, come spesso accade, la surrogazione in favore dell'assicuratore, secondo cui "il diritto di surrogazione dell'assicuratore che ha pagato un'indennità all'assicurato danneggiato ex art. 1916 c.c. si risolve in una peculiare forma di successione nel diritto di credito dell'assicurato verso il terzo responsabile, nei limiti dell'indennizzo versato, che non incide sull'identità oggettiva del credito. Ne consegue che in tema di prescrizione rimane applicabile il termine previsto dalla legge in relazione all'originaria natura del credito, e l'assicuratore può giovare degli atti interruttivi posti in essere dal danneggiato prima del verificarsi della surrogazione, così come il suo diritto può risultare pregiudicato dalla prescrizione anteriormente maturatasi per l'inerzia del medesimo danneggiato". In senso parzialmente differente, cfr. Cassazione, 19 maggio 2004 n. 9469 in *I Contratti*, 2004, 1045 secondo cui "la surrogazione dell'assicuratore, prevista dall'art. 1916 c.c., integra una successione a titolo particolare nel credito risarcitorio, fino alla concorrenza dell'ammontare dell'indennizzo, la quale si verifica nel momento in cui l'assicuratore dà notizia al terzo responsabile del pagamento effettuato all'assicurato, esprimendo la volontà di avvalersi della citata norma (mentre nessuna tutela, anche solo conservativa, sussiste per l'assicuratore prima di tale momento), ed implica l'opponibilità all'assicuratore delle eccezioni invocabili contro l'assicurato alla suddetta data, per effetto del subingresso dell'uno nella stessa posizione dell'altro. Pertanto, con riguardo alla prescrizione, deve ritenersi che l'inerzia del danneggiato, protrattasi fino alla scadenza del termine prescrizione, può essere fatta valere dal terzo responsabile nei confronti dello assicuratore, in surrogazione, quale causa estintiva del diritto, solo se tale scadenza sia anteriore all'esercizio della surrogazione, mentre, in caso contrario, essendosi la titolarità del credito trasferita in capo all'assicuratore prima della maturazione della prescrizione, e valendo la menzionata comunicazione altresì quale atto interruttivo, l'estinzione per prescrizione del credito trasferito può discendere esclusivamente da successiva inattività dell'assicuratore medesimo".

360 BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, 2, cit., *ibidem*.

361 Nel medesimo senso cfr. anche SIRENA, *Alcuni problemi sistematici in materia di c.d. portabilità del mutuo bancario o finanziario*, in *Il contributo del notariato per l'attuazione delle semplificazioni in tema di mutui ipotecari*, Atti del Convegno, a cura della Fondazione Italiana per il Notariato, ilSole24ore, 2008, 103, il quale ribadisce come la regola della cessione del credito non possa essere, a differenza di quanto sostenuto dalla prevalente dottrina, riproposta

Un'ulteriore questione che caratterizza lo statuto normativo della surrogazione per pagamento si rinviene nel regime di circolazione delle azioni, pertinenti al credito traslato (*rectius*: alla fonte da cui deriva il credito, in particolare dal contratto). Se la nullità, per la propria tendenziale assolutezza (cfr. 1421 c.c.), non pone particolari problemi, dovendosi invece ritenere, per interpretazione dominante in dottrina³⁶², che il surrogato non sia titolare del diritto di fruire delle azioni sulle ragioni del credito, in particolare se si tratta di un contratto. Non può, infatti, ritenersi che il surrogato, mercé l'effetto giuridico surrogatorio, abbia assunto, con la surrogazione, la qualità di parte nel rapporto contrattuale tra debitore e precedente creditore, perché tale assunzione non sarebbe conforme alla tipica funzione recuperatoria dell'istituto. Il surrogato non è quindi legittimato ad esercitare azioni inerenti a detta qualità di parte contraente; non gli si possono concedere mezzi di tutela che esorbitano dalla specifica funzione del meccanismo surrogatorio e non possono dunque ritenersi comprese nella vicenda successoria che si è prodotta con la surrogazione ragioni e azioni che investono la fonte del rapporto o la posizione contrattuale delle parti. Esercitabili ed opponibili sono le azioni e le eccezioni che riguardano, come tale, il semplice rapporto obbligatorio, il semplice credito con i suoi accessori, potendo, pertanto, a garanzia della tutela del credito conseguito, fruire delle azioni surrogatorie e revocatorie, spettanti a qualsiasi creditore³⁶³.

La diversa natura giuridica della surrogazione per pagamento rispetto alla cessione del credito si manifesta in tutta la sua centralità, nel momento in cui si debbano riempire quelle (presunte) lacune normative che caratterizzano gli artt. 1201 e ss. c.c.. Un primo (e più eclatante) esempio è dato dalla composizione dell'eventuale conflitto che si potrebbe determinare tra più soggetti che, in tempi diversi, abbiano proceduto a pagare il debito altrui. La disciplina positiva non prevede alcuna regola per la composizione di tale conflitto e ciò ha posto il problema di una possibile applicazione analogica della regola, dettata per la cessione del credito, di cui all'art. 1265 c.c. che detta la prevalenza di quella cessione che sia stata per prima notificata al debitore o quella da questi accettata per prima con atto di data certa, ancorché si tratti di un contratto di cessione del contratto successivo. È, quindi, comprensibile come chi collega la surrogazione alla cessione del credito tenda a ritenere ammissibile l'applicazione analogica della norma in tema di cessione, in quanto si tratta di una regola generale a qualsiasi ipotesi di sostituzione della persona del creditore³⁶⁴.

anche in tema di surrogazione, specie per quella "voluta" dal debitore, in quanto non occorre proteggere necessariamente quest'ultimo da accordi ai quali è estraneo, essendo invece possibile che l'effetto surrogatorio sia comunque imputabile alla sfera di volontà di questi.

362 CARPINO, *Del pagamento con surrogazione* cit., 59; MAGAZZÙ, voce "Surrogazione per pagamento" cit..

363 GIANOLA, voce *Surrogazione (pagamento con)* cit., 236; MAGAZZÙ, voce "Surrogazione per pagamento" cit..

364 BIANCA, *Il debitore e i mutamenti del destinatario del pagamento*, Milano, 1963, 229.

Prevalente è la tesi opposta, per la quale la surrogazione, in quanto autonomo istituto che presiede alla successione nel lato attivo del rapporto obbligatorio, non può essere regolata da norme che ineriscono ad altri istituti del codice civile, dotati di una causa distinta, quale il trasferimento dei diritti di credito, mediante negozio giuridico. Coerentemente con tale impostazione, in dottrina si deduce che la surrogazione ha effetti immediati nei confronti del debitore, non essendo soggetto, neppure a fini meramente dichiarativi, a qualsiasi onere di comunicazione nei confronti di questi. Un solo correttivo è rappresentato dalla tutela del debitore di buona fede che abbia pagato al creditore originario, in assenza della conoscenza dell'avvenuta surrogazione³⁶⁵. Da tutte queste considerazioni, si deduce che, in mancanza di una disposizione specifica di legge, non potrà che trovare applicazione la regola generale, di diritto naturale, del *prior in tempore potior in iure*³⁶⁶.

Sul piano della regolazione delle lacune normative della surrogazione, si pone il problema relativo all'applicazione analogica delle norme in tema di incedibilità dei crediti, connessi ai ministeri ricoperti dai cessionari. In un primo tempo, infatti, la dottrina ha chiarito che non sono applicabili a una fattispecie estranea alla cessione, divieti fondati su un giudizio di disvalore connesso in modo inscindibile a un contratto di trasferimento³⁶⁷. Inoltre, a sostegno di questa tesi non si può negare che il principio generale è quello di inammissibilità dell'interpretazione analogica in tema di norme che impongono divieti.

Nonostante ciò, anche in tema di surrogazione, si possono mutuare le considerazioni già svolte, in tema di cessione del credito, per le quali i crediti che avessero una natura strettamente personale per il creditore, non potrebbe essere oggetto di surrogazione. Si conferma, dunque, che tali crediti sono vincolati all'infungibilità della persona dei soggetti dell'obbligazione e che la sostituzione di uno di essi non può che avere effetti novativi (soggettivi) del rapporto obbligatorio.

Quanto ai rapporti con altri istituti giuridici che determinano la modificazione della persona del creditore della prestazione, già si sono sottolineate le evidenti differenze con la cessione del credito, che è un contratto traslativo del diritto, che prescinde da qualsiasi riferimento all'adempimento dell'obbligo, essendo, anzi, presupposto imprescindibile per la validità del contratto, il mancato adempimento. La surrogazione, al contrario, non consiste in un trasferimento del credito, bensì in un mero effetto legale, connesso al pagamento effettuato dal terzo, il quale viene dotato di uno strumento più agevole per rientrare nell'esborso posto in essere per soddisfare le pretese del creditore.

Rispetto alla novazione soggettiva, di cui si è trattato pure in precedenza, tenendo sempre

365 BIANCA, *Diritto civile 4. L'obbligazione*, cit., 360.

366 CARPINO, *Del pagamento con surrogazione* cit., 30 - 31.

367 BIANCA, *Diritto civile 4. L'obbligazione*, cit., 359.

presente che l'ordinamento italiano con la riforma del '42 ha sollevato numerosi dubbi circa la persistenza della stessa, si deve, in questa sede, rimarcare come la surrogazione sia un istituto avente effetti giuridici radicalmente differenti. Con la sostituzione della persona del creditore, infatti, non si attua l'estinzione del precedente vincolo obbligatorio e la creazione, al contempo, di un nuovo vincolo, bensì il mantenimento di quello originario. Conferma puntuale di questa conclusione, si rinviene in tema di trasferimento, in favore del creditore subentrante, delle garanzie accessorie al credito surrogato. Pur rimandando ai prossimi paragrafi la trattazione diffusa di tale questione, basti in questa sede sottolineare il diverso tenore dell'art. 1204 c.c. che sancisce il principio generale, derogabile per volontà delle parti, di trasferimento delle garanzie in favore del nuovo creditore, rispetto all'art. 1232 c.c. che segna, invece, la regola opposta dell'estinzione delle garanzie, in assenza di una diversa volontà delle parti. Anche in tema di prescrizione del diritto di credito, emergono tutte le differenti caratteristiche tra la surrogazione e la novazione soggettiva. Nel primo caso, infatti, il credito mantiene il precedente termine prescrittivo, nel secondo, invece, in virtù dell'effetto dissolutivo del precedente rapporto, ne decorre uno nuovo³⁶⁸.

L'istituto che certamente ha un'affinità maggiore con la surrogazione è il regresso: non sono rari i casi nei quali si sottolinea che la ragione principale dell'istituto della surrogazione è costituita dal potenziamento delle ragioni del *solvens*, rispetto a quanto offerto dalla disciplina del regresso. Da un punto di vista giuridico, surrogazione e regresso fotografano due diverse fasi del medesimo rapporto giuridico che, tuttavia, non sempre viaggiano in parallelo, in quanto sono date ipotesi nelle quali si ha surrogazione senza aversi regresso (es. artt. 1201 e 1202 c.c.) e ipotesi nelle quali non c'è surrogazione, ma solo regresso (es. in caso di adempimento di prestazione infungibile da parte del terzo, nel qual caso, stante la non ammissibilità di una permanenza del medesimo obbligo, si potrà solo avere regresso, in quanto la surrogazione postula la permanenza del medesimo obbligo)³⁶⁹. In primo luogo, la surrogazione ha riguardo alla successione nel lato attivo dell'obbligazione, mentre il regresso è il diritto spettante al terzo adempiente nei confronti del debitore, deducendosi che il primo è un diritto che perviene a titolo di successione derivativa dal creditore originario,

368 In questo senso si può riportare la sentenza della Cassazione, 31 ottobre 2008, n. 26327 in *Massimario Giurisprudenza Italiana*, 2008, dettata in tema di novazione oggettiva, ma che può essere mutuata per identità di effetti alla novazione soggettiva, con le cautele circa la vigenza attuale dell'istituto, secondo cui “la dichiarazione con la quale il venditore, avuta notizia da parte del compratore dell'esistenza di vizi redibitori, si impegna a rimuoverli, dà luogo - secondo l'insindacabile valutazione di fatto riservata al giudice di merito - ad una novazione oggettiva del rapporto; in tal caso il suddetto impegno si pone quale autonoma fonte dell'obbligo di eliminazione dei suddetti vizi e del correlativo diritto dell'acquirente, diritto che pertanto non è soggetto né alla decadenza di cui all'art. 1495 c.c., né alla prescrizione breve ivi prevista, ma soltanto alla ordinaria prescrizione decennale”.

369 CARPINO, *Del pagamento con surrogazione* cit., 35. In senso opposto cfr. BIANCA, *Diritto civile 4. L'obbligazione*, cit., 363 il quale sottolinea come non vi sia diritto di regresso, se non vi sia al contempo surrogazione. Aderendo a tale tesi, si deve inferire che vi sia un nesso indissolubile tra i due istituti.

mentre il secondo è un diritto che in via originaria si perfeziona in capo al *solvens*³⁷⁰. Si è inoltre aggiunto che la surrogazione, mediante l'ingresso del terzo nel rapporto giuridico, costituisce, a differenza dell'azione di regresso che è un istituto semplice auto - giustificativo, uno strumento di tutela che assicura una sorta di reintegrazione in forma specifica del patrimonio di questi³⁷¹. In dottrina³⁷² si è chiarito che, oltre a ciò, il regresso si distingue dalla surrogazione in quanto il primo costituisce un nuovo diritto che sorge in testa al terzo in virtù del pagamento e costituisce un ulteriore sviluppo del pagamento del terzo, da cui può trarsi anche la ragione della norma di cui all'art. 1950 c.c., dettata in tema di regresso del fideiussore che abbia pagato il creditore, il quale può ottenere, mediante tale istituto, la rifusione delle spese sostenute per il pagamento, derogando, pertanto, alla diversa regola della surrogazione, per la quale si attua una successione nel solo diritto di credito, scevro da qualsiasi spesa³⁷³.

Al fine di non procurare un indebito arricchimento al creditore surrogato, si deve ritenere che non siano cumulabili i diritti connessi alla surrogazione e quelli spettanti al medesimo terzo *solvens* a titolo di regresso, ovvero, in caso di surrogazione per volontà del debitore, a titolo di restituzione della somma mutuata.

Da ultimo, in generale, in tema di surrogazione, è noto che l'art. 1205 c.c. consente, al ricorrere degli ulteriori presupposti, che il pagamento parziale reso dal terzo in favore del creditore, laddove quest'ultimo lo abbia accettato, ai sensi dell'art. 1181 c.c., dia vita alla surrogazione parziale, limitatamente alla porzione di credito estinta. Creditore originario e terzo *solvens* concorrono, nei confronti del debitore, in proporzione di quanto è a loro dovuto, determinandosi, in tal guisa, una scissione della titolarità del credito, tra creditore e surrogato³⁷⁴. Tale disciplina italiana, sostanzialmente analoga a quella prevista nell'art. 1254 c.c. 1865, si differenzia rispetto a quella del *code civil* napoleonico che, invece, prevede la preferenza in favore del creditore originario (cfr. art. 1252 *code Nap.*) Ciò che distingue l'attuale compilazione rispetto a quella abrogata, consiste nel riconoscimento alle parti (chiaramente si tratta del creditore e del terzo surrogato) della liceità e meritevolezza di un accordo, teso a stabilire una diversa regolazione del concorso di pretese verso il debitore. Si ritiene che l'autonomia delle parti non possa tuttavia spingersi, fino a derogare alle basi della surrogazione, prevedendone l'estensione fino a tutto il credito, potendo al più prevedersi il riconoscimento di una preferenza in favore di uno dei due creditori³⁷⁵.

370 BIANCA, *Diritto civile 4. L'obbligazione*, cit., *ibidem*.

371 MAGAZZÙ, voce "Surrogazione per pagamento" cit..

372 CARPINO, *Del pagamento con surrogazione* cit., *ibidem*.

373 In contrario, cfr. BIANCA, *Diritto civile 4. L'obbligazione*, cit., *ibidem*.

374 CARPINO, *Del pagamento con surrogazione* cit., 139.

375 MAGAZZÙ, voce "Surrogazione per pagamento" cit..

2. La surrogazione per volontà del creditore

La surrogazione può essere attuata mediante atto “volontario” di parte, ovvero mediante espressa volontà del legislatore, al verificarsi di determinati presupposti. È bene ribadire ulteriormente che, ad onta delle espressioni linguistiche impiegate dal codificatore, la volontà del creditore ovvero del debitore non è causa efficiente dell'effetto surrogatorio, bensì solo fonte di individuazione del soggetto a cui favore si produrrà l'effetto successorio, oltre che strumento di strumento mediante il quale far scattare la fattispecie di legge.

La prima fattispecie disciplinata dal codice civile, in tema di surrogazione “volontaria” è quella, formalmente più snella, della surrogazione ad opera del creditore.

Affinché si abbia una siffatta surrogazione è necessario l'intervento di un terzo, per le ragioni più disparate, comunque prive di rilevanza per l'ordinamento giuridico³⁷⁶, che paghi in nome proprio un debito non suo, per il quale non sia obbligato ad alcun titolo. Si tratta di un pagamento completamente libero, che non dà luogo ad estinzione del credito preesistente, bensì a semplice sostituzione da parte dell'adempiente nella posizione giuridica del creditore originario. È, altresì, necessaria, per il perfezionamento della fattispecie, la dichiarazione di surrogazione resa dal creditore contemporaneamente al pagamento.

È noto che l'elemento centrale della discussione in dottrina sulla surrogazione per volontà del creditore concerne la natura giuridica della dichiarazione resa da quest'ultimo per perfezionare l'istituto.

Una prima tesi, autorevolmente sostenuta, è dell'avviso, anche in omaggio alla stessa rubrica dell'art. 1201 c.c., che si tratti di un vero e proprio negozio giuridico, in quanto l'effetto giuridico della surrogazione si perfeziona mediante l'espressione di volontà del creditore³⁷⁷. Si tratterebbe pertanto di un negozio giuridico unilaterale eccezionalmente ammesso dall'ordinamento giuridico, in applicazione del principio generale di stretta tipizzazione (e tassatività) delle fattispecie unilaterali che possono produrre effetti giuridici nell'ordinamento italiano, ai sensi dell'art. 1987 c.c.. Più in particolare, si tratterebbe di un atto negoziale, dispositivo da parte del creditore in ordine alla sorte del credito³⁷⁸.

376 SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1997, 178 e ss..

377 NOBILI, *Le obbligazioni*, Milano, 2001, 77 – 78.

378 BIANCA, *Diritto civile 4. L'obbligazione*, cit., 349, il quale coerentemente fa discendere dalla riconosciuta natura negoziale della dichiarazione le inevitabili conseguenze in tema di vizi della volontà e di capacità di agire e di capacità

Tale conclusione appare poco coerente con la tesi della natura giuridica della surrogazione che è generata non già dalla volontà delle parti, bensì da quella della legge. Prevalente è dunque la tesi per cui la dichiarazione del creditore, richiesta dall'art. 1201 c.c., è un atto giuridico in senso stretto o, come sostenuto da autorevole scrittore³⁷⁹, un atto non negoziale di autorizzazione al subingresso *ex lege* del *solvens* nel credito, ovvero, secondo altri³⁸⁰, un atto di natura conservativa, come tale idoneo, tra l'altro, ad interrompere il decorso della prescrizione. Secondo la dottrina più autorevole, è bene ricordarlo, nell'atto giuridico in senso stretto l'ordinamento limita la rilevanza della consapevolezza e volontarietà al mero comportamento tenuto, essendo irrilevanti la consapevolezza e volontarietà degli effetti prodotti, sempre determinati dalla legge³⁸¹.

Ad onta del tenore letterale dell'art. 1201 c.c., il creditore non ha la facoltà a discrezione di emettere, innanzi al pagamento del terzo, la dichiarazione, tesa a perfezionare la surrogazione, in quanto si tratta comunque di un atto dovuto. Solo il *solvens* (come nel proseguo si vedrà) potrà dispensare il creditore dall'emetterla. È consequenziale ritenere che sia impregiudicato il diritto per l'adempiente di adire le vie legali, al fine di ottenere una pronuncia di mero accertamento, con la quale dichiarare l'avvenuta surrogazione.

Quanto alla forma della dichiarazione, giova ribadire che trattasi di dichiarazione rigorosamente unilaterale, la legge si limita a prevedere che essa sia resa in modo espresso (si noti l'evidente assonanza con il medesimo onere di manifestazione della volontà, in questo caso negoziale, richiesto per la conclusione della fideiussione, *ex art.* 1937 c.c.). Si è osservato, in dottrina³⁸², che tale onere non deve essere necessariamente formulato con atto scritto, potendo le parti limitarsi a una mera dichiarazione orale: per l'importanza che riveste nei confronti del debitore, la cui volontà resta estranea e irrilevante al perfezionamento della surrogazione *de qua*, l'ordinamento preclude soltanto il comportamento concludente. Tale assunto chiaro in dottrina, appare maggiormente incerto in giurisprudenza³⁸³ laddove si legge che la dichiarazione deve essere “formale ed espressa” e, inoltre, che “la manifestazione della volontà del creditore di surrogare il terzo nei propri diritti deve assumere una propria entità esteriore che, costituendo in favore del terzo che ha pagato la fonte di una nuova obbligazione, sia suscettibile di essere portata a conoscenza del

naturale del creditore, al momento della dichiarazione.

379 GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2006, 624.

380 MAGAZZÙ, voce “*Surrogazione per pagamento*” cit..

381 GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 84.

382 MAGAZZÙ, voce “*Surrogazione per pagamento*” cit.; BIANCA, *Diritto civile 4. L'obbligazione*, cit., 348 nota 7, il quale chiarisce come l'onere della dichiarazione espressa sia ben distinto dall'onere della forma scritta e che entrambi rispondono al regime eccezionale della loro previsione e alla conseguente interpretazione tassativa delle disposizioni di legge che ne prevedono l'applicazione.

383 Cassazione, 21 febbraio 1985 n. 1543 in *Massimario Giurisprudenza Italiana*, 1985.

debitore³⁸⁴».

La legge prescrive, inoltre, che la surrogazione avvenga contemporaneamente al pagamento. Nella prassi negoziale, tale formalità viene assolta direttamente al momento del rilascio della quietanza di saldo, di cui all'art. 1199 c.c.. Nonostante ciò, la disposizione viene interpretata nel modo più ampio possibile, sancendo il carattere dispositivo, ammettendo quindi una dichiarazione anteriore al pagamento, purché l'oggetto, ossia il preesistente rapporto giuridico che il terzo adempirà sia determinato o determinabile e sempre con effetto al momento del pagamento³⁸⁵ e purché sia resa in favore del solo terzo surrogato, essendo invece del tutto inefficace una surrogazione in favore di un diverso soggetto³⁸⁶. È evidente che una dichiarazione posteriore al pagamento non consentirebbe più il perfezionarsi della fattispecie, stante l'irreversibile estinzione del diritto di credito³⁸⁷. Non mancano, tuttavia, autori, i quali, preso atto della scansione temporale imposta dal legislatore per il formarsi della fattispecie, ritengono che essa sia indisponibile per le parti e, dunque, concludono nel senso che la dichiarazione di surroga possa essere soltanto contemporanea all'adempimento e non già anteriore, in quanto la designazione del surrogato non può che avvenire nel momento stesso del pagamento che costituisce presupposto sia della produzione dell'effetto surrogatorio sia della stessa dichiarazione³⁸⁸.

La surrogazione può essere oggetto di rinuncia da parte del terzo adempiente, il quale può altresì pattuire, unitamente al creditore, determinate clausole ulteriori che vanno ad arricchire il contenuto negoziale della fattispecie. Tra esse si possono citare l'eliminazione degli interessi gravanti sul debitore o la loro riduzione (il che, se non altrimenti giustificato, potrebbe dare luogo a donazione indiretta in favore del debitore, con le ulteriori conseguenze, in tema di riduzione a favore dei legittimari del terzo surrogato oltre che di collazione: cfr. art. 809 c.c.), in modo tale che la surrogazione possa venire a giovamento del debitore e non già a suo detrimento, essendo principio irrinunciabile dell'ordinamento il divieto di aggravamento della posizione giuridica di un soggetto, senza che il medesimo vi abbia acconsentito³⁸⁹. È evidente che, dal punto di vista strettamente giuridico, siffatte pattuizioni avrebbero natura giuridica accessoria rispetto all'effetto legale surrogatorio. È,

384 Tale affermazione pare balenare l'adesione alla tesi minoritaria secondo cui la surrogazione, analogamente a quanto accade per la cessione del credito, deve essere portata a conoscenza del debitore. Una tale considerazione appare opportuna su un piano metagiuridico, per motivi di opportunità pratica, al fine di evitare indesiderati, comunque giuridicamente legittimi ed efficaci, pagamenti del debitore al creditore originario. Tuttavia, su un piano di stretta necessità, si deve ricordare come la dottrina prevalente abbia chiarito in modo convincente che non è necessaria la notificazione della surrogazione al debitore (così CARPINO, *Del pagamento con surrogazione* cit., 55).

385 BIANCA, *Diritto civile 4. L'obbligazione*, cit., 349.

386 CARPINO, *Del pagamento con surrogazione* cit., 54.

387 BIANCA, *Diritto civile 4. L'obbligazione*, cit., 349.

388 CARPINO, *Del pagamento con surrogazione* cit., 53.

389 CARPINO, *Del pagamento con surrogazione* cit., 54.

altresì, chiaro che il terzo subentrante avrebbe altresì la possibilità di rinunciare senz'altro alla stessa surrogazione, mediante apposito negozio abdicativo del credito, il quale a ben vedere non avrebbe effetti sulla già avvenuta modificazione soggettiva attiva del rapporto obbligatorio, bensì fungerebbe da mera applicazione del principio generale della remissione del debito, di cui agli artt. 1236 e ss. c.c.. Più discusso, partendo dal presupposto che la surrogazione è un effetto legale e non già pattizio, è la possibilità che creditore e terzo *solvens* possano, con autonomo negozio, decidere di impedire il formarsi dell'effetto di surrogazione. Da un lato, non può negarsi che il tenore letterale dell'art. 1201 c.c. consente di fatto una tale possibilità, ad esempio nel caso in cui il creditore decidesse di non dare luogo alla dichiarazione di surrogazione, in quanto mancherebbe l'atto presupposto per il perfezionamento della fattispecie. Appare, alla luce della disponibilità del diritto soggettivo al credito, plausibile che le parti, nella loro autonomia, possano decidere di non fare luogo alla surrogazione, potendo, tuttavia, da parte del terzo *solvens*, essere esperita l'azione generale di regresso ovvero di arricchimento in capo al debitore originario.

3. La surrogazione per volontà del debitore

L'art. 1202 c.c. tratta una forma particolare di surrogazione, nella quale l'effetto surrogatorio, pur derivando, come in qualsiasi altra fattispecie di surrogazione, dalla legge, è, tuttavia, dipendente dalla dichiarazione resa dal debitore. Si tratta di quella forma di surrogazione che, basandosi sull'impiego, da parte del debitore, di una somma acquisita a titolo di mutuo, viene definita anche, con formula descrittiva, *surrogazione per prestito*. L'estrema formalità del meccanismo perfezionativo dell'istituto, unita alla stretta tipizzazione dell'unico strumento mediante il quale giungere a tale effetto, hanno reso questa norma un ramo secco dell'ordinamento giuridico, tanto che autorevole dottrina ha parlato, in tempi non troppo remoti, di istituto ormai caduto quasi in desuetudine³⁹⁰.

L'analisi di questo istituto è sempre stata piuttosto defilata nell'elaborazione della civilistica italiana, vista la sua marginalità pratica, ma, in seguito alle liberalizzazioni dell'anno 2007 in poi, si è cercato di ravvivarne la portata applicativa, limitatamente ai rapporti bancari e creditizi. In coerenza con la tendenza rivitalizzante dell'istituto, anche al fine di meglio

390 BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato* a cura di Iudica - Zatti, Milano, 1990, 767, sostanzialmente concorde CARPINO, *Del pagamento con surrogazione* cit., 60 che parla, in modo meno impegnativo, di ipotesi meno ricorrente nella pratica di surrogazione.

coordinare tale sezione del presente lavoro, con quella successiva di cui ci si occuperà esattamente del problema della surrogazione entro i rapporti bancari, si ritiene opportuno procedere ad un congruo approfondimento di tale istituto, in coerenza con un certo orientamento della civilistica degli ultimi anni e della prassi che ha riscoperto le potenzialità giuridico - economiche, insite nell'art. 1202 c.c..

La grande particolarità della surrogazione per volontà del debitore è che l'adempimento dell'obbligazione proviene giuridicamente dal debitore, il quale, dunque, pone in essere un atto reale, come il pagamento, in tutto e per tutto corrispondente al regolamento del rapporto giuridico basilare. In questo caso, pertanto, c'è perfetta identità, oggettiva e soggettiva, tra quanto deve il debitore e quanto corrisponde al creditore. Le cose date a mutuo, infatti, diventano, ai sensi dell'art. 1814 c.c., di proprietà del mutuatario (i giuristi romani, Digesto 12.1.2.2, solevano ripetere *appellata est mutui datio ad eo, quod «ex meo tuum» fit; et ideo, si non fiat tuum*: ossia “la consegna di una cosa a titolo di mutuo è così definita, perché «il mio tuo» diventa”), il quale, salvo il caso del c.d. mutuo di scopo, di cui comunque si tratterà nel proseguo, può farne l'uso che ritiene più opportuno, gravando su tale soggetto solo l'obbligazione della restituzione al mutuante della somma percepita, maggiorata del tasso di interesse pattuito.

Tuttavia, dal punto di vista economico, è innegabile che la situazione non sia così dissimile da quella che dà vita alla surrogazione per volontà del creditore, nella quale è il terzo a provvedere al soddisfacimento di questi: i proventi del mutuo sono sì giuridicamente nella disponibilità e nel patrimonio del mutuatario, tanto è vero che essi rientrano nel suo patrimonio, anche ai sensi dell'art. 2740 c.c., potendo essere aggrediti in sede di esecuzione forzata ai danni del mutuatario, in realtà, dal punto di vista economico, una pari quantità dei medesimi beni percepiti (anzi maggiorata dagli interessi) dovrà essere restituita dal debitore stesso al mutuante. Alla luce di tali considerazioni, ne risulta potenziata la funzione prettamente economica della surrogazione, in virtù della quale si riconferma come si tratti di una figura giuridica predisposta dal legislatore, per venire incontro alle esigenze, comuni a tutta la pratica negoziale, di incentivare gli scambi commerciali.

Dal punto di vista storico, la surrogazione per volontà del debitore, analogamente a qualsiasi altra forma di surrogazione, trova la propria origine normativa nell'editto del re di Francia Enrico IV del 1609. Tale provvedimento aveva quale scopo quello di favorire i debitori delle rendite, sostitutive dei prestiti a interessi all'epoca vietati a causa delle prescrizioni canoniche³⁹¹, che potevano prendere a mutuo le somme da impiegarsi per estinguere i loro debiti a un tasso inferiore rispetto a quello fissato per quello specifico anno, rimanendo

391 Sull'evoluzione storica dell'istituto dell'usura si rimanda a GALGANO, *La nuova lex mercatoria*, Bologna, 2001, 57 e ss..

debitori dei soli mutuatari, con un aggravio minore³⁹².

Punto centrale della disamina in tema di surrogazione per volontà del debitore è costituito dal ruolo pressoché marginale che il creditore, titolare del diritto alla pretesa all'adempimento, assume nell'intera operazione. Egli, come sancisce espressamente l'art. 1202 c. 1 c.c., in coerenza con la genesi storica dell'istituto, basata proprio sull'imposizione al creditore di un siffatto ruolo, non deve prestare alcun tipo di consenso, ai fini del perfezionamento della fattispecie. Il perché è presto detto: il creditore riceve dal debitore, con sostanze giuridicamente proprie di quest'ultimo, anche se economicamente pertinenti al mutuante, quanto gli spetta, non ha, pertanto, alcuna ragione giuridica, ma prima ancora logica, per opporsi alla traslazione della posizione attiva del rapporto obbligatorio di cui era titolare, in favore del mutuante. Ne risulta esaltata, ancora una volta, la funzione pratica dell'istituto, in quanto perfettamente corrispondente agli interessi dei tre protagonisti della vicenda e, non da ultimo, agli interessi generali dell'economia, in quanto si incentivano gli scambi economici e la circolazione della ricchezza³⁹³.

La prima caratteristica che distingue la surrogazione per volontà del debitore da quella per volontà del creditore è rappresentata dal fatto che il pagamento al creditore è posto in essere direttamente dal debitore, il quale perfeziona un vero e proprio adempimento. Tale atto reale è tuttavia reso possibile, in senso economico, dal prestito di denaro (o delle altre cose fungibili, necessarie per soddisfare l'interesse del creditore) fatto dal mutuante, in modo tale che l'adempimento non viene considerato quale autonomo fatto estintivo, bensì come elemento della fattispecie surrogatoria. Attraverso un adempimento siffatto si realizza soltanto l'interesse del creditore e non già l'estinzione dell'obbligo³⁹⁴.

Qui si individua uno dei primi passaggi critici della disciplina: l'art. 1202 c.c. fa riferimento in maniera inequivocabile al solo contratto di mutuo. La pratica negoziale, tuttavia, oltre che la stessa legislazione conoscono anche altre forme di finanziamento: per rimanere solo agli istituti di diritto comune, tralasciando la miriade di forme di finanziamento predisposte dal legislatore speciale (si pensi, in particolare, ai vari contratti di credito, di cui al testo unico bancario), si possono citare il contratto di apertura di credito bancario (detto anche fido o castelletto) di cui agli artt. 1842 e ss. c.c., il contratto di anticipazione bancaria di cui agli artt. 1846 e ss. c.c., lo stesso contratto di sconto bancario che possiede una funzione obiettivamente di finanziamento (artt. 1858 e ss. c.c.), oltre il mandato di credito (artt. 1958 – 1959 c.c.). Pur avendo una funzione latamente di finanziamento, i contratti bancari di cui in precedenza, si distinguono dal mutuo, fin dalla loro natura giuridica, in quanto il mutuo è,

392 BRECCIA, *Le obbligazioni* cit., 768.

393 BRECCIA, *Le obbligazioni* cit., *ibidem*.

394 MAGAZZÙ, voce "Surrogazione per pagamento" cit..

come noto, un contratto reale che si perfeziona con la consegna delle *res*, mentre l'apertura di credito bancario e l'anticipazione bancaria sono contratti obbligatori e la loro causa non è prioritariamente quella di finanziamento³⁹⁵.

Al fine di risolvere la problematica relativa all'impiego di altri contratti di finanziamento diversi rispetto al mutuo per concretare il procedimento di surrogazione, si scontrano due differenti tendenze: da un lato il favore per l'adempimento e per la realizzazione dell'interesse del creditore, potenziate dal ricorso alla surrogazione per volontà del debitore; dall'altro la tendenziale eccezionalità della surrogazione, quale strumento di modificazione del lato attivo del rapporto obbligatorio, senza che ci sia il consenso del creditore (o anche contro la volontà del creditore). La dottrina, pur non essendosi occupata in modo sistematico dell'argomento, è dell'avviso che si tratta di una fattispecie eccezionale³⁹⁶, tuttavia si ritiene che il riferimento operato al mutuo sia da estendere anche a qualsiasi altra somministrazione di denaro, non essendo rilevante il *nomen* del contratto di finanziamento impiegato, bensì il peculiare meccanismo del mutuo e del pagamento al creditore³⁹⁷. Dal punto di vista storico, inoltre, un argomento in favore di questa tesi si riscontra nell'art. 1252 n. 2 c.c. 1865 che, nel descrivere la fattispecie della surrogazione convenzionale per pagamento, effettuata mediante atto del debitore, non si riferisce allo specifico contratto di mutuo (disciplinato da quel testo normativo, negli artt. 1819 e ss.), bensì a tutti quei negozi giuridici mediante i quali il debitore prendeva “a prestito una somma, affine di pagare il suo debito, e di surrogare il mutuante nei diritti del creditore”.

Il primo comma dell'art. 1202 c.c. si conclude con il generico riferimento alla contrazione del mutuo da parte del debitore, al fine di pagare il debito: una tale disposizione appare, a prima vista, espressiva di un riferimento a un mero motivo del contratto che, come noto, non avrebbe alcun tipo di effetto giuridico o di limitazione al potere di disposizione in capo al mutuatario – debitore. La disposizione, tuttavia, deve essere integrata con quanto previsto dal successivo secondo comma.

In tale ulteriore disposizione si afferma l'estremo formalismo che caratterizza la surrogazione per volontà del debitore.

Anzitutto, la prima caratteristica distintiva rispetto alla surrogazione per volontà del creditore e ancor più nella surrogazione legale è formale. Rispetto alla prima, in particolare, l'effetto surrogatorio è sì automatico per legge, ma esso promana da un atto che potremmo definire, anche in questo caso, non negoziale, ma che determina effetti particolarmente rilevanti nelle caratteristiche del rapporto giuridico modificato. A tal fine, la legge, in

395 GALGANO, *Trattato di diritto civile* cit., vol. II, 749.

396 MAGAZZÙ, voce “*Surrogazione per pagamento*” cit.; MARTONE, *La surrogazione per pagamento*, in *Le modificazioni soggettive del rapporto obbligatorio* a cura di Bosetti, Torino, 2010, 397.

397 MARTONE, *La surrogazione per pagamento* cit., 398 nota 460.

coerenza con le finalità del formalismo degli atti privati, ritiene che sia necessario procedere a un atto che possa avere indubbia certezza, nei riguardi dei terzi.

L'art. 1202 c. 2 n. 1 richiede che il mutuo (o, può aggiungersi, l'altro contratto di finanziamento che sortisca il medesimo effetto di ottenimento delle somme necessarie per l'adempimento) e la quietanza risultino da atto scritto, avente data certa³⁹⁸. Tale onere è richiesto, ai fini dell'efficacia della surrogazione. In dottrina, a proposito di tale ultima disposizione, si è sostenuto che si tratti di una forma richiesta per la validità della surrogazione³⁹⁹. Tale tesi è stata, con successo, avversata da quegli autori che hanno sostenuto come il requisito della data certa non vincoli affatto la forma del contratto, in quanto possono supplire i criteri ulteriori per dare certezza, disposti dall'art. 2704 c.c., i quali non sono riducibili alla forma vincolata⁴⁰⁰. La disposizione deroga, limitatamente ai fini della produzione dell'effetto surrogatorio, alla generale libertà formale del contratto reale di mutuo, la quale riemerge relativamente alla produzione degli altri effetti negoziali tipici, dipendenti dal finanziamento.

La richiesta dell'atto di data certa rende, pertanto, necessaria l'applicazione del relativo statuto e la subordinazione di tale certezza agli eventi da cui scaturisce, ai sensi dell'art. 2704 c.c.⁴⁰¹, tendendo, comunque, presente che non è richiesto altro requisito ulteriore, come l'atto pubblico o l'autenticazione delle sottoscrizioni.

Il n. 1 dell'art. 1202 c.c., così come l'art. 1202 c.c. nel suo complesso, non si occupa della dichiarazione di surrogazione resa dal debitore al momento del pagamento al creditore, atto che invece costituisce il cuore della surrogazione di cui al precedente art. 1201 c.c., ma soltanto il mutuo e la quietanza al momento del pagamento. Orbene, nonostante si siano levate voci in dottrina che hanno inteso svalutare la portata di tale atto, non si può negare che esso, considerato talvolta implicito nella menzione della provenienza della somma impiegata nel pagamento, di cui al successivo n. 3⁴⁰², dia spazio alla tesi prevalente per la quale la dichiarazione, avente la natura giuridica dell'atto giuridico in senso stretto, esattamente come avviene per la corrispondente surrogazione per volontà del creditore, è necessaria e potrebbe essere resa o nell'atto di mutuo ovvero contemporaneamente al

398 BIANCA, *Diritto civile 3 Il contratto*, Milano, 2000, 278.

399 MARTONE, *La surrogazione per pagamento* cit., 399; per la tesi della mera efficacia della surrogazione, in confronto al creditore e ai terzi cfr. GIANOLA, *voce Surrogazione (pagamento con)* cit., 237. In senso contrario, cfr. CARPINO, *Del pagamento con surrogazione* cit., 63 il quale ritiene che, ad onta del tenore letterale della norma che impone il requisito della data certa, esso non si tratta di un requisito *ad substantiam* per la validità, cioè, della surrogazione, ragion per cui il mutuo può essere concluso verbalmente.

400 CARPINO, *Del pagamento con surrogazione* cit., *ibidem*; nel medesimo senso anche SIRENA, *La "portabilità del mutuo" bancario o finanziario*, in *Rivista di diritto civile*, 2008, 465 nota 54.

401 Per un'inquadratura della disciplina si rinvia a PATTI, *Della prova documentale*, in *Commentario del codice civile* Scialoja – Branca, Bologna – Roma, 1996, 92 e ss..

402 CARPINO, *Del pagamento con surrogazione* cit., 64.

pagamento, insieme alla dichiarazione di provenienza della somma mutuata⁴⁰³. Una tale interpretazione è, invece, contestata da altra dottrina che ha ritenuto maggiormente confacente con la gravità degli effetti connessi alla surrogazione per volontà del debitore, una ricostruzione in termini negoziali della dichiarazione dal medesimo rilasciata, ai fini della modificazione del lato attivo del rapporto, potendo solo un negozio giuridico collegare l'assunzione del mutuo alla modificazione del creditore⁴⁰⁴. È evidente che l'adesione a questa tesi importa tutte le conseguenze possibili, in tema di impugnazione del negozio per vizio della volontà o per incapacità naturale o legale di agire da parte del creditore, fattispecie che generalmente non rilevano in tema di pagamento da parte del debitore, vista l'assenza di carattere negoziale dello stesso.

È altresì chiaro che la disciplina formale della surrogazione per volontà del debitore impedisce, oltre al comportamento concludente, anche la dichiarazione resa in forma orale, invece consentita ai sensi dell'art. 1201 c.c., per la surrogazione per volontà del creditore.

Il secondo requisito costitutivo della surrogazione per volontà del debitore è rappresentato dall'indicazione espressa nell'atto di mutuo, stipulato mediante l'atto scritto avente data certa, di cui al precedente n. 1, della specifica destinazione della somma mutuata. L'interpretazione di tale disposizione ha dato vita a un'ampia diatriba in dottrina, purtroppo non risolta dalla giurisprudenza che, come precedentemente si è notato, non ha avuto modo di occuparsi direttamente della soluzione di un caso pratico affine.

Una prima tesi interpretativa, meno formale e più liberale, è dell'avviso che dal tenore letterale della norma, non traspare un riferimento particolare all'impiego della somma di denaro, al fine di estinguere il debito in essere. Non pare, quindi, che il debitore possa considerarsi obbligato ad impiegare la somma nel pagamento del debito, per il semplice fatto che «nell'atto di mutuo sia indicata espressamente la specifica destinazione della somma mutuata»: qui si tratta soltanto della previsione di un fatto (l'impiego della somma mutuata nel pagamento del debito), non già di una vera e propria clausola negoziale di destinazione (con impegno assunto dal debitore di impiegare la somma nel pagamento)⁴⁰⁵.

Una seconda tesi più restrittiva, anche se sostenuta dalla dottrina che potremmo definire prevalente, ritiene che, in funzione della gravità degli effetti riconnessi al mutuo relativo alla surrogazione, la destinazione non può che essere elemento essenziale del contratto di mutuo, non potendo al contrario surrogarsi il mutuante che successivamente si accordi in questo senso con il debitore, ragion per cui il mutuo non può che essere consensuale e identificarsi

403 MAGAZZÙ, voce "Surrogazione per pagamento" cit..

404 DIANA, *La surrogazione*, in *Giurisprudenza critica*, collana diretta da Cendon, Torino, 2003, 130.

405 MAGAZZÙ, voce "Surrogazione per pagamento" cit..

con una tipizzata ipotesi di mutuo di scopo⁴⁰⁶. Tale ultima forma di mutuo, derivata dall'esperienza dei finanziamenti pubblici per l'edificazione ad esempio di opere pubbliche o per incentivare attività economiche private mediante l'impiego di risorse pubbliche, è entrata prepotentemente nella prassi negoziale. Come noto, il mutuo di scopo è quel negozio consensuale mediante il quale il mutuatario, oltre ad essere obbligato alla restituzione della somma di denaro (o delle altre cose fungibili mutate) eventualmente maggiorata degli interessi pattuiti, si obbliga a impiegarla nel raggiungimento di uno scopo ulteriore, potendo giungere alla risoluzione in caso di inadempimento del mutuatario⁴⁰⁷. La situazione giuridica non appare eccessivamente dissimile, almeno sotto questo aspetto delle obbligazioni ulteriori a carico del mutuatario, da quella che caratterizza il mutuo necessariamente gratuito cui viene impresso un *modus* da parte del mutuante, ipotesi generalmente ammessa dalla dottrina dominante: in questo caso la similarità si ferma a questo aspetto, preso atto delle evidenti differenze che corrono tra i due istituti, in tema di corrispettività, realtà e consensualità e di mancato carattere sinallagmatico che hanno le obbligazioni derivanti dal *modus* rispetto a quelle giuridicamente commutative che caratterizzano il mutuo di scopo⁴⁰⁸. Nonostante ciò non può evitarsi di fare presente che la configurazione del mutuo di scopo quale contratto corrispettivo fra prestazione del mutuante e realizzazione dello scopo (oltre che restituzione della somma maggiorata degli interessi) è stata contestata dalla dottrina più autorevole, specie con riferimento ai mutui di scopo a tasso agevolato spesso informati al principio della decadenza dall'agevolazione sull'interesse, con sostituzione dello stesso con un tasso ordinario, in caso di mancato impiego delle somme per lo scopo pattuito. Tale autorevole dottrina ha fatto ricorso alla diversa figura dell'onere (da non distinguersi con il *modus* di cui sopra), ossia all'attribuzione di un potere a un soggetto, il cui esercizio è condizionato ad un adempimento⁴⁰⁹, in modo tale che, se il mutuatario adempie approfitta del tasso agevolato. Riprendendo la trattazione dei caratteri della surrogazione per volontà del debitore, il terzo requisito del complesso meccanismo perfezionativo dell'istituto è la menzione nella quietanza della dichiarazione resa dal debitore circa la provenienza della somma impiegata nel pagamento (art. 1202 c. 2 n. 3 c.c.). Tale menzione della dichiarazione ha un ruolo

406 MARTONE, *La surrogazione per pagamento* cit., 400; BRECCIA, *Le obbligazioni* cit., 769; CARPINO, *Del pagamento con surrogazione* cit., 64; NOBIL, *Le obbligazioni* cit., 78.

407 Cassazione, 3 dicembre 2007 n. 25180 in *Notariato*, 2008, 9 secondo cui “il contratto di mutuo di scopo è un contratto consensuale, oneroso ed atipico che assolve, in modo analogo all'apertura di credito, una funzione creditizia. All'interno di esso, a differenza del mutuo, la consegna della somma costituisce l'oggetto dell'obbligazione a carico del finanziatore, e non l'elemento costitutivo del contratto”. Nel medesimo senso cfr. DE LUCA – COGLIANDRO – D'AURIA – RONZA, *Dei singoli contratti*, Milano, 2002, 328 e ss..

408 Sulla liceità dell'apposizione di un *modus* al contratto di mutuo gratuito e sulle differenze, pur se sinteticamente, tra mutuo gratuito modale e mutuo di scopo cfr. DIENER, *Il contratto in generale*, Milano, 2002, 458 nota 148.

409 GALGANO, *Trattato di diritto civile* cit., vol. II, 723.

centrale nel perfezionamento della surrogazione in parola, tanto che essa non può essere rifiutata dal creditore. In primo luogo, è una prescrizione relativa al contenuto dell'atto giuridico in senso stretto, avente funzione tipicamente ricognitiva⁴¹⁰, che è la quietanza. Si conferma anche in questo caso, come per qualsiasi altro pagamento, l'obbligatorietà per il creditore di rilasciare la quietanza, di cui all'art. 1199 c.c.. Il creditore che si rifiutasse di ricevere una quietanza siffatta si esporrebbe a molteplici violazioni di legge e a conseguenti responsabilità, a livello sia contrattuale sia extracontrattuale, nei confronti del debitore e del terzo mutuante. La menzione di tale dichiarazione di provenienza delle somme impiegate per il pagamento è, infatti, adempimento di un'obbligazione di fonte legale che, se violata, espone il debitore al danno connesso alla mancata liberazione dal proprio debito (argomento, questo che, come noto, imporrebbe una trattazione specifica dell'esistenza o meno di un vero e proprio diritto soggettivo all'adempimento in capo al debitore, sulla cui giuridica esistenza sono stati scritti i proverbiai "fiumi di inchiostro"⁴¹¹), oltre che alla lesione necessariamente rilevante ai soli fini extracontrattuali del credito di cui è titolare il terzo mutuante, essendo mancante un preesistente vincolo giuridico tra le parti, nel rispetto dell'acquisita risarcibilità per lesione del diritto relativo, così come stabilito fin dalla sentenza Meroni e successivi sviluppi che ne hanno allargato lo spettro di applicazione⁴¹². Non va, tuttavia, dimenticato che, proprio per settori come questo, potrebbe trovare applicazione la teoria che, con sempre maggiore convinzione, si sta affermando in dottrina⁴¹³ e in giurisprudenza⁴¹⁴, tesa ad attribuire natura contrattuale alla responsabilità in parola, connessa all'inadempimento di obbligazioni, ai sensi degli artt. 1218 e ss. c.c., per mancata osservanza degli obblighi di protezione imposti dalla legge, in caso di qualificato

410 NOBILI, *Le obbligazioni* cit., 36.

411 Non è ovviamente questa la sede per uno studio approfondito di questo interessante aspetto del diritto civile, che costituisce una frontiera avanzata per una personalizzazione del rapporto giuridico patrimoniale, probabilmente più coerente con gli obblighi di solidarietà sociale, di cui l'art. 2 Cost. impone l'osservanza a tutti i consociati. Per una presa di posizione autorevole sulla questione si rimanda a BIANCA, *Diritto civile 4. L'obbligazione*, cit., 47 – 48, ove si parla di un semplice interesse, talvolta qualificato, del debitore all'adempimento, ma non già di un diritto soggettivo all'adempimento e 380 – 381, ove l'Autore ribadisce tale posizione, articolando ulteriormente che è possibile che, in determinati casi, allorché, cioè, la prestazione del debitore sia volta a soddisfare anche un interesse del debitore, quest'ultimo diviene titolare di una pretesa nei confronti del creditore, assumendo, quindi, la veste di creditore. Si rimanda anche alla precisa ricognizione sulla questione svolta da ROSELLI, *La prescrizione e la decadenza*, in *Diritto civile* vol. IV tomo II, *Attuazione e tutela dei diritti. L'attuazione dei diritti* a cura di Lipari coordinato da Zoppini, Milano, 2009, 491.

412 MARTONE, *La surrogazione per pagamento* cit., 402 – 403.

413 Sulla responsabilità da contatto sociale una bibliografia completa sarebbe decisamente proibitiva da raccogliere, si rimanda perciò alle trattazioni istituzionali sull'argomento che offrono una panoramica sufficientemente ampia per inquadrare al meglio le questioni sottese che si articolano principalmente nelle differenze con la responsabilità aquiliana, anche e soprattutto a livello probatorio, oltre che i margini di distinzione con le norme di cui agli artt. 2043 e ss. c.c.. Cfr. GALGANO, *Trattato di diritto civile* cit., vol. II, 76 e ss., vol. III, 300 e ss.; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 857 e ss..

414 Davvero infinito il numero di sentenze della Cassazione che si è occupato del contatto sociale, con principale riferimento alla responsabilità medica, da ultimo cfr. Cassazione, 13 luglio 2010, n. 16394 in Banca Dati *De Agostini Professionale*, reperibile mediante le banche dati di Ateneo.

contatto sociale.

È, tuttavia, ritenuto ammissibile da alcuni autori che, conseguentemente, ricostruiscono la situazione giuridica in capo al creditore come vera e propria obbligazione, come l'illegittimo rifiuto del creditore ad inserire nella quietanza la menzione di cui all'art. 1202 c. 2 n. 3 c.c. sia causa giustificativa del legittimo rifiuto, in omaggio alla regola *inadimplenti non est adimplendum*, da parte del debitore, di procedere al pagamento di quanto dovuto⁴¹⁵. Al contempo, si ritiene che il rifiuto del creditore di inserire nella quietanza la dichiarazione di provenienza della somma di denaro impiegata per pagare il debito possa essere ovviato mediante il ricorso a una dichiarazione apposita del pubblico ufficiale che sia stato presente all'operazione e ne abbia dato adeguata documentazione in un apposito atto pubblico⁴¹⁶.

Altra questione su cui la dottrina dibatte è come concorrano, nei rapporti tra debitore e terzo mutuante, le azioni tese alla riscossione del credito, per il quale si sia formata la surrogazione, con le azioni di restituzione della somma mutuata, maggiorata degli interessi, concesse al mutuante dall'ordinamento giuridico. Per alcuni autori, permarrrebbe l'azione di mutuo, mentre si trasferirebbero al mutuante solo le garanzie che corredevano il credito, ai sensi dell'art. 1204 c.c., credito originario che sarebbe inevitabilmente estinto, a seguito del pagamento⁴¹⁷. Per un'altra dottrina⁴¹⁸, invece, avvenuta la surrogazione, il credito del mutuante si estinguerebbe, in quanto il pagamento del debito a mezzo della somma mutuata e la conseguente surrogazione costituiscono fattispecie estintiva dell'obbligo di restituzione. Si ha, quindi, un adempimento indiretto dell'obbligo di restituzione e conseguente estinzione del credito del mutuante, se il debitore non adempie all'obbligo di impiego della somma, il mutuante conserva il credito alla restituzione.

Da ultimo, nel caso in cui più soggetti avessero prestato somme di denaro, al fine di perfezionare il pagamento da parte del debitore, si ritiene che il mutuante che si gioverà della surrogazione, sarà quel soggetto indicato, evidentemente *ad libitum*, dal debitore all'atto del pagamento, non essendo ammissibile né una surrogazione in favore del mutuante che ha concluso per primo il mutuo, né una in favore di tutti i mutuantì in proporzione a quanto dai medesimi prestato, in quanto queste ultime due eventualità contrasterebbero con le risultanze della quietanza⁴¹⁹.

415 BIANCA, *Diritto civile 4. L'obbligazione*, cit., 350 nota 13; CARPINO, *Del pagamento con surrogazione* cit., 65.

416 CARPINO, *Del pagamento con surrogazione* cit., 65 - 66.

417 MICCIO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario del codice civile a cura di magistrati e docenti*, libro IV tomo I, Torino, 1982, 151 - 152.

418 CARPINO, *Del pagamento con surrogazione* cit., 62.

419 CARPINO, *Del pagamento con surrogazione* cit., 65.

4. Cenni sulla surrogazione legale

L'art. 1203 c.c. enuncia le fattispecie nelle quali l'effetto surrogatorio si produce non già in virtù di un atto che promana da un soggetto (il creditore o il debitore), bensì in virtù della precisa volontà della legge. Come si è chiarito precedentemente, nelle ipotesi di cui ai precedenti artt. 1201 e 1202 c.c., è la legge a determinare l'effetto surrogatorio, ma è l'atto (non negoziale, secondo la tesi prevalente, anche per la surrogazione operata dal debitore) a rimuovere ogni ostacolo al perfezionamento della fattispecie. Le ipotesi di surrogazione per volontà della legge sono, invece, fattispecie in cui l'effetto giuridico si produce di diritto, in virtù del fatto, qui considerato solo come fatto storico al cui verificarsi si connettono gli effetti giuridici, del pagamento effettuato da un soggetto che non sia il debitore. Si ritiene, pertanto, che la surrogazione legale sia una fattispecie che opera di diritto, non essendo necessario che il *solvens* dichiari di volere beneficiare dell'effetto di legge⁴²⁰.

Preso atto che le ipotesi di surrogazione per legge provocano un effetto eccezionale di modificazione della persona del creditore, nonostante l'avvenuto adempimento (pur se concluso da chi non era il debitore), si ritiene che le fattispecie previste da tale norma, ovvero dalle altre disposizioni di legge che la prevedono (cfr. art. 1203 n. 5 c.c.), siano di stretta interpretazione. Va, altresì, sottolineato che anche la surrogazione legale è partecipe del principio per il quale si surroga il terzo che ha adempiuto un debito non proprio, quindi sarà possibile per le parti, oltre che ricorrere autonomamente ai rimedi generali del regresso o dell'azione di arricchimento, l'impiego della surrogazione per volontà del creditore, fattispecie dotata di un'indubbia flessibilità utile per coprire tutte le fattispecie, nelle quali la legge non abbia ritenuto opportuno procedere alla massima semplificazione, determinata dalla surrogazione automatica.

5. Surrogazione e garanzie

La disamina della surrogazione per pagamento, in quanto implicante la modificazione della persona del creditore, impone un'attenta riflessione anche sul piano del passaggio delle

420 MAGAZZÙ, voce "Surrogazione per pagamento" cit..

garanzie. Come si è, infatti, cercato di dimostrare durante la trattazione delle altre forme di modificazione soggettiva del rapporto obbligatorio, il passaggio o meno delle garanzie in favore (o contro) il subentrante riveste un'indubbia importanza ermeneutica e segna il confine, di natura giuridica ma anche pratica, tra la semplice modificazione del rapporto giuridico il quale permane nella sua veste oggettiva, pur se con soggetti differenti e, invece, l'estinzione del rapporto giuridico e la costituzione di uno nuovo, tipico della novazione che determina l'estinzione delle garanzie, sia reali sia personali, in mancanza di espressa manifestazione di volontà in questo senso, da parte di chi le ha prestate, come previsto dall'art. 1232 c.c., per la novazione oggettiva⁴²¹. Come è noto il consenso di chi ha prestate le garanzie le mantiene in vigore, con le caratteristiche di prelazione loro proprie, avuto riguardo anche al valore per il quale erano state prese⁴²², il che è dirimente molto spesso per colui che si accinge a rilevare la posizione giuridica dell'originaria parte del rapporto.

L'art. 1204 c.c. consta di due commi, di cui il primo, tralasciando gli effetti sulle garanzie prestate senz'altro dal debitore (per le quali il problema sul loro trasferimento non appare in dubbio), sancisce in modo espresso tutto il valore dell'assenza di carattere novativo della surrogazione, in quanto si prevede che l'effetto devolutivo tipico della stessa si mantiene anche nel caso in cui siano stati terzi, e non già il debitore, ad avere prestate le garanzie in favore del creditore originario. Il secondo comma, relativo alla sorte del pegno, conferma anche per la surrogazione, si vedrà per le medesime ragioni che contraddistinguono la cessione del credito, la regola propria di quest'ultimo istituto, facendo rinvio all'art. 1263 c. 2 c.c.. Così come accade per la cessione del credito, il credito garantito da ipoteca è regolato dall'art. 2843 c.c., che richiede l'annotazione della trasmissione del diritto reale di garanzia al subentrante.

Un primo punto fermo, che può essere confermato anche per la surrogazione per pagamento, analogamente a quanto accade per la cessione del credito, è la considerazione che non è concepibile un trasferimento delle garanzie (o ad esempio una *deductio*, analogamente a quanto accade per la servitù o per l'usufrutto), avulso rispetto al credito. Un tale contratto sarebbe immeritevole di tutela, per mancanza di causa, giacché si priverebbe la garanzia della necessaria strumentalità e accessorietà rispetto al credito e alla sua realizzazione. Nondimeno, sempre in parallelo a quanto accade per la cessione del credito, sarà impregiudicato per le parti la possibilità di prevedere l'eliminazione delle garanzie,

421 Va rimarcata l'importante eccezione costituita dall'art. 1275 c.c., in tema di sorte delle garanzie in caso di negozi aventi la funzione di circolazione del debito. La regola della generale estinzione delle garanzie, in mancanza di apposita convenzione, è dettata non tanto dalla volontà di qualificare come novative le fattispecie di subentro nell'obbligo, bensì come regola eminentemente pratica (cfr. sul punto sezione terza paragrafo 2.3).

422 MAGAZZÙ, voce *Novazione*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXVIII, Milano, 1978 reperibile, mediante le banche dati di Ateneo, sul sito <http://enciclopedia.giuffre.it>

potendosi tuttalpiù discutere se un tale interesse possa essere perseguito in via diretta, mediante apposita clausola contrattuale, accessoria alla dichiarazione di surrogazione (o al momento del pagamento, specie in caso di surrogazione legale), ovvero in via indiretta, mediante atto di rinuncia alle garanzie, emesso dal creditore subentrante, ai sensi dell'art. 1238 c.c..

Per quanto concerne le garanzie personali, è evidente che esse si trasferiscono, in quanto accessorie al credito, in favore del nuovo titolare dello stesso. Un medesimo convincimento può essere esteso, secondo talune interpretazioni, anche al contratto autonomo di garanzia, in quanto anch'esso, pur non essendo contraddistinto dalla caratteristica accessorietà rispetto al credito, tipico della fideiussione, è tuttavia innegabilmente stipulato in virtù dell'esposizione debitoria di un terzo⁴²³: almeno dal punto di vista economico il contratto autonomo trova giustificazione per la realizzazione di un'operazione di debito - credito. Un tale convincimento è stato osteggiato in modo radicale da una parte della dottrina⁴²⁴ che ha contestato l'assimilazione del contratto autonomo di garanzia, tipicamente sciolto da qualsiasi legame con qualsiasi vincolo giuridico alle garanzie personali, quali la fideiussione. Sia con riferimento alla cessione del credito, sia con riferimento alla surrogazione per pagamento, estendere quindi ad un tale negozio, e alle obbligazioni che ne derivano, le disposizioni che, invece, sono applicabili alla fideiussione (si pensi allo stesso tenore letterale dell'art. 1263 c. 1 c.c. che si esprime inequivocabilmente in termini di accessorietà per le garanzie che seguono il credito ceduto) sarebbe un non senso, che renderebbe un tale contratto meno appetibile per la pratica negoziale.

In tema di trasmissione delle garanzie personali al creditore subentrante, la giurisprudenza ha chiarito che, quanto alla fideiussione, “nel debitore del credito ceduto a scopo di garanzia non è possibile ravvisare uno di quei “terzi che hanno prestato garanzia”, ai quali si riferisce l'art. 1204 c.c.. Di conseguenza deve escludersi che nella titolarità di tale credito possa subentrare per surrogazione colui che, essendovi tenuto in forza di un distinto rapporto fideiussorio, abbia soddisfatto il credito garantito”⁴²⁵.

423 Nel senso del testo, spingendosi anche oltre la linea della natura giuridica del contratto autonomo di garanzia, cfr. Cassazione, 19 luglio 2002, n. 10555 in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2003, 589, il quale stabilisce che “il contratto autonomo di garanzia, nell'ipotesi di cessione del credito, si trasferisce automaticamente, potendo qualificarsi come accessorio dello stesso”.

424 PORTALE, *Nuovi sviluppi del contratto autonomo di garanzia*, in *Banca borsa titoli di credito*, 1985, I, 186; DELLA CORTE, *Il contratto autonomo di garanzia nella giurisprudenza di legittimità: un passo avanti e due indietro*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2003, 589 e ss.. Anche la (scarsa) giurisprudenza di merito ha aderito a questa impostazione, cfr. Pretura Roma, 4 novembre 1992 in *Giurisprudenza di merito*, 1994, 291 secondo la quale “la garanzia autonoma è liberamente cedibile, senza bisogno di espresso consenso del ceduto, tutte le volte che ciò avvenga contestualmente alla cessione del credito, purché nell'atto di cessione notificato ai debitori sia espressa la volontà di trasferire, ad uno stesso cessionario, tanto il credito principale che quello nascente dal contratto autonomo di garanzia”.

425 Cassazione, 29 gennaio 1997, n. 916 in *Corriere Giuridico*, 1997, 3, 294 e ss.. Sostanzialmente conforme anche Cassazione, 12 dicembre 2008, n. 29216 in *Corriere Giuridico*, 2009, 11, 1521 e ss. secondo la quale “in tema di surrogazione legale, il fideiussore che intenda surrogarsi al creditore garantito nei diritti vantati verso il debitore

Entrando, invece, nella vasta tematica delle garanzie con profili reali, per priorità di loro regolazione nel codice civile, si comincia l'analisi a partire dai privilegi. Tale specie di garanzia non è citata dall'art. 1204 c.c. (e la stessa rubrica della disposizione civilistica dà testimonianza di ciò), contrapponendosi con quanto previsto dall'art. 1263 c.c., il cui primo comma si occupa esplicitamente del trasferimento dei privilegi, unitamente al credito ceduto. Anzi, il tenore letterale della disposizione relativa alla surrogazione, con quel riferimento alle garanzie “prestate” (pur se dai terzi al debitore) sembra ignorare volutamente la fattispecie del privilegio. In realtà, una tale interpretazione appare oltre modo punitiva per il creditore subentrante e non rispettosa dei principi generali che implicano il trasferimento di tutta la posizione giuridica spettante al creditore originario in favore di quello subentrante. Una ragione in più per aderire a questa conclusione si fonda sulla considerazione che il primo comma dell'art. 1204 c.c., riferendosi alle garanzie prestate dal terzo, non può comprendere i privilegi, in quanto essi sono indissolubilmente legati al patrimonio del debitore, non potendo, per ovvi motivi, il legislatore imporre gravami così vincolanti su beni di terzi, in base alla causa del debito contratto.

Una specifica riflessione ulteriore deve essere svolta per quei privilegi che, in deroga alle regole generali su tale forma di garanzia che non richiedono alcun tipo di iscrizione, trascrizione o spossessamento affinché si costituisca il diritto, sono provvisti del carattere dell'inerenza al bene specificamente dedicato alla tutela del creditore. Anche in questo caso, sembra auspicabile l'applicazione estensiva delle regole generali in tema di cessione del credito garantito, in base alle quali è necessario, *mutatis mutandis*, che il creditore subentrante sia posto nella medesima situazione di fatto che legittimava il cedente al relativo privilegio, in applicazione sostanziale della norma in tema di pegno, cui i privilegi possessuali vengono notoriamente assimilati.

Il pegno è, invece, regolato con un rinvio alle norme in tema di cessione del credito, di cui all'art. 1263 c. 2 c.c., ivi compreso il trasferimento del diritto di garanzia in favore del creditore subentrante, pur rimanendo il creditore originario il custode della cosa oppignorata. Anche per la soluzione dei rapporti tra tale diritto reale di garanzia e la surrogazione può notarsi come, pur se trattasi di istituti strutturalmente distinti, quest'ultima figura giuridica e la cessione del credito abbiano indubbi profili di comunanza, specie sotto l'aspetto delle medesime conseguenze giuridiche che ne derivano. E dunque, non ci si può

subentra ai sensi dell'art. 1204 c.c. anche nelle garanzie concesse da terzi in favore del creditore originario solo a condizione che queste ultime siano accessorie e dipendenti dall'obbligazione principale adempiuta dal fideiussore. Pertanto deve escludersi l'applicazione di tale ipotesi di surrogazione legale quando, oltre che con il negozio fideiussorio, il finanziamento concesso per l'esecuzione di un appalto sia stato garantito anche mediante la cessione dei crediti vantati nei confronti del committente, non essendo il debitore ceduto (committente del debitore) qualificabile come "garante" dell'obbligazione adempiuta dal fideiussore, attesa l'autonomia tra i due contratti (la fideiussione e la cessione di credito), ancorché stipulati con il medesimo scopo di garanzia”.

meravigliare se le medesime esigenze di salvaguardia della patrimonio del debitore e di tutela del bene costituito in pegno, spingano il legislatore a dettare pure per la surrogazione una medesima disciplina. Si riconferma, in tutta la sua imperatività, la regola per la quale il pegno è un contratto *intuitus personae*, avente cioè nella persona del creditore – custode del bene vincolato a garanzia del debito, un punto di riferimento essenziale che non può essere modificato, in assenza di un'apposita espressione di volontà da parte del costituente. La soluzione fornita dal legislatore, inoltre, si imponeva per risolvere la corrispondente questione che si era posta sotto il vigore del codice civile del 1865, il cui art. 1254 non si occupava della traslazione dei diritti reali di garanzia in favore del creditore subentrante, lasciando perciò il dubbio circa l'applicazione dello statuto normativo predisposto in tema di cessione del credito. È proprio dalla Relazione al Re che il codificatore del '42 chiarisce le intenzioni della Commissione legislativa allorché si è accinta a licenziare il testo del IV libro del codice civile vigente, limitatamente alla materia *de qua*. Il paragrafo n. 567 di tale documento così si esprime: “il nuovo codice [...] applica alla surrogazione (e non soltanto a quella convenzionale) un principio tratto dalla disciplina della cessione, per fissare la situazione del pegno dato a garanzia del debito che è oggetto della surrogazione; il rinvio (art. 1204 secondo comma) alle regole del secondo comma dell'art. 1263 risolve un'importante questione che si dibatteva, specialmente con riferimento alla surrogazione legale. Si stabilisce cioè che la cosa ricevuta in pegno non possa essere consegnata al creditore surrogante senza il consenso di colui che l'ha data. L'*intuitus personae* che ha determinato la consegna del pegno al primo creditore, non può essere eliminato dalla volontà della legge (nella surrogazione legale) e, peggio ancora, dalla volontà del creditore surrogante (nella surrogazione per volere di quest'ultimo); non sempre il secondo creditore merita la stessa fiducia che ispirò il creditore originario. All'inconveniente che si opponeva, secondo cui il rifiuto del costituente a consentire il trasferimento del pegno al nuovo creditore o a un terzo avrebbe potuto impedire la surrogazione, rimedia il citato art. 1263, secondo comma: il pegno rimane nella custodia del primo creditore, qualora esista dissenso sulla persona alla quale dovrebbe trasferirsi. La persona del custode rimane immutata, per quanto da creditore si trasformi in terzo detentore del pegno”.

Per quanto concerne, l'ipoteca, invece, si conferma che la regolazione di tale istituto trova la propria *sedes materiae* non già nella norma “sostanziale” relativa alla modificazione soggettiva del rapporto obbligatorio, bensì in quella specifica del diritto di garanzia, contenuta nell'art. 2843 c.c., disposizione che si conferma essere il cardine dello statuto normativo dell'ipoteca, in caso di modificazioni della persona del creditore. Vista l'assoluta sovrapposizione delle considerazioni che si sono sviluppate in sede di cessione del credito e in sede generale (cfr. parte I paragrafo 4.3), in particolare attorno al concetto di annotazione

della modificazione soggettiva nei Registri Immobiliari, non resta che rimandare alle considerazioni che si sono già svolte in sede di cessione del credito, con particolare riferimento alla natura, costitutiva o meramente dichiarativa, dell'annotazione stessa.

QUARTA SEZIONE

LA SURROGAZIONE BERSANI

1. Inquadramento generale della norma entro il provvedimento legislativo che la contiene

È noto come la XV legislatura della Repubblica Italiana sia stata caratterizzata, dal punto di vista della legislazione ad un tempo civilistica e ad un tempo economico – sociale, dall'emanazione di due provvedimenti, che portano il nome (tuttora impiegato, nonostante le varie modifiche che sono state apportate successivamente), del principale ministro proponente: ossia le due leggi Bersani. Questi due testi legislativi hanno segnato quella che, nel linguaggio giornalistico, è stata definita come l'età delle c.d. liberalizzazioni, ossia quei tentativi, mediante i quali la classe politica ha cercato di rimuovere quelli che la stessa ha considerato come veri e propri ostacoli al rilancio economico e sociale nazionale.

Entrambi i provvedimenti sono stati posti in essere mediante ricorso allo strumento della decretazione di urgenza e, quindi, sottoposti alla richiesta di approvazione da parte delle due Camere, entro sessanta giorni, come previsto dall'art. 77 c. 3 Cost.. Una notazione, non essendo a rigore pertinente con il settore disciplinare del presente lavoro, ma nondimeno pregiudiziale per valutare appieno l'assetto della normativa, non può che essere svolta sullo strumento tecnico impiegato dal legislatore per perseguire un disegno organico di riforma di settori decisivi per lo sviluppo economico e per l'assetto sociale della collettività nazionale. Sicuramente non esente da rilievi di legittimità costituzionale è, dunque, il ricorso a uno strumento, come la decretazione di urgenza, che appare oltre modo incongruente con siffatti disegni. La dottrina costituzionale ritiene con opinione che si potrebbe definire pacifica che “il decreto – legge risponde a un'evidente esigenza di fronteggiare situazioni anomale non agevolmente affrontabili attraverso l'uso dell'iniziativa legislativa del governo e la normale (o abbreviata) procedura di formazione della legge”⁴²⁶. In sostanza, i limiti di straordinarietà e di urgenza che giustificano l'emanazione del decreto, richiesti dall'art. 77 Cost., debbono essere interpretati in modo restrittivo. Per non tacere del fatto che la migliore dottrina costituzionale⁴²⁷ è dell'avviso che il decreto legge sia strumento legislativo incompatibile con la produzione di un documento normativo eterogeneo, in quanto legato ad un'esigenza immediata e indifferibile di normazione di un'esigenza del momento. La stessa Corte costituzionale, con sentenza n. 29/1995, ha sancito come “a norma dell'art. 77 Cost., la preesistenza di una situazione di fatto comportante la necessità e l'urgenza di provvedere

426 DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale*, Padova, 2000, 216.

427 DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale* cit., 217. In tempi recentissimi con riferimento ad altro provvedimento “liberalizzatore” (ossia il c.d. decreto “cresci Italia”, d.l. 1/2012), contenente anch'esso una pluralità eterogenea di norme, difficilmente compatibili con i principi di straordinaria necessità e urgenza, una critica formale all'impiego del decreto (oltre che anche nel merito del provvedimento) si rinviene nell'editoriale di MATTEI, *Liberalizzazioni, mercati e legalità*, in *Notariato*, 2012, 5.

tramite l'utilizzazione di uno strumento eccezionale, quale il decreto-legge, costituisce un requisito di validità costituzionale dell'adozione del predetto atto, di modo che l'eventuale evidente mancanza di quel presupposto configura tanto un vizio di legittimità costituzionale del decreto-legge, in ipotesi adottato al di fuori dell'ambito delle possibilità applicative costituzionalmente previste, quanto un vizio in procedendo della stessa legge di conversione, avendo quest'ultima, nel caso ipotizzato, valutato erroneamente l'esistenza di presupposti di validità in realtà insussistenti e, quindi, convertito in legge un atto che non poteva essere legittimo oggetto di conversione"⁴²⁸. A nulla, ovviamente, potrebbe valere la difesa che fosse fondata su esigenze di tattica parlamentare, basate sui numeri risicati che la maggioranza parlamentare dell'epoca godeva in un ramo del Parlamento, e sui tempi contingentati della conversione del decreto, previsti dalla Costituzione, in quanto trattasi di considerazioni del tutto inconferenti e meta-giuridiche.

Preso, dunque, atto delle serie perplessità di legittimità costituzionale che si possono formulare in merito all'impiego dello strumento del decreto, si deve procedere alla presentazione dell'intervento riformatore.

Dal punto di vista descrittivo, tali provvedimenti rientrano in quella recente tipologia di atti normativi che prende il nome, ad un tempo giornalistico e di lessico parlamentare, di leggi *omnibus*, ossia di documenti, mediante i quali le istituzioni politiche e legislative tendono a normare un insieme eterogeneo di settori, legati solo da un'unica finalità: in questo caso si tratta della volontà di liberalizzare determinati settori economici e di stimolare la crescita economica (sempre con riferimento al linguaggio giornalistico – politico, le iniziative legislative venivano anche definite le “lenzuolate”).

Il primo di questi testi *omnibus*, il d.l. 4 luglio 2006 n. 233 convertito nella l. 4 agosto 2006 n. 248, è salito agli onori della cronaca soprattutto per la liberalizzazione controllata e parziale della vendita dei farmaci, per le disposizioni in tema di tracciabilità dei pagamenti per le alienazioni di immobili che ha inciso in modo estremamente importante l'attività quotidiana degli studi notarili, oltre che per la disposizione in tema di variazione unilaterale dei contratti di finanziamento ai sensi dell'art. 118 T.U.B..

Il secondo provvedimento, il d.l. 31 gennaio 2007 n. 7 convertito nella l. 2 aprile 2007 n. 40, è quello maggiormente centrale, ai fini della presente trattazione. Anch'esso è un documento normativo estremamente complesso, contraddistinto da una tecnica non precisa (questo con speciale riferimento proprio alle norme che si andranno ad esaminare più da vicino), avente come scopo, secondo la stessa epigrafe del provvedimento “misure urgenti per la tutela dei consumatori, la promozione della concorrenza, lo sviluppo di attività economiche, la nascita

428 Corte costituzionale, 27 gennaio 1995 n. 29 in *Rivista Amministrativa della Repubblica Italiana*, 1996, 257 e ss..

di nuove imprese, la valorizzazione dell'istruzione tecnico-professionale e la rottamazione di autoveicoli". Entro l'eterogeneità delle disposizioni presenti nel complesso normativo, tre sono le norme che vengono specialmente in rilievo ai fini della presente ricerca. Si tratta, in particolare, della procedura semplificata di cancellazione delle ipoteche, di cui all'art. 6; del divieto delle clausole che prevedono particolari prestazioni a carico del mutuatario, in caso di estinzione anticipata del finanziamento e conseguente nullità delle clausole che prevedano siffatti oneri, norma prevista dall'art. 7; infine dell'art. 8 che prevede la c.d. portabilità del mutuo.

Prima di procedere nell'analisi della disposizione, si deve ricordare come essa debba contemperare due diverse esigenze: da un lato la tutela del mutuatario, dall'altro, e forse è proprio questo l'obiettivo principale che il legislatore ha inteso coltivare con la norma, garantire e stimolare la concorrenza tra istituti bancari.

È bene ricordare che tali norme, rientranti nella legislazione liberalizzatrice del 2007, sono state novellate a seguito dell'emanazione del d.lgs. 13 agosto 2010 n. 141, il cui art. 4 c. 2, in particolare, ha espunto l'art. 8 d.l. 7/2007 da tale *sedes materiae*, per inserirla direttamente, per motivi di coerenza con l'oggetto della disciplina, nel testo unico bancario (d.lgs. 1 settembre 1993 n. 385), confezionando, all'uopo, un nuovo art. 120 *quater*.

2. La c.d. portabilità del mutuo

La complessità delle disposizioni legislative contenute nella nuova normativa si conferma fin a partire dall'espressione linguistica contenuta nella rubrica della norma. L'art. 8 l. 40/2007 parlava esplicitamente di "portabilità del mutuo; surrogazione", mentre, in modo più abbottonato, capovolgendo l'espressione linguistica anteriore, l'art. 120 *quater* T.U.B., tuttora in vigore, presenta le disposizioni successive sotto il titolo di "Surrogazione nei contratti di finanziamento. Portabilità".

Il civilista, abituato a catalogare gli istituti giuridici nella coerenza degli stessi rispetto al sistema istituzionale del diritto privato, ricavabili dal codice civile e dall'elaborazione della dottrina e della giurisprudenza, innanzi all'espressione giuridica "portabilità" non può che pensare d'istinto alla distinzione, tipica del diritto delle obbligazioni in generale e, più specificamente, dell'adempimento delle obbligazioni, che distingue tra i debiti *portables* e i

debiti *querables*⁴²⁹. La chiave della distinzione è offerta dall'art. 1182 c.c., in tema di luogo dell'adempimento, disposizione che, nell'assenza di specifiche pattuizioni delle parti circa le modalità dell'esecuzione della prestazione dovuta dal debitore, dispone una serie di criteri, tra cui il principio generale che le obbligazioni aventi come oggetto la prestazione di una somma di denaro debbono essere adempiute nel domicilio del creditore (fatta eccezione, in virtù del generale *favor* per le Pubbliche Amministrazioni, per i debiti pecuniari delle stesse che molto spesso le leggi di contabilità pubblica, statale e degli enti territoriali, prevedono che il pagamento si perfezioni negli uffici pubblici, rendendo, pertanto, *querable* un'obbligazione, per natura *portable*), in questo senso il riferimento alla portabilità si riferisce esattamente al fatto che è il debitore a dovere appunto “portare” la somma di denaro presso il creditore; al contrario, invece, di quanto accade nel caso in cui il contenuto dell'obbligazione fosse differente e il luogo dell'adempimento andrebbe individuato nel domicilio del debitore, al tempo della scadenza del debito.

Anche il riferimento alla portabilità di un contratto, come quello di mutuo, appare assolutamente discutibile. Il concetto, a dire il vero metagiuridico, di portabilità di un contratto evoca quello di trasferimento del contratto e, dunque, quello di cessione del contratto, di cui agli artt. 1406 e ss. c.c.. Orbene, se astrattamente un contratto di mutuo può essere ceduto, almeno fino a quando ci sia la bilateralità delle prestazioni da eseguirsi (nel caso, infatti, in cui tale bilateralità venga meno e permanga soltanto un rapporto di credito di una delle parti verso l'altro, si avrebbe la diversa fattispecie della cessione del credito⁴³⁰), nessun elemento strutturale della fattispecie regolata dal d.l. 7/2007 e poi dall'art. 120 *quater* T.U.B. lascia supporre che di una fattispecie traslativa si tratti. È ben vero che il tenore letterale del terzo comma della predetta disposizione della legge bancaria, nel riferire che

429 In una prospettiva comparatistica e con riferimento alle vicende che, nel codice civile tedesco hanno condotto al recepimento del principio della portabilità dell'obbligazione pecuniaria e, a seguito dell'influenza che il B.G.B. ha avuto nei confronti del codice civile italiano del 1942 che ha abbandonato la precedente adesione al principio di derivazione francese dell'obbligazione pecuniaria *querable*, in omaggio al ben noto principio del *favor debitoris*, si rinvia alla voce enciclopedica di INZITARI, voce *Interessi*, in *Digesto delle discipline privatistiche – Sezione civile*, Torino, 1993, voce reperita, mediante le Banche dati di Ateneo, nella banca dati *De Agostini Professionale*.

430 In questo senso cfr. BIANCA, *Diritto civile 3 Il contratto*, Milano, 2000, 727. Nel medesimo senso anche se con riferimento alla natura dei contratti che sono suscettibili di cessione cfr. Relazione al codice civile n. 641, il cui primo capoverso sancisce che “può essere ceduto soltanto un contratto con prestazioni corrispettive (art. 1406), in quanto solo rispetto a questo contratto si può avere il trasferimento di un complesso unitario costituito da diritti ed obblighi della parte cedente; nei contratti unilaterali si può trasmettere solamente la posizione di creditore o quella di debitore”. Per quanto concerne la giurisprudenza in questo senso cfr. Cassazione, 22 gennaio 2010 n. 1204 in *Obbligazioni e Contratti*, 2010, 5, 385 ad avviso della quale “poiché, ai sensi dell'art. 1406 c.c., oggetto della cessione del contratto è la trasmissione del complesso unitario delle situazioni giuridiche attive e passive che derivano per ciascuna delle parti dalla conclusione del contratto, ai fini della sua configurazione occorre che le relative prestazioni non siano state interamente eseguite, giacché, in tal caso, non è possibile la successione di un soggetto ad un altro nel medesimo rapporto che caratterizza la cessione del contratto. Ne consegue che, nell'ipotesi in cui sia stata già eseguita alcuna delle prestazioni incombenenti alle parti, potrebbe semmai verificarsi la cessione del credito o del diritto alla controprestazione ovvero l'accollo del debito maturato in ordine alla prestazione già eseguita dall'altra parte e non invece la cessione del contratto”.

“la surrogazione [...] comporta il trasferimento del contratto” lascia qualche perplessità, ma dalla lettera complessiva della norma non si può che dedurre come la surrogazione Bersani, analogamente alla surrogazione di diritto comune e, più in generale, a tutti gli istituti che presiedono al subentro di un terzo nel rapporto obbligatorio in essere, sia pertinente solo alla modificazione del lato attivo dell'obbligazione. La dottrina, infatti, non pare avere dubbi nel ritenere che il concetto di trasferimento del contratto dovrebbe indicare, in forma atecnica, esclusivamente la sostituzione personale del nuovo mutuante al mutuante originario⁴³¹.

È perciò evidente come la rubrica dell'art. 8 d.l. 7/2007 e quella dello stesso art. 120 *quater* T.U.B. debbano essere separate dal significato usuale che viene ricondotto alla nozione di portabilità. L'espressione, da considerarsi necessariamente atecnica, ha il più limitato e descrittivo scopo di rendere noto alla collettività che un determinato credito, e soprattutto le garanzie ad esso afferenti, possono circolare ed essere “portate” verso la nuova banca, pur con le modificazioni del contratto costitutivo dello stesso. Con tale espressione, il legislatore intende rappresentare il tipico effetto devolutivo, proprio della surrogazione per pagamento che, come si è osservato nella precedente sezione, determina, a favore del terzo adempiente, il subentro nel medesimo credito che viene, dunque, portato al nuovo creditore. Espressioni così imprecise, per quanto criticabili sotto il profilo della correttezza formale e sotto il piano di una buona tecnica di legislazione che sia coerente con l'impianto sistematico del diritto privato, da sempre particolarmente attento al rispetto del lessico tecnico appropriato, sono frequentissimamente impiegate nella legislazione liberalizzatrice, si pensi, solo per fare il più banale degli esempi, alla c.d. portabilità del credito telefonico, in caso di cambio dell'operatore di telefonia mobile⁴³².

A ben vedere, inoltre, solo un accessorio del credito, oggetto della surrogazione, è quello che, nell'ottica delle parti che concludono l'operazione negoziale, deve essere trasferito a favore dell'istituto bancario subentrante e si tratta, per unanime individuazione della dottrina che ha commentato la novella del 2007, della garanzia reale, ossia, fondamentalmente, dell'ipoteca. Ragion per cui, più che di “portabilità del mutuo” pare maggiormente coerente con il vero assetto giuridico ed economico degli interessi perseguiti dalle parti, parlare di “portabilità dell'ipoteca”⁴³³.

431 TESTA, *Le conseguenze del d.lgs. 141/2010 sui contratti di mutuo e sulle procedure di cancellazione delle ipoteche*, in *Immobili e proprietà*, 2010, 153 e ss..

432 Esplicativa è la sentenza del Consiglio di Stato, 7 maggio 2009, n. 2839 reperibile, mediante le Banche Dati di Ateneo, nella banca dati *De Agostini Professionale*, secondo cui “si deve ritenere che le potenziali conflittualità in cui l'operatore “accipiens” potrebbe essere coinvolto in sede di quantificazione del credito telefonico residuo, collocandosi nella patologia applicativa di ogni istituto giuridico, non possa comunque inficiare l'operatività dell'istituto della “portabilità” così come previsto dalla l. n. 40/2007, il quale trova sostegno in esigenze di tutela del consumatore e della concorrenza nel mercato di riferimento, cui va assegnato valore preminente”.

433 In questo senso cfr. FAUSTI, *Mutui e clausole vessatorie*, in *Notariato*, 2007, 527; CEOLIN, *La c.d. portabilità dei mutui e la cancellazione semplificata delle ipoteche nel decreto Bersani bis*, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*,

3. La situazione anteriore alla novella del 2007

La prassi negoziale, come più volte sottolineato in precedenza, aveva pressoché ignorato la surrogazione per volontà del debitore, e prova fedele di ciò è la scarsità della giurisprudenza che, in tema di surrogazione per pagamento, ha trattato in modo più diffuso solo talune fattispecie di surrogazione legale. Le difficoltà connesse al complesso meccanismo della surrogazione per volontà del debitore si sono intrecciate con una certa prassi bancaria che, in spregio alla concorrenza tra istituti, scoraggiava fortemente la contrazione di mutui sostitutivi del proprio, includendo nel contratto di finanziamento specifiche clausole, mediante le quali si impediva, ovvero si dissuadeva mediante l'applicazione di penali sostanziose, la conclusione di mutui con terzi istituti, al fine del perfezionamento della fattispecie, di cui all'art. 1202 c.c. (pratica su cui il decreto Bersani è opportunamente intervenuto, trattandosi di una clausola senz'altro di difficile compatibilità da un lato con le norme a tutela del debitore e dall'altro con un regime di concorrenza e di mercato).

Rimanevano certamente, come rimangono tuttora, in applicazione dei principi generali dell'ordinamento, talune scappatoie che consentono, almeno astrattamente, di giungere a risultati molto simili, dal punto di vista economico, a quelli raggiungibili mediante la surrogazione Bersani (si tratta della c.d. rinegoziazione in senso economico del mutuo⁴³⁴).

Il primo esempio è costituito dall'estinzione del mutuo anteriore e dalla costituzione di un nuovo finanziamento con altro istituto bancario. Il meccanismo, come evidente, ricorda molto d'appresso quello della surrogazione per volontà del debitore, tuttavia non si ricorre alle complesse procedure ternarie che essa richiede (intervento debitore, creditore originario e contrazione precedente del mutuo con il creditore subentrante). Una tale operazione, astrattamente ineccepibile, ha in sé taluni inconvenienti di non poco conto che ne impediscono un ricorso massiccio alla stessa. Sinteticamente si tratta dei seguenti: anteriormente alla legge Bersani *bis* era, come si è già notato, fortemente disincentivata l'estinzione anticipata del debito bancario, mediante applicazione di forti penali o con l'apposizione di divieti negoziali espressi; inoltre un problema, tuttora presente e grave, si ha nel caso in cui, e si badi che la prassi negoziale non è scevra da queste evenienze, il

2008, 265.

434 FAUSTI, *Mutui e clausole vessatorie* cit., 533.

debitore abbia già provveduto a iscriverne un'ipoteca con un ulteriore soggetto di grado intermedio rispetto a quella del creditore originario e a quella del nuovo mutuante: in questo caso non si potrebbero pregiudicare i diritti del creditore di grado intermedio (nel proseguo del presente lavoro si approfondirà la questione per la surrogazione Bersani). L'ipotesi che potrebbe veramente verificarsi è che, a causa dei ritardi con cui le Conservatorie dei Registri Immobiliari, specie quelle delle grandi città, sbrigano le pratiche di annotazione dell'ipoteca, potrebbero insinuarsi, magari in modo non del tutto casuale, terzi con diversi gravami ovvero che sopraggiunga una sentenza di fallimento del debitore, con ciò vanificando l'efficacia della surrogazione.

Il secondo possibile strumento giuridico impiegabile è quello della novazione del titolo del debito, ma un tale rimedio è soggetto al limite di cui all'art. 1232 c.c. che stabilisce, quale principio generale, la decadenza dalle garanzie, in mancanza dell'accordo tra le parti per il loro mantenimento, ovvero del terzo garante.

Una terza via di uscita, sicuramente alternativa, è quella della rinegoziazione da parte della stessa banca, mutuante originaria, con il cliente. Un tale contratto rientra certamente nel genere degli accordi tesi a regolare il rapporto giuridico patrimoniale in essere tra le parti, di cui fa espresso cenno l'art. 1321 c.c. e, anzi, scopo, almeno indiretto della legge Bersani, è proprio quello di incentivare siffatti accordi: la banca originaria, al fine di non perdere il proprio cliente (il quale, sia detto per inciso, molto frequentemente ha in corso con l'istituto di credito anche altri rapporti, si pensi al conto corrente ovvero a qualche contratto di investimento del risparmio), potrebbe addivenire a negozi integrativi e modificativi del precedente mutuo, migliorando le condizioni del finanziamento, diminuendo ad esempio il tasso di interesse, ovvero spalmando il periodo di ammortamento in più anni o ancora, calendarizzando in modo più confacente alle esigenze del mutuatario le rate per la restituzione della somma. Il vantaggio non marginale di tale operazione consiste nel mantenimento dell'originaria iscrizione ipotecaria, nella carenza di un onere formale solenne (con conseguente risparmio degli oneri notarili), in quanto per legge il contratto di mutuo è esente da qualunque formalità e, quindi, anche se lo stesso fosse stato concluso in via originaria con una forma rafforzata (tipicamente l'atto pubblico), nulla si opporrebbe alla conclusione di accordi rivestiti della sola forma scritta (prescritta dall'art. 117 c. 1 T.U.B. per i contratti bancari). Va, infatti, ricordato come l'orientamento giurisprudenziale prevalente è dell'avviso che il negozio modificativo di un precedente accordo (si pensi all'ipotesi più frequente dello scioglimento volontario del contratto, il c.d. mutuo consenso, di cui all'art. 1372 c.c.) debba rivestire la forma del contratto cui afferisce, solo nel caso in

cui quest'ultimo fosse, per legge, vincolato a una forma specifica⁴³⁵. L'inconveniente principale a tale soluzione consiste nella ricerca di un accordo con la banca mutuante, che è perfettamente libera di non accettarlo e che, anzi, potrebbe considerare, in concreto, non conveniente addivenire alla conclusione di condizioni meno favorevoli, ritenendo peraltro preferibile, dal proprio punto di vista, anche la stessa perdita del cliente, considerato magari poco solvibile o non più desiderato dall'istituto di credito.

Giunto, pertanto, il potere esecutivo, in sede di decretazione di urgenza, e quello legislativo, in sede di conversione, a prendere in considerazione l'idea di rendere più appetibile lo strumento della surrogazione per volontà del debitore, due strade si aprivano: la prima avrebbe potuto essere quella di procedere a una rivisitazione completa della disciplina della surrogazione per volontà del debitore, attraverso una riforma dell'art. 1202 c.c., ovvero, secondo una tecnica ben nota, inauguratasi, in particolare, alla fine degli anni Ottanta, di dettare una disciplina speciale, ossia norme con limitato grado di generalità e astrattezza, caratterizzate da una delimitazione dei soggetti cui si rivolgono o dei fatti cui si riferiscono, sottraendoli all'applicazione del diritto generale⁴³⁶.

L'adesione alla seconda opzione, meno impegnativa e già rodada, non è stata, a dire il vero, completa ed è decisamente controvertibile e non ha dato vita a un risultato del tutto soddisfacente, in quanto si noterà, trattando dei requisiti applicativi del decreto, come siano rimasti sul tappeto, anche all'indomani degli interventi del novellatore del 2010, gli stessi interrogativi e le stesse incertezze che rendevano (e rendono) problematico l'impiego generalizzato dell'istituto *ex art. 1202 c.c.*

Prima di addivenire alla trattazione di tali aspetti che rappresentano, per così dire la sostanza dell'istituto, appare necessario procedere ad un'analisi critica degli aspetti pregiudiziali – formali di applicazione del nuovo istituto.

Si diceva, precedentemente, che la surrogazione Bersani è istituto di diritto speciale. Dal punto di vista squisitamente metodologico, come sempre avviene per tale tipologia di normazione (si pensi, a tacer d'altro, di tutte le trattazioni in tema di diritto consumeristico), dei requisiti soggettivi di applicazione della norma e, quindi, di quelli oggettivi. Già dall'analisi di questi requisiti ne uscirà rafforzata l'impressione di estemporaneità (e di poca cura tecnica) del dettato legislativo e delle grandi problematiche che, in sede applicativa, caratterizzano tale istituto.

435 Cassazione, 14 aprile 2011, n. 8504 in *Banca Dati De Agostini Professionale*, reperibile mediante le Banche Dati di Ateneo, secondo cui “lo scioglimento per mutuo consenso di un contratto di trasferimento della proprietà immobiliare, per il quale la legge richiede la forma scritta a pena di nullità, deve anch'esso risultare da atto scritto”.

436 GALGANO, *Istituzioni di diritto privato*, Padova, 2010, 8.

4. Requisiti soggettivi di applicazione della norma prima del d.l. 70/2011

L'art. 8 l. 40/2007, come anche, più in generale, l'intero d.l. 7/2007, sono alquanto laconici con riferimento ai requisiti soggettivi di applicazione dell'articolato. Le ragioni sono evidenti: si tratta di una congerie di norme eterogenee che difficilmente avrebbero potuto essere ridotta entro una definizione unica.

Si deve, pertanto, procedere all'analisi del dato letterale formale della legge, per poi passare a una disamina puntuale dell'articolato.

La questione che pare essere meno problematica è quella relativa alla parte che può subire la surrogazione ovvero, per utilizzare un'espressione neutra, giacché, come si noterà successivamente, è dubbio che l'istituto normato dall'art. 8 sia una vera e propria surrogazione, la portabilità del mutuo.

L'art. 8 d.l. 7/2007, nella versione originaria, anteriore alla legge di conversione, faceva riferimento esclusivamente alle operazioni finanziari che potevano essere oggetto di surrogazione per volontà del debitore, nonostante l'inesigibilità del credito o la pattuizione di un termine a favore del creditore. Un tale riferimento avrebbe potuto spingere alcuni a ritenere, pertanto, possibile che lo spettro applicativo della disciplina quanto al lato soggettivo del mutuante fosse esteso a qualunque soggetto capace di agire. Epperò un tale dubbio non avrebbe neanche potuto serpeggiare, in quanto siffatti contratti rientrano di pieno diritto nell'ampia nozione di “attività bancaria”⁴³⁷, ossia la raccolta di risparmio tra il pubblico e, in particolare ai fini del presente lavoro, l'esercizio del credito che l'art. 10 T.U.B. riserva in via esclusiva alle banche, ossia a quelle società soggette alla vigilanza della Banca d'Italia, ente che rilascia la stessa autorizzazione preventiva all'esercizio dell'impresa (art. 14 T.U.B.): si tratta insomma di quelle attività che vengono definite dal codice civile come “attività riservate” (cfr. artt. 2329 n. 3 e 2447 *bis* c. 2 c.c.). Lo stesso riferimento a taluni contratti che il codice civile qualifica come contratti bancari (si pensi all'apertura di credito, di cui agli artt. 1842 e ss. c.c.) è un indice chiaro, oltre al ripetuto utilizzo all'aggettivo “bancario”, che solo la banca può essere il soggetto che, concluso il contratto di finanziamento, può essere soggetto al subentro di altro istituto di credito, mediante la surrogazione prevista dalla legge.

Il Parlamento, in sede di conversione del decreto, ha inteso ulteriormente specificare che deve trattarsi di contratti conclusi “da parte di intermediari bancari e finanziari”, espressione

⁴³⁷ Sulle nozioni di attività bancaria, raccolta del risparmio tra il pubblico ed esercizio del credito si rinvia a COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna, 2001, 179 e ss..

questa confermata dall'art. 120 *quater* T.U.B..

Essendo ciò un dato di diritto acquisito, la nozione che crea maggiori problemi è quella del soggetto che conclude con l'operatore bancario o finanziario i contratti di finanziamento cui accede la surrogazione Bersani *bis*. In questo caso, il tenore letterale della norma, fino alle specificazioni di cui al d.l. 70/2011, non offriva strumenti per interpretare al meglio il campo di applicazione soggettivo per così dire "attivo". Si parla in modo anodino di "debitore". Tale scelta legislativa è stata confermata sia nel decreto sia nella legge di conversione nonché nell'art. 120 *quater*. Due erano perciò le opzioni che si paravano davanti all'interprete: da un lato ritenere che la norma fosse applicabile a qualunque debitore, a prescindere dalle proprie qualità soggettive e a prescindere dallo scopo con il quale si era concluso il contratto di finanziamento; dall'altro ritenere che la tutela fosse accessibile soltanto ai consumatori, ossia alle persone fisiche che agiscono "per scopi estranei all'attività imprenditoriale commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta" (art. 3 lett.a codice del consumo). Taluni indici normativi lasciavano aperte alcune opzioni in favore della tesi restrittiva. Si pensi alla rubrica del provvedimento normativo ("Misure urgenti per la tutela dei consumatori, la promozione della concorrenza, lo sviluppo di attività economiche, la nascita di nuove imprese, la valorizzazione dell'istruzione tecnico-professionale e la rottamazione di autoveicoli", confermato dalla rubrica del capo I, entro cui rientra l'art. 8 del decreto, "Misure urgenti per la tutela dei consumatori"⁴³⁸) e al tenore dell'articolato complessivo della norma, tutti indici da cui pareva ricavabile un orientamento in favore della tesi della specialità del diritto, rientrando l'atto di contrazione del contratto di finanziamento concluso con intermediario bancario entro la categoria generale dell' "atto di consumo", così che la disposizione in commento potesse fare parte dell'estesissimo sistema del diritto del consumatore.

Vari dubbi si ponevano circa la bontà di questa riconduzione. Essi si basavano sull'inserimento della disposizione in commento, nel 2010, in una *sedes materiae* diversa da quella del codice del consumo, in cui, se intenzione del legislatore fosse stata quella di normare fattispecie consumeristiche, l'art. 8 d.l. 7/2007 avrebbe potuto comodamente confluire, ad esempio nel titolo IV del d.lgs. 6 settembre 2005 n. 206, cioè nelle "*disposizioni relative a singoli contratti*". Il legislatore del 2010, per motivi di indubbia attinenza con quanto è regolato nella legge bancaria, ha, invece, preferito non condividere questa impostazione metodologica e ha preferito che fosse un'altra la *sedes materiae*, in cui

438 Va sottolineato che l'art. 8 del decreto era, nella versione originaria, inserito del capo II, intitolato "*Misure urgenti per lo sviluppo imprenditoriale e la promozione della concorrenza*". Inutile sottolineare come la conferma di questa soluzione, poi espunta in sede di definizione del testo normativo, nel senso indicato nel testo, avrebbe avuto conseguenze interpretative decisive che, peraltro, stante la laconicità del dettato, pare non da scartare a priori (cfr. FAUSTI, *Mutui e clausole vessatorie* cit., 534).

prevedere il nuovo istituto. Ecco, quindi, che una soluzione che avrebbe fugato in radice ogni dubbio circa l'ambito soggettivo di applicazione della norma viene ad essere scortata e così all'interprete restano dubbi analoghi a quelli del 2007, all'indomani dell'entrata in vigore della legge. A rinfocolare i dubbi si poneva anche la considerazione che il d.lgs. 141/2010, che ha ricollocato la surrogazione Bersani entro la legge bancaria, è attuazione della delega al Governo rilasciata dalle Camere attraverso la l. 88/2009 e reca quale significativa rubrica la seguente dizione “*attuazione della direttiva 2008/48/CE relativa ai contratti di credito ai consumatori, nonché modifiche del titolo VI del testo unico bancario in merito alla disciplina dei soggetti operanti nel settore finanziario, degli agenti in attività finanziaria e dei mediatori creditizi*”.

Ad ulteriore affermazione della grande incertezza, figlia di una consolidata tecnica legislativa di rara sciatteria, si deve rimarcare come le incertezze sull'ambito applicativo della normativa in tema di surrogazione non siano certo uniche nell'ordinamento giuridico. Esiste, infatti, e trattasi di una legge assolutamente rilevante per l'economia italiana, relativa all'importante settore immobiliare, un esempio normativo in cui è complesso comprendere l'ambito soggettivo di applicazione della stessa, benché trattasi di legge che presenta un abbozzo di definizione dei protagonisti dell'operazione negoziale regolata. Ci si riferisce alla l. 20 giugno 2005 n. 122 recante “*Disposizioni per la tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire, a norma della legge 2 agosto 2004, n. 210*”. In questo caso è la nozione di acquirente, ovvero il destinatario della tutela normativa, ad avere destato dubbi interpretativi in dottrina. Fino al d.l. 70/2011, non appariva perciò così lontano dal vero impiegare, ai fini dell'interpretazione della nozione di debitore di cui all'art. 120 *quater* T.U.B., le considerazioni svolte in dottrina, relativamente alla l. 122/2005 (c.d. decreto T.A.I.C.⁴³⁹). L'art. 1 lett. a) di tale provvedimento, infatti, dispone che acquirente è la “*persona fisica che abbia stipulato contratti preliminari od ogni altro tipo di contratto, comunque teso all'acquisto o al trasferimento non immediato, per sé o per parente in primo grado, della proprietà o di altro diritto reale di godimento su un immobile ancora in fase di costruzione o colui che, ancorché non socio, ha assunto obbligazioni con una cooperativa edilizia al fine del trasferimento (o assegnazione) da parte della medesima cooperativa della proprietà o di altro diritto reale di godimento su bene immobile da costruire*”.

La mancata specificazione della “*persona fisica*” ha spinto la dottrina che ha commentato la novella a dividersi entro due interpretazioni. Una prima può essere definita come la tesi letterale. Secondo i fautori di questo orientamento, la novella, in controtendenza rispetto alla normativa sul consumatore, non prevederebbe che l'operatività del decreto sia limitata ai

439 L'acronimo T.A.I.C. indica l'oggetto della disciplina della novella del 2005 e cioè la tutela degli acquirenti degli immobili da costruire.

soli acquirenti “consumatori”. Inoltre, lo stesso riferimento al contratto di *leasing* presente proprio nella definizione normativa di acquirente, tipico contratto concluso tra imprenditori, farebbe ritenere che siano ricompresi nel decreto anche gli acquirenti che, per quanto persone fisiche, siano anche imprenditori (individuali) e, cosa ancora più importante, agiscano nell’esercizio della loro attività di impresa. Siffatta tesi è sostenuta da autorevole dottrina che ulteriormente prosegue nell’articolare siffatta posizione sostenendo che “non è il primo caso di tutela che prescinde dalla qualità di consumatore. Basta pensare al cliente delle banche, alla subfornitura, ai termini di pagamento nelle transazioni commerciali. Senza contare che, nel nostro caso, c’è una diversità sistematica rispetto alla legislazione consumeristica che ha di mira asimmetrie informative e squilibri di natura economica, mentre nella nostra legge la tecnica è diversa perché sono diversi gli interessi da tutelare. Non ha rilievo la predisposizione del contenuto o la carenza di informazioni. L’acquisto non è un atto di consumo, ma la tutela è accordata in considerazione della intrinseca rischiosità dell’operazione”⁴⁴⁰.

Una seconda interpretazione viene definita restrittiva/teleologica. Secondo questa tesi, la normativa T.A.I.C. dovrebbe essere ricondotta a quell’insieme di interventi legislativi, predisposti al fine di tutelare soggetti deboli (c.d. consumatori), sviluppatasi dagli anni '90 in poi, specie sotto l’impulso della normativa comunitaria. Ad avviso dei sostenitori di tale ipotesi ricostruttiva, la normativa in questione si applica esclusivamente ai “consumatori”, in quanto l’intero impianto legislativo si inserisce nel solco della normativa a favore di soggetti posti in posizione di subalternità, economica e giuridica, rispetto all’altro protagonista della vicenda contrattuale. La normativa sugli immobili da costruire tende, inoltre, ad equilibrare le c.d. *asimmetrie contrattuali*, asimmetrie che non possono non essere ricondotte a quel concetto, ormai acquisito nell’ordinamento giuridico italiano di soggezione economica e giuridica di un contraente rispetto all’altro. Ragion per cui, quando queste asimmetrie mancano, come accade nel caso in cui ad acquistare sia un imprenditore individuale, soggetto sottoposto al rischio di impresa, esattamente come il venditore, non ci sono ragioni per derogare ai principi generali di autonomia contrattuale e di libertà dell’attività economica. A sostegno della tesi illustrata, si sottolinea, inoltre, che “le finalità generali che caratterizzano l’intervento normativo, i frequenti riferimenti nella legge sia (come possibili destinatari dell’acquisto) ai parenti o affini dell’acquirente sia alla destinazione abitativa dell’immobile oggetto dell’acquisto e un’esigenza di coerenza intrinseca del sistema, fanno apparire [...] maggiormente corretta [...] un’interpretazione che circoscriva le tutele legali agli acquisti immobiliari finalizzati all’investimento del

440 VETTORI, *La tutela dell’acquirente di immobili da costruire: soggetti, oggetto, atti*, in *Obbligazioni e contratti*, 2006, 105.

risparmio della famiglia”⁴⁴¹.

Un tale percorso interpretativo, con la medesima biforcazione di tesi che era stata sviluppata per il decreto T.A.I.C., si può, come si è precedentemente evidenziato, riproporre per la normativa in commento.

Anche per la normativa Bersani, sempre fino al d.l. 70/2011, in tema di surrogazione del contratto di finanziamento, è stata sostenuta una tesi letterale che, preso atto della mancanza di decisivi elementi, nel testo normativo che lascino supporre una specifica applicazione della stessa solo a speciali categorie di operatori economici, ritiene che qualunque soggetto di diritto che possa acquisire obbligazioni dal lato passivo sia possibile destinatario della norma⁴⁴². Irrilevante, dunque, sarebbe il tenore letterale della rubrica del capo I della l. 40, in quanto, come noto, la rubrica non ha alcun significato normativo e, se si pone in contrasto con la lettera del provvedimento, per la quale non si può che fare applicazione del principio generale ermeneutico *in claris non fit interpretatio* (art. 12 preleggi, secondo cui “nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse”) di cui funge da epigrafe, non può che prevalere quest'ultima. Una tale opinione pareva ulteriormente rafforzata dall'inserimento della norma entro l'ampia cornice del T.U.B. nel titolo VI (denominato “*Trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti*”) capo I (denominato “*Operazioni e servizi bancari e finanziari*”), contesti normativi nei quali il riferimento al diritto consumeristico appare alquanto labile, trattandosi di norme che governano l'attività contrattuale delle banche, qualunque sia il cliente che ne richiede la fruizione. Va anche sottolineato come la stessa tesi dottrinale opposta, restrittiva, destava perplessità, in mancanza di un'espressa presa di posizione da parte del legislatore, innanzi a certe irrazionalità cui condurrebbe la tesi “consumeristica”, in quanto le esigenze alla base della flessibilità del debito bancario ipotecario sono senz'altro comuni anche gli imprenditori⁴⁴³.

Analogamente, è stata sostenuta una tesi più restrittiva che ha inteso esaltare quella stessa volontà del legislatore che emergeva *expressis verbis* dalla rubrica del titolo I del d.l. 7/2007⁴⁴⁴.

Ancora, un problema particolare, che aggraverebbe il conflitto latente tra le due opposte tesi, si presenta nel caso in cui debitore, ai sensi dell'art. 120 *quater* T.U.B., fosse un ente collettivo del primo libro del codice civile (associazioni, fondazioni, comitati). Si faccia il seguente esempio. L'associazione Alfa (poco importa se riconosciuta o meno, dovendosi

441 LUMINOSO, *L'acquisto di immobili da costruire e i presupposti delle nuove tutele legali*, in *Tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire*, a cura di LOBUONO – LOPS - MACARIO, Milano, 2008, 7.

442 CEOLIN, *La c.d. portabilità dei mutui e la cancellazione semplificata delle ipoteche nel decreto Bersani bis*, 269.

443 FAUSTI, *Mutui e clausole vessatorie*, *ibidem*.

444 FAUSTI, *Mutui e clausole vessatorie* cit., *ibidem*.

riconoscere ad entrambe la soggettività di diritto⁴⁴⁵), il cui scopo ideale⁴⁴⁶ è quello di fornire assistenza ai poveri di un determinato comune, conclude con la Banca Beta S.p.A. un mutuo ipotecario su un immobile, di cui la stessa associazione è proprietaria, avente per finalità quella di finanziare un progetto di casa per accoglienza dei senza – tetto nel periodo invernale. Ritenendo l'organo amministrativo dell'ente, scarsamente convenienti le condizioni economiche del mutuo, lo stesso, in nome e per conto dell'associazione Alfa, conclude trattative con la Banca Gamma S.p.A. per perfezionare la surrogazione, ai sensi dell'art. 120 *quater* T.U.B.. La domanda che ci si deve porre è questa: può tale ente fruire dei benefici, economici e giuridici, di tale disciplina? È evidente che, in virtù di un giudizio meta – giuridico, basato sull'importanza sociale dell'operazione, pochi dubbi si porrebbero: quale scopo è più nobile rispetto alla generosità verso il prossimo meno fortunato? Epperò probabilmente la chiave di volta, da reperirsi in base a considerazioni tassativamente giuridiche e non già di meritevolezza in astratto, si può trovare entro lo stesso testo normativo. Anche in questo caso, si assiste a una discrepanza tra quanto compariva nel d.l. 7/2007 rispetto a quanto previsto dall'art. 8 come risultante dalla legge di conversione e, quindi, nell'art. 120 *quater* T.U.B.. In questo caso è una norma con finalità tributarie a fornire preziosi spunti ricostruttivi. Nell'art. 8 c. 4 d.l. 7, infatti, si disponeva che “la surrogazione per volontà del debitore di cui al presente articolo non comporta il venir meno dei benefici fiscali previsti per l'acquisto della prima casa”. Il riferimento ai benefici prima casa, peraltro considerato dalla dottrina giuridicamente erroneo, in quanto siffatti benefici vengono concessi per il contratto di vendita e non già per quello di mutuo necessario per finanziarne l'acquisto⁴⁴⁷, era un ulteriore indice normativo in base al quale opinare che la tipica operazione che il legislatore aveva in mente era senz'altro quella mediante la quale privati, comuni risparmiatori, impiegano proprie sostanze, totalmente o parzialmente provenienti da un mutuo, al fine dell'acquisto della casa di abitazione personale. Ebbene, tale riferimento è scomparso in sede di legge di conversione e in sede di rimaneggiamento

445 Cfr. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, vol. I, Padova, 2010, 228 e ss. e la giurisprudenza ivi citata alla nota 30. Un evidente riconoscimento a livello legislativo della soggettività delle associazioni non riconosciute è fornito dall'art. 2659 n. 1 c.c., come novellato dall'art. 1 l. 52/85, che ha previsto che, nella nota di trascrizione degli atti sottoposti a siffatta forma di pubblicità, siano indicati gli estremi identificativi dell'ente, in modo tale che la trascrizione sia operata a favore e contro l'ente stesso, non già a favore o contro tutti gli associati.

446 È ben vero che il d.p.r. 361/2000, che regola la materia insieme al codice civile, non prevede necessariamente ed espressamente che lo scopo di questi enti sia di pubblica utilità o ideale (si limita solo a stabilire che sia possibile e lecito: art. 1 c. 3), tuttavia, come anche sottolineato dalla dottrina prevalente (GALGANO, *Diritto privato*, Padova, 1999, 634) che, quanto alle associazioni, parla di “organizzazione collettiva costituita per il perseguimento di uno scopo di natura ideale o, comunque, di natura non economica”, mentre quanto alle fondazioni sottolinea che le stesse possono perseguire “una gamma di scopi [...] più ristretta di quella dell'associazione: questa può perseguire qualsiasi scopo di natura non economica, purché non vietato dalla legge penale (art. 18 Cost.); la fondazione può, invece, essere costituita solo per scopi nei quali sia riconoscibile una pubblica utilità” (GALGANO, *Diritto privato* cit., 668), lo scopo ideale connota siffatti enti in modo essenziale e ontologico, pur in assenza di espressa previsione normativa.

447 FAUSTI, *Anticipata estinzione del mutuo e portabilità dell'ipoteca (articoli 7, 8 e 8 bis della legge 2 aprile 2007 n. 40)*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2007, Supplemento al n. 5/2007, 59.

ad opera del d.lgs. 141/2010, in cui si adopera la formula neutra “la surrogazione per volontà del debitore e la rinegoziazione di cui al presente articolo non comportano il venir meno dei benefici fiscali”, a cui è stato espunto qualsiasi riferimento ai benefici “prima casa”. In questo caso è evidente che l'interpretazione che si ritiene essere maggiormente confacente alla volontà del legislatore è quella di ritenere estensibile la normativa a tutti i soggetti, a prescindere dalle loro qualità personali, a prescindere dallo scopo per il quale il finanziamento è stato concluso.

Almeno fino al d.l. 70/2011, pur se cautamente, la tesi preferibile era quella più liberale, con estensione della disciplina a qualunque soggetto, persona fisica o giuridica, nonché ente privo di personalità, pur autonomo dai singoli soggetti che ne compongono la compagine sociale, venga a concludere un qualunque contratto di finanziamento bancario.

A sostegno di questa tesi non si può evitare di sottolineare, dal punto di vista sistematico, come essa sia estranea alla logica della normativa consumeristica, sviluppatasi nell'universo giuridico europeo, a partire dagli anni Ottanta. Anzitutto, l'origine della norma: a differenza del diritto dei consumatori che ha come tratto tendenzialmente comune la fonte comunitaria, la normativa in commento è, invece, di origine esclusivamente interna⁴⁴⁸. Altro argomento decisivo per optare in favore della tesi più liberale, circa la definizione del soggetto – debitore, è la *ratio* stessa del provvedimento. Come noto, infatti, la complessa disciplina in tema di consumatore, confluita nel codice del consumo, nasce per equiparare le asimmetrie economico- giuridiche tra soggetti posti in posizioni differenti, in virtù del loro differente peso economico e capacità di contrattazione, al fine di rendere più equo il rapporto tra le diverse “classi” di operatori economici. Ben diversa è la finalità del provvedimento in commento. Esso non nasce, potendosi ricavare qualche labile argomentazione in questo senso, solo all'interno di imprecise e comunque non decisive rubriche normative (peraltro venute meno con l'inserimento in altro contesto normativo delle disposizioni), come strumento per livellare le asimmetrie tra debitore e banche, bensì come strumento legislativo di intervento nell'economia e di regolazione della stessa, al fine di garantire, nell'interesse solo mediato e indiretto degli utenti, il maggior tasso di concorrenza tra gli istituti di credito. Testimonianza di questo orientamento non può che ricavarsi dalla Relazione governativa⁴⁴⁹, mediante la quale si richiedeva l'approvazione della conversione del testo del decreto in legge. Nella trattazione per così dire generale dell'architettura e delle finalità generali dell'intero provvedimento, vi si legge certamente che esso nasce anche per assicurare

448 Nella quinta sezione del presente lavoro si noterà come il dibattito a livello comunitario, culminato con la redazione di importanti libri verdi e bianchi sul credito ipotecario nell'Unione europea, sia stato non del tutto ininfluente sull'emanazione della normativa interna.

449 Il testo della Relazione può essere consultato sul sito http://legxv.camera.it/_dati/lavori/stampati/pdf/15PDL0020460.pdf

maggiori e urgenti tutele dei consumatori (e tale obiettivo è sicuramente alla base della normativa in tema di ricariche telefoniche e più in generale per i primi 5 articoli della legge), ma anche per la “liberalizzazione delle attività economiche e di riduzione degli adempimenti amministrativi *a carico delle imprese*, legando tutti questi interventi ad una duplice e unitaria finalità. Da una parte, *combattere le pratiche anticoncorrenziali* diffuse nell'economia e nella società italiane, che sono determinate dalla difesa di interessi particolaristici ecc.”. Inoltre, più specificamente per quanto riguarda l'art. 8 del d.l. 7/2007, come convertito dalla l. 40/2007 e poi trasfuso nel nuovo art. 120 *quater* T.U.B., esso nasce, a detta dello stesso legislatore, “quale strumento per consentire al mutuatario lo sfruttamento dei benefici della concorrenza tra banche per rinegoziare i termini e le condizioni del contratto di mutuo”. Va da sé che l'ottenimento di benefici da tale virtuoso meccanismo concorrenziale accomuna sia il consumatore sia le persone giuridiche non aventi finalità di lucro ma anche (e direi soprattutto) coloro che da tale pratica possono trarre il maggiore beneficio, vista la grande frequenza con cui tali soggetti entrano in contatto con il mondo bancario, ossia gli imprenditori, sia persone fisiche, sia società, che siano di persone ma anche (nessuna norma lo vieta e, anzi, ragioni di effettiva promozione della legge lo impongono) di capitali.

In conclusione, dall'esame del testo normativo e dalla presa visione delle intenzioni espresse dal medesimo Governo, in sede di Relazione per la sollecitazione del Parlamento alla conversione in legge del provvedimento, emerge la labilità degli argomenti della tesi restrittiva: non si può, per parafrasare una locuzione oramai desueta, in quanto risalente ai termini propri dell'abrogato codice di commercio (cfr. art. 3), ma assolutamente significativa, parlare di “atto di consumo”, nel contratto di finanziamento, base della successiva portabilità. Un provvedimento nato per incentivare, almeno *in subiecta materia*, la concorrenza tra istituti bancari non può prescindere dall'applicazione dello stesso, in favore di quei soggetti che più frequentemente fanno ricorso al mercato del credito bancario per finanziare le proprie attività economiche, specie in un'economia, come quella italiana, in cui il ricorso a tale forma di assistenza finanziaria è storicamente particolarmente diffuso⁴⁵⁰. Una precisazione con l'obbligo di fare con riferimento alla rubrica del d.lgs. 141/2010 che, ad un primo esame, sembrava essere un rilevante argomento interpretativo a favore della tesi più restrittiva, così come si esprime la delega contenuta nell'art. 33 lett. c l. 88/2009 che letteralmente così recita:

“Nella predisposizione dei decreti legislativi per l'attuazione della direttiva 2008/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2008, relativa ai contratti di credito ai

450 Cfr. in questo senso COSTI, *Il mercato mobiliare*, Torino, 2000, 17 e ss..

consumatori, che provvederanno ad apportare al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, le necessarie modifiche e integrazioni, il Governo è tenuto a seguire [...] anche i seguenti principi e criteri direttivi:

omissis

c) coordinare, al fine di evitare sovrapposizioni normative, il titolo VI del testo unico di cui al decreto legislativo n. 385 del 1993 con le altre disposizioni legislative aventi a oggetto operazioni e servizi disciplinati dal medesimo titolo VI e contenute nel decreto-legge 4 luglio 2006 n. 223, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006 n. 248, nel decreto-legge 31 gennaio 2007 n. 7, convertito, con modificazioni, dalla legge 2 aprile 2007 n. 40 e nel decreto-legge 29 novembre 2008 n. 185, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 gennaio 2009 n. 2, applicando, per garantire il rispetto di queste ultime disposizioni, i meccanismi di controllo e di tutela del cliente previsti dal citato titolo VI del testo unico di cui al decreto legislativo n. 385 del 1993”.

Da ciò emerge come il decreto delegato tendesse a produrre un testo meramente compilativo, avente il fine di armonizzare e rendere maggiormente intelligibili testi normativi anteriori, senza che ciò implichi, vista la *sedes materiae* della legge delega un'adesione a una specifica tesi in merito all'applicazione soggettiva *ex latere debitoris* dell'art. 120 *quater* T.U.B..

Quanto al creditore originario, la dizione letterale del testo normativo non lascia dubbi sul fatto che debba trattarsi necessariamente di un istituto bancario, ovvero di un intermediario finanziario, ai sensi degli artt. 106 e ss. T.U.B..

Incerto è invece l'ambito di applicazione soggettiva della disposizione con riguardo alla persona del nuovo creditore, che subentra nel rapporto, in seguito alla fruizione del procedimento di portabilità delineato. Pure in questo caso il decreto – legge e la legge di conversione non brillano per chiarezza e, cosa ancor più grave, preso atto del decorso di ben tre anni dall'introduzione della norma, l'art. 120 *quater* T.U.B. è anch'esso largamente insoddisfacente nel delineare il profilo di tale soggetto, se non per la collocazione della norma all'interno della vigente legge bancaria che lascia un (ovvio) spazio per la lettura sistematica della decisione del legislatore. Tutti i testi normativi citati, infatti, definiscono laconicamente il soggetto subentrante esclusivamente come “mutuante surrogato”. L'espressione letterale impiegata dal legislatore lascia spazio a qualunque tipo di interpretazione, in particolare a quella secondo cui la norma, limitatamente al soggetto subentrante, possa essere chiunque, titolare del potere di concludere la surrogazione, di cui all'art. 120 *quater* T.U.B.. La tesi che riconduce la disposizione in questione nell'ambito del

c.d. diritto generale⁴⁵¹ è quindi dell'avviso che qualunque soggetto possa legittimamente offrire, a condizioni più favorevoli, un nuovo finanziamento, subentrando quindi nelle garanzie annesse al credito. Anche in questo caso, si è sviluppata una tesi, forse preferibile, che ritiene essere necessario contestualizzare la norma entro il sistema normativo in cui è stata calata, tendente, come già si è sottolineato in precedenza, a stimolare la concorrenza tra istituti bancari. E non v'è chi non veda come il consentire a chiunque di rilevare il mutuo, o meglio, di subentrare nel rapporto giuridico in essere tra il debitore e la banca possa spalancare le porte a una possibile massiccia violazione del delitto, di cui all'art. 131 T.U.B., che punisce con la reclusione da sei mesi a quattro anni e la multa da euro 2.065 fino ad euro 10.329 chiunque svolga l'attività di raccolta del risparmio tra il pubblico in violazione dell'art. 11 ed esercita il credito, nonché dell'analogo delitto del successivo art. 132 T.U.B., a norma del quale è punito con la medesima pena detentiva o pecuniaria chiunque svolga nei confronti del pubblico una o più attività finanziarie previste dall'art. 106 c. 1 T.U.B., in assenza dell'autorizzazione di cui all'art. 107 T.U.B. o dell'iscrizione di cui all'art. 111 T.U.B. o dell'art. 112 T.U.B.⁴⁵². Sia consentito, tuttavia, dubitare di una tale ricostruzione, in quanto è noto come il reato in oggetto abbia come precetto l'esercizio dell'attività professionale di fornitura dei tipici servizi bancari, quali indicati specificamente dall'art. 106 T.U.B. (in particolare, ai nostri fini, la concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma) che li riserva alle banche e agli istituti finanziari iscritti nell'apposito Registro tenuto presso la Banca d'Italia (in precedenza presso l'Ufficio Italiano Cambi). Deve, pertanto, trattarsi dell'esercizio professionale ossia imprenditoriale, ai sensi dell'art. 2082 c.c., vale a dire l'esercizio abituale e non occasionale di una data attività produttiva⁴⁵³, non essendo sufficiente dunque l'isolata e del tutto occasionale prestazione di un servizio, astrattamente riservato alla banca, che, nel concreto, mancando precisamente il requisito della professionalità in capo a chi lo fornisce, non può interferire con le disposizioni normative, in tema di riserva dell'attività. La stessa Corte di Cassazione, in sede penale, ha statuito come “ai fini dell'integrazione del reato di esercizio abusivo di attività finanziaria è necessario che l'attività di erogazione di prestiti e finanziamenti sia svolta nei confronti del pubblico, da intendersi, in senso non quantitativo, ma qualitativo come rivolta ad un numero non determinato di soggetti”⁴⁵⁴.

451 GALGANO, *Diritto privato* cit., 11.

452 In questo senso cfr. FAUSTI, *Mutui e clausole vessatorie* cit., 534.

453 CAMPOBASSO, *Diritto commerciale 1 Diritto dell'impresa*, Torino, 2003, 33.

454 Cassazione penale, 16 settembre 2009, n. 2404 in *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, 2010, 453. La sentenza è alquanto interessante, in una prospettiva generale di diritto bancario, in quanto evidenzia come un isolato ed unico presunto rapporto di prestito di denaro ad una persona individuata non può giammai concretizzarsi nel concetto di abusivo esercizio del credito nei confronti del pubblico. Nel medesimo senso cfr. Cassazione penale, 2 febbraio 2007 n. 10189 in *banca dati De Agostini Professionale*, secondo cui “ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 132

Non essendo percorribile questa strada interpretativa, visto che l'occasionalità della prestazione di un contratto di finanziamento non può dirsi vietata ai soggetti che non siano banche (altrimenti, si dovrebbe ritenere che, per fare l'esempio più elementare, che il contratto di mutuo, regolato in via generale dagli artt. 1813 e ss. c.c., non sia più utilizzabile da soggetti che non siano banche o intermediari finanziari, conclusione questa che in tutta evidenza non è affatto accettabile) e può, in via astratta, essere utile al perfezionamento della fattispecie surrogatoria, prevista dall'art. 1202 c.c., così come richiamato dall'art. 120 *quater* T.U.B., occorre impiegare altri argomenti interpretativi per ritenere che il nuovo creditore possa essere esclusivamente una banca o un intermediario finanziario.

Tra le righe della legge, in particolare il comma 3 dell'art. 120 *quater* T.U.B. si parla di “intermediario subentrante”, al c. 4 si fa riferimento alle procedure, poste in essere tipicamente dagli istituti di credito precedentemente al rilascio di un finanziamento, quali l'istruttoria iniziale, gli accertamenti catastali, comprensivi della stessa relazione notarile del ventennio ipo-catastale; si sottolinea come tutte queste procedure si debbono svolgere all'insegna della collaborazione tra intermediari. Sono indicazioni della prassi negoziale naturale (non è dato, infatti, avere contezza dai repertori notarili di ricevimenti di surrogazioni Bersani, in cui un privato abbia “rilevato” il precedente rapporto obbligatorio) che si vive in ogni studio notarile, tuttavia non si può ritenere che tale prassi sia l'unica possibile, o meglio sia l'unica considerata legittima dalla legge. È ben vero che la stessa rubrica del capo in cui era inserito l'art. 8 d.l. 7/2007, oltre alle stesse intenzioni del legislatore, tese a potenziare la concorrenza tra gli istituti bancari, depongono a favore dell'interpretazione più restrittiva, tuttavia, in mancanza di un'espressa (e inequivoca) norma di divieto o di restrizione del campo di applicazione della disposizione, prendendo anche atto che laddove l'ordinamento non vieti un determinato atto o negozio giuridico, esso potrà essere sicuramente posto in essere da chiunque, .

In conclusione, si ritiene, pur con tutte le cautele del caso stante la vaghezza del dettato normativo, che, in via del tutto ipotetica (trattandosi verosimilmente di ipotesi di scuola), il soggetto che perfezionerà la surrogazione e che subentrerà nelle garanzie annesse al credito originario, potrà anche essere un privato, essendo solo naturale e non già essenziale che si tratti di un operatore qualificato, autorizzato, dalla legge e dalle apposite Autorità,

del T.U. bancario emanato con d.lgs. 1 settembre 1993 n. 385, è qualificabile come abusivo esercizio di un'attività finanziaria anche la condotta posta in essere da un soggetto il quale abitualmente eroghi ad un numero indeterminato di persone somme di danaro a fronte della cessione di assegni e cambiali”. Non va dimenticato come esistano anche sentenze di segno opposto secondo cui “integra il reato previsto dall'art. 132 d.lgs. n. 385 del 1993 (esercizio abusivo dell'attività finanziaria) l'erogazione anche di un solo finanziamento in violazione dell'obbligo di iscrizione negli elenchi di cui agli artt. 106 e 113 dello stesso D.Lgs., non essendo richiesta una stabile organizzazione nè una specifica professionalità” (Cassazione penale, 10 giugno 2009, n. 29500 in *banca dati De Agostini Professionale*, nel medesimo senso cfr. Cassazione penale, 14 dicembre 2001, n. 1628 in *Rivista penale*, 2005, 80).

all'esercizio del credito.

Da ultimo, sempre con riferimento al nuovo creditore, il riferimento operato dall'art. 120 *quater* T.U.B. al “mutuante” deve essere letto estensivamente, non già con limitazione al solo contratto di mutuo, bensì a qualsiasi contratto di finanziamento, anche di natura diversa dal mutuo, che possa fornire la provvista per pagare anticipatamente il vecchio debito⁴⁵⁵. Non può non rilevarsi come tale soluzione sia in perfetta coerenza con le conclusioni cui è giunta la dottrina, in sede di commento all'istituto generale della surrogazione per volontà del debitore, per la quale il riferimento ivi contenuto al contratto di mutuo, finalizzato all'ottenimento delle risorse per estinguere il precedente debito, deve essere allargato a qualunque forma di finanziamento conosciuta dall'ordinamento o dalla prassi negoziale (cfr. *supra* parte terza paragrafo 1.2), fatta ovviamente eccezione per il *leasing* finanziario, espressamente escluso dallo spettro applicativo della disciplina, in virtù dell'art. 120 *quater* c. 9 lettera b T.U.B..

4.1 Requisiti soggettivi di applicazione della disciplina, con riferimento alla persona del debitore dopo il d.l. 70/2011

Il panorama delle interpretazioni circa i requisiti soggettivi di applicazione della disciplina Bersani *bis* era dunque un punto interrogativo non completamente risolto, specie per la questione relativa alla persona del debitore. Se, infatti, è stata soprattutto la prassi negoziale a porre soluzioni alla questione relativa al soggetto surrogante che, nonostante l'aperta lettera della legge, si è orientata nel senso di ritenere possibile una surrogazione solo da parte di un istituto di credito, per quanto concerne il debitore, non mancavano, come si è osservato nel precedente paragrafo, dubbi circa la possibile estensione dello spettro applicativo della disciplina anche a coloro che non potevano ritenersi consumatori. Anzi la lettera della legge, come sempre primo ostacolo che deve affrontare l'interprete, nel riferirsi unicamente al concetto di “debitore” non poteva che essere intesa come sorta di “porta

⁴⁵⁵ In questo senso cfr. GENTILI, *Teoria e prassi nella portabilità dei contratti di finanziamento bancario*, in *I Contratti*, 2007, 453 e ss.; *contra* CEOLIN, *La c.d. portabilità dei mutui e la cancellazione semplificata delle ipoteche nel decreto Bersani bis*, *ibidem* e TASSINARI, *Portabilità del mutuo e surrogazione dopo l'articolo 8 del d.l. sulla concorrenza*, in CNN Notizie 30 gennaio 2007, ove si sottolinea come la normativa, finalizzata alla tutela del debitore bancario attraverso la promozione della concorrenza oltre che il riferimento ai benefici fiscali, di cui al quarto comma (ci si riferisce all'originario testo del decreto anteriore sia alla sua conversione in legge sia alla modificazione ulteriore del 2010, ora si tratta dell'ottavo comma), lascia supporre che la novella sia incasellata solo all'interno dei rapporti bancari.

aperta” all’applicazione della disciplina anche a coloro che non potevano ritenersi consumatori, secondo l’insegnamento proveniente dalla copiosa legislazione in materia.

In questo scenario, l’art. 8 d.l. 70/2011 convertito in l. 106/2011 ha provveduto, tra l’altro, a inserire nel corpo dell’art. 120 *quater* T.U.B. un nuovo comma 9 lett. a *bis*. Tale norma, sancendo la volontà di porre un limite all’ambito applicativo della novella, individuando solo particolari categorie di mutuatari, pur sempre nell’ambito di rapporti di finanziamento con istituti di credito o finanziari, quali soggetti legittimati a fruire delle norme previste dalla legge.

Alla luce del dettato normativo, dunque, la disciplina si applica a tutte le persone fisiche “debitrici”, oltre che alle micro-imprese di cui all’art. 1 c. 1 lett. t) d.lgs. 11/2010⁴⁵⁶. Tale ambito di applicazione della norma non può che incanalarsi entro il perimetro delle nuove disposizioni che, non essendo di derivazione comunitaria, hanno tuttavia definito una nuova categoria di soggetti “deboli”, non già sussumibili sotto la definizione di “consumatore”. Nel concetto di persona fisica, quindi, rientrano non solo coloro che concludono contratti per finalità personali, avulse rispetto alla loro eventuale qualificazione professionale, ma anche coloro che agiscono proprio al fine di esercitare la propria attività lavorativa (si pensi ai c.d. professionisti liberali che, per il nostro ordinamento, da sempre non sono considerati imprenditori), ovvero senz’altro la propria attività di impresa (si pensi al caso dell’imprenditore individuale). Nel concetto, quindi, di persona fisica rientrano peraltro gli imprenditori esercenti senza il ricorso allo strumento societario, pur se con l’espressa specificazione che si debba trattare di una micro-impresa. Il finanziamento originario, dunque, potrebbe essere stato contratto per finalità non di mero consumo o per scopi dichiaratamente professionali (es. contrazione di un mutuo per il proprio studio professionale o per la propria micro-azienda), ma ciò non sarebbe di ostacolo all’applicazione della normativa di cui all’art. 120 *quater* T.U.B..

Un ulteriore interrogativo si pone davanti al riferimento alla c.d. microimpresa. Il

456 Tale disposizione così recita: ““micro-impresa”: l’impresa che, al momento della conclusione del contratto per la prestazione di servizi di pagamento, è un’impresa che possiede i requisiti previsti dalla raccomandazione n.2003/361/CE della Commissione, del 6 maggio 2003, vigente alla data di entrata in vigore del presente decreto, ovvero i requisiti individuati con decreto del Ministro dell’economia e delle finanze attuativo delle misure adottate dalla Commissione europea ai sensi dell’articolo 84, lettera b), della direttiva 2007/64/CE”. Il documento dell’Unione europea menzionato, dopo avere dato la definizione generale di impresa, come “ogni entità, a prescindere dalla forma giuridica rivestita, che eserciti un’attività economica. In particolare sono considerate tali le entità che esercitano un’attività artigianale o altre attività a titolo individuale o familiare, le società di persone o le associazioni che esercitino un’attività economica” (art. 1). Più in particolare, l’art. 2 del medesimo testo stabilisce che “1. La categoria delle microimprese, delle piccole imprese e delle medie imprese (PMI) è costituita da imprese che occupano meno di 250 persone, il cui fatturato annuo non supera i 50 milioni di EUR oppure il cui totale di bilancio annuo non supera i 43 milioni di EUR.

2. Nella categoria delle PMI si definisce piccola impresa un’impresa che occupa meno di 50 persone e realizza un fatturato annuo o un totale di bilancio annuo non superiori a 10 milioni di EUR.

3. Nella categoria delle PMI si definisce microimpresa un’impresa che occupa meno di 10 persone e realizza un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiori a 2 milioni di EUR”.

pragmatismo del diritto comunitario conduce a una definizione di tipo esclusivamente economico-sociale del concetto, così come emerge da parametri meramente economici e finanziari, in modo tale che qualunque ente che abbia come scopo l'attività di impresa, ivi comprese le società, vi possa rientrare se sono soddisfatti i parametri dimensionali di legge. Da una lettura comparata dei parametri indicati dalla raccomandazione comunitaria citata, emergono talune considerazioni veramente interessanti, a tratti anche stupefacenti. Si confrontino, infatti, i dati della partizione tra medie imprese, piccole imprese e microimprese. Per quanto concerne queste ultime, su cui si deve soffermare l'attenzione, ossia occupazione di meno di 10 persone all'interno dell'impresa e realizzazione di un fatturato annuo oppure di un totale di bilancio annuo non superiori a 2 milioni di euro: si tratta di parametri rientranti perfettamente nell'art. 2435 *bis* c.c., norma prevista per la redazione del bilancio in forma abbreviata. Si tratta, tuttavia, di parametri che determinano, si pensi soprattutto al parametro dell'occupazione, l'inclusione di una massa imponente di imprese correnti in Italia. È noto come anche società a responsabilità limitata (si pensi che, a seguito della riforma del diritto societario del 2003, si sono potenziati gli aspetti per così dire personalistici della società, distaccandola dal modello anteriore della società per azioni, di cui, prima della riforma, era sostanzialmente la "sorella minore"), in quanto trattasi di società fondamentalmente familiari, possono rientrare nei parametri indicati, talvolta le stesse società per azioni, magari costituite con il minimo del capitale sociale, pari ad euro 120.000, e con un "giro di affari" piuttosto limitato.

Questa soluzione normativa, a parere di chi scrive, pare essere condivisibile sotto alcuni aspetti, meno sotto altri.

Per cominciare con i primi, la disposizione consente di porre rimedio, almeno *in subiecta materia*, a un fossato che divideva le persone fisiche "consumatori" dalle persone fisiche "imprenditori". È noto, infatti, come questi ultimi non possano essere fruitori di quelle tutele che, originatesi con la normazione di origine comunitaria, sono quindi confluite nel codice di consumo. Tutto ciò aveva determinato un contenzioso rilevante, specie in sede di giudizi presso il Giudice di Pace, circa l'estensione a queste categorie produttive delle disposizioni indicate. La Corte costituzionale nel 2002 aveva stabilito che "la preferenza nell'accordare particolare protezione a coloro che agiscono in modo occasionale, saltuario e non professionale si dimostra non irragionevole allorché si consideri che la finalità dell'art. 1469 *bis* comma 2 c.c., è proprio quella di tutelare i soggetti che secondo l'"*id quod plerumque accidit*" sono presumibilmente privi della necessaria competenza a negoziare; onde la logica conseguenza dell'esclusione dalla disciplina in esame di categorie di soggetti - quale quelle dei professionisti, dei piccoli imprenditori, degli artigiani - che proprio per l'attività

abituale svolta hanno cognizioni idonee per contrattare su di un piano di parità”⁴⁵⁷. Non rare erano le voci in dottrina che censuravano un’interpretazione così ristretta della normativa, ravvisando nella tutela dei piccoli imprenditori o anche degli enti di cui al primo libro del codice civile le medesime basi che giustificavano la tutela del consumatore, in quanto anch’essi titolari di posizioni giuridiche meritevoli di tutela e poste in posizione di sudditanza rispetto alla controparte⁴⁵⁸.

Tuttavia, la nuova formulazione non fa che rinfoculare la questione, sempre latente allorché si indirizza una particolare disciplina di protezione alle persone fisiche, ossia il mancato riferimento, ormai cronicizzato, alle associazioni e alle fondazioni, tese a promuovere interessi superindividuali, degni di ogni protezione da parte dell’ordinamento, già oggetto di ampia considerazione da parte della stessa Costituzione (cfr. artt. 2 e 18 Cost.). In questo caso, il legislatore ha ancora una volta voluto sottrarsi dall’affrontare questo argomento o, magari, ha ritenuto che la soluzione di non estendere le tutele a siffatti enti fosse corretta, lasciando questa eventualità molto perplessi, in quanto non si rinvenivano delle giustificazioni giuridicamente convincenti per impedire che enti posti a promozione di interessi altruistici o, comunque, non egoistici (senza che ciò possa implicare un giudizio di valore che pare essere francamente fuori luogo, ma la persona fisica che acquista una casa per adibirla a propria abitazione certamente compie un atto oggettivamente egoistico, sicuramente tutelato costituzionalmente, certamente un’associazione o una fondazione che si occupa dei poveri della città non compie un atto egoistico) possono accedere a norme che offrirebbero alle stesse maggiori tutele.

5. Requisiti oggettivi di applicazione della normativa

Base di partenza del meccanismo legale di surrogazione è, come da regola generale relativa a un istituto finalizzato alla successione nel rapporto obbligatorio, la presenza di un preesistente rapporto di debito – credito tra debitore e banca. In questo caso, il debito deve avere, quale fonte, un previo rapporto di finanziamento bancario. Come già precedentemente si è sottolineato, il d.lgs. 141/2010, nell’introdurre l’art. 120 *quater*, in

457 Corte costituzionale, 22 novembre 2002 n. 469 in *Responsabilità civile e previdenza*, 2003, 666 e ss..

458 RUFFOLO, *Le “clausole vessatorie”, “abusiva” e la ricodificazione negli artt. 1469 bis – 1469 sexies c.c.*, in *Clausole “vessatorie” e “abusiva”*, a cura di Ruffolo, Milano, 1997, 228 e ss., ove si sottolinea che già in sede di dibattito sul recepimento della direttiva europea sulle clausole abusive, un nutrito e autorevole gruppo di giuristi proponeva di allargare lo spettro applicativo della futura novella anche alla piccola impresa artigiana e familiare.

sostituzione di quanto era previsto dall'art. 8 d.l. 7/2007, ha, molto opportunamente, modificato e chiarito come la disciplina in oggetto sia applicabile a qualunque tipo di finanziamento bancario, a prescindere dal *nomen* e dalla causa dello stesso. Il riferimento precedente ai contratti di mutuo bancario o all'apertura di credito, peraltro, si poneva in antitesi con il successivo riferimento agli “altri contratti di finanziamento da parte di intermediari bancari e finanziari” e necessitava, pertanto, di una più corretta formulazione linguistica.

Epperò, la norma si limita a questa indicazione e non richiede un impiego particolare dei proventi ricavati dal mutuo per una speciale finalità. È ben vero che, nella mentalità del legislatore, il mutuo (perché il contratto di gran lunga più frequentemente concluso ai fini di finanziamento bancario è questo) potrà essere impiegato per l'acquisto di una casa di abitazione e il testo del decreto 7/2007, nel suo comma 4, nel riferirsi ai benefici fiscali previsti per l'acquisto della prima casa, seppure in via indiretta, aveva fatto cenno a quella che può essere ritenuta la fattispecie in cui maggiormente si applicherà (e si applica) l'istituto. Come noto, infatti, il “bene casa” assume, nella realtà economica italiana, una collocazione affatto originale e specifica rispetto all'esperienza degli altri Paesi occidentali. Statistiche accreditate dimostrano come i risparmi degli italiani siano, il più delle volte, spesi proprio al fine dell'acquisto della casa di abitazione principale. Tali esigenze, anche in adempimento dei precetti costituzionali in materia⁴⁵⁹, sono state alla base della scelta del legislatore nel 2005 di predisporre una specifica normativa (il d.lgs. 122/2005 di cui si è già fatto cenno), al fine di tutelare coloro che acquistano beni immobili da costruire, con particolare attenzione per coloro che adibiscono la casa quale dimora personale o dei congiunti più prossimi. Nonostante ciò, l'art. 120 *quater*, non innovando rispetto a quanto era già previsto nei testi normativi anteriori, non ha voluto specificare ulteriormente la finalità per il quale era stato contratto il mutuo originario.

Da tale evidenza normativa non può che dedursi che la surrogazione di cui all'art. 120 *quater* T.U.B. può essere estesa a qualsiasi forma di finanziamento, per qualunque finalità, con qualsiasi negozio giuridico esso sia stato perfezionato, fatta eccezione per il *leasing*, fattispecie negoziale espressamente esclusa dall'art. 120 *quater* c. 9 T.U.B..

Altra considerazione di carattere generale che si può dedurre dalla lettera della legge è quella relativa alla garanzia offerta per il finanziamento originario. Nel corso delle pagine

459 Assume rilievo, a tale fine, in particolare, l'art. 47 Cost. a norma del quale, tra l'altro, “la Repubblica incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme [...]. Favorisce l'accesso del risparmio popolare alla proprietà dell'abitazione”. La volontà del legislatore di tutelare il risparmio delle famiglie è testimoniata anche dal fatto che, con decorrenza da fatti accaduti dal 1994 in poi, il Fondo di solidarietà, istituito dal decreto in oggetto, provvederà ad erogare un indennizzo agli acquirenti che, a causa dell'insolvenza del costruttore, non siano riusciti a recuperare gli anticipi versati al medesimo costruttore. Ai fini del decreto in oggetto, non si può ovviamente disconoscere la pertinenza dei principi costituzionali di tutela, anche dal punto di vista economico, della famiglia (artt. 29 e ss. Cost.).

precedenti della presente dissertazione si è evidenziato come le operazioni giuridiche tendenti a modificare l'elemento soggettivo dell'obbligazione hanno come centro di interesse la successione nel diritto di garanzia, accessorio al rapporto obbligatorio. È noto, infatti, che l'ottenimento di una garanzia, sia personale sia, soprattutto, reale, consente una migliore soddisfazione delle proprie pretese e, in definitiva, consente una migliore appetibilità del credito, con i benefici che ciò comporta per la circolazione della ricchezza. Nonostante ciò, la surrogazione Bersani, come qualunque altra forma di successione nell'obbligazione, non può essere limitata ai soli rapporti obbligatori che siano provvisti di tale garanzia, dovendosi scindere il rapporto obbligatorio che può essere sempre oggetto, salve le rare eccezioni che si sono precedentemente valutate, di una modificazione delle persone dei loro titolari, pur mantenendone l'unità, dalla successione nella garanzia che in tanto può esserci in quanto sia stata presa, nelle forme prescritte per legge, al momento della genesi del rapporto o comunque, in momento anteriore al perfezionamento della fattispecie circolatoria del vincolo⁴⁶⁰.

6. Surrogazione Bersani e surrogazione per volontà del debitore ex art. 1202 c.c.

Il cuore della normativa Bersani, su cui più si sono concentrate le critiche dei commentatori della stessa, riguarda i rapporti tra il nuovo istituto e la surrogazione di diritto comune, prevista nell'art. 1202 c.c.. La domanda che ci si è posti e ci si deve tuttora porre, al momento della disamina del nuovo istituto è sostanzialmente se esso sia una nuova forma di successione nel lato attivo del rapporto obbligatorio che si va ad aggiungere a quelle già note, di cui agli artt. 1201 e ss. c.c., creando quindi una quarta forma di surrogazione, ovvero se si tratta di una mera specificazione di quella ordinaria, tendente soltanto a rimuovere vincoli ostruttivi, opposti dagli istituti di credito, al perfezionamento della fattispecie di diritto comune, ovvero, ancora, se si possa ritenere che l'istituto in commento sia dotato di una specifica rilevanza causale, tale da renderlo autonomo nel contesto degli

460 *Contra* cfr. TASSINARI, *Portabilità del mutuo e surrogazione dopo l'articolo 8 del d.l. sulla concorrenza* cit., il quale ricava tale conclusione dalla rubrica (sulla cui precisione e spendibilità ai fini interpretativi sia consentito essere molto perplessi, vieppiù che il testo originale che recitava: "Portabilità del mutuo; surrogazione" è stato modificato nel 2010 recando ora l'indicazione "Surrogazione nei contratti di finanziamento. Portabilità"). Peraltro sulla marcata imprecisione della rubrica di questo specifico provvedimento cfr. GENTILI, *Teoria e prassi nella portabilità dei contratti di finanziamento bancario* cit., *ibidem*, il quale ammonisce come, analizzando l'istituto, si debba necessariamente porre l'interrogativo se "la rubrica non si intitoli a qualcosa che non è nelle norme") che farebbe pensare all'ipoteca come centro di interesse della riforma.

istituti che presiedono alla successione nel rapporto obbligatorio.

Pare, quindi, necessario, in via preliminare alla trattazione dell'istituto, rispondere alla domanda se l'art. 120 *quater* T.U.B. dia vita a una vera e propria surrogazione per volontà di debitore, ovvero si tratta di un istituto diverso, tenendo presente che il legislatore non ha ritenuto opportuno riformare, con portata generale, l'art. 1202 c.c., ma che ha inserito la normativa in una differente *sedes* normativa.

Al fine di dare risposta a questo interrogativo, non si può che prendere prima in considerazione la formulazione letterale della disposizione. Da un lato il secondo comma dell'art. 120 *quater* T.U.B., ripropone il meccanismo tipico di qualunque modificazione, non novativa, del rapporto obbligatorio, sancendo che “per effetto della surrogazione di cui al comma 1, il mutuante surrogato subentra nelle garanzie, personali e reali, accessorie al credito cui la surrogazione si riferisce”. Al contempo, recita il terzo comma dello stesso articolo che “la surrogazione [...] comporta il trasferimento del contratto, alle condizioni stipulate tra il cliente e l'intermediario subentrante”. Perciò, nella norma in tema di surrogazione si rinvengono talune indicazioni, tra loro contraddittorie, che rendono, da un lato, lecita un'interpretazione in chiave di continuità con l'istituto tradizionale della surrogazione di diritto comune, non da ultimo sponsorizzata dallo stesso riferimento nominalistico a tale istituto; dall'altra, come prova il riferimento al “trasferimento del contratto”, plausibile classificare l'istituto del 2007 secondo un diverso schema giuridico, ben più affine a quello della cessione del contratto.

Non sono mancate, infatti, in dottrina gli autori che hanno paragonato la “surrogazione Bersani” a una sorta di cessione *ex lege* del contratto, per la quale la surrogazione svolgerebbe un ruolo meramente strumentale. Si costruisce, inoltre, il nuovo prestito come un contratto modificativo innominato collegato unilateralmente al primo contratto di mutuo⁴⁶¹.

Neppure sono mancate le voci che hanno qualificato la surrogazione in parola non già in termini di mera successione nel debito, bensì in termini di novazione che dà vita a un'estinzione del precedente rapporto giuridico, con contestuale creazione di una nuova obbligazione, per la quale, in sostanziale deroga all'art. 1232 c.c. che prevede un'apposita disposizione, il trasferimento delle garanzie è automatico, eccezion fatta per l'ipoteca per la quale si richiede l'annotazione, secondo i principi generali previsti per tale forma di garanzia⁴⁶².

È probabilmente preferibile ritenere che l'istituto in parola possa essere qualificato in termini di continuità con la surrogazione per volontà del debitore. Una pluralità di indici formali sembrano testimoniare questa volontà del legislatore. Si pensi, in primo luogo, al

461 CEOLIN, *La c.d. portabilità dei mutui e la cancellazione semplificata delle ipoteche nel decreto Bersani bis* cit., 268-269.

462 FAUSTI, *Mutui e clausole vessatorie*, in *Notariato*, 2007, 535.

riferimento letterale più volte presente nella disposizione alla surrogazione (da doversi intendere quale vero e proprio richiamo della figura del pagamento con surrogazione, di cui agli artt. 1201 e ss. c.c.), nonché alla stessa Relazione governativa presentata alle Camere per la conversione in legge del decreto 7/2007, allorché si espone ai parlamentari come “il presente articolo individua nell’istituto della surrogazione per volontà del debitore, di cui all’articolo 1202 del codice civile, lo strumento attraverso il quale il mutuatario estingue il primo mutuo trasferendo a favore del nuovo mutuante le garanzie accessorie al credito”.

Ancora, la “portabilità del mutuo” Bersani reca una norma che consente, in deroga alla disciplina generale di diritto comune in tema di pagamento con surrogazione e ancor più in generale di tempo dell'adempimento di rendere irrilevante, ai fini dell'applicazione della norma, la stipulazione di un termine per l'adempimento in favore del creditore, ovvero in favore di entrambe le parti del rapporto, come espressamente consentito dall'art. 1184 c.c..

Sia consentita, quindi, apparendo opportuna tale trattazione ai fini della migliore disamina della disposizione normativa in oggetto, una breve digressione circa il concetto di termine nell'adempimento e le conseguenze giuridiche in caso di stipulazione in favore del creditore di un siffatto elemento, non prima di avere notato come, anche nelle norme più recenti che formano il c.d. diritto civile extracodicistico o, secondo un'altra terminologia ancor più impiegata, la c.d. legislazione speciale, non sia mai possibile addivenire a una lettura della disciplina avulsa rispetto alla grammatica essenziale del diritto, quella contenuta, in particolare, nella disciplina generale del diritto delle obbligazioni e dei contratti.

Anzitutto occorre distinguere, all'uopo, tra termine di adempimento dell'obbligazione e termine del contratto. Il secondo elemento, rientrante, come noto, nel più generale concetto di elemento accidentale del negozio giuridico, svolge la funzione di limitare temporalmente l'efficacia di un negozio: disponendone l'inizio di tale efficacia (c.d. termine iniziale), ovvero prevedendone la cessazione degli effetti (c.d. termine finale). Da ciò si deduce che, mentre l'obbligazione, connessa a un contratto sottoposto a termine iniziale, è futura; l'obbligazione in cui sia stato pattuito un termine di adempimento è, invece, un vincolo perfettamente in essere, essendo solamente inesigibile⁴⁶³. Come noto, l'apposizione di un termine all'adempimento si presume che sia stata stipulata in favore del debitore: ciò manifesta uno dei residui esempi di *favor debitoris*, principio al quale erano invece largamente ispirate le codificazioni ottocentesche. Oltre a tale ragione, milita anche una considerazione di ordine logico, ben espressa dalle fonti romanistiche e da uno dei più prestigiosi giuristi della romanità classica (Ulpiano) per il quale “*dies adiectus efficit, ne praesenti die pecunia debeatur: ex quo apparet diei adiectionem pro reo esse, non pro*

463 BIANCA, *Diritto civile 4 L'obbligazione*, Milano, 1993, 211.

stipulatore”⁴⁶⁴. Tale regola ha come conseguenza che “quando tale presunzione opera, mentre il debitore può adempiere fino alla scadenza del termine, il creditore non può, prima di questa, esigere la prestazione”⁴⁶⁵, dandosi quindi vita alla distinzione tra obbligazione esigibile e obbligazione inesigibile. In questo modo, il debitore potrà senz'altro adempiere l'obbligazione senza che sia possibile per lo stesso ottenere la ripetizione di quanto percepito dal creditore, in quanto non può essere assimilata la prestazione così eseguita all'indebito, tuttavia potrà chiedere la restituzione di quanto si sarà senza causa arricchito il creditore, in virtù del mancato rispetto del termine per l'adempimento⁴⁶⁶.

Talvolta può accadere che il termine per l'adempimento venga fissato in favore del creditore, per ragioni meritevoli quali la maturazione degli interessi che decorrono, come noto, solo con il trascorrere del tempo, ovvero per consentire al creditore di ricevere nel modo più opportuno ed economicamente preferibile la prestazione (si pensi al caso di colui che deve ricevere un certo quantitativo di materie deperibili). Come noto, il contratto di mutuo, contratto che resta principe all'interno della svariata tipologia di finanziamenti bancari conosciuta dalla prassi, è informato, se trattasi di contratto oneroso, alla regola per la quale il termine per la restituzione della somma data in prestito è fissato sia in favore del creditore sia in favore del debitore (art. 1816 c.c.). Come puntualmente individuato dalla dottrina, coerentemente con quanto evidenziato precedentemente, la *ratio* della norma si ravvisa nella considerazione che il contratto ha la funzione di far guadagnare al mutuante gli interessi sul capitale dato a prestito: perciò il mutuatario non può, se il contratto non lo consente, restituire in anticipo la somma mutuata⁴⁶⁷.

In questo caso, il debitore non potrà, senza il consenso del creditore, eseguire la prestazione, ciò sarà possibile solo nel caso in cui il creditore lo avrà consentito e, quindi, se ciò avverrà in anticipo rispetto alla scadenza del termine, sarà necessaria una concordata modificazione della clausola (necessariamente contrattuale, anche se l'obbligazione sia di fonte non contrattuale) mediante la quale le parti abbiano pattuito di fissare il termine a favore del creditore. Se ne deduce, dunque, che non solo non sarà possibile per il debitore adempiere prima della scadenza del termine, ma che anche il terzo che volesse adempiere si vedrebbe opporre dal creditore, che generalmente non ha il potere di opporsi all'adempimento del terzo (art. 1180 c. 1 c.c.), la presenza di un termine che rende non eseguibile la prestazione. Ritornando, pertanto, alla disquisizione in tema di surrogazione Bersani, se la normativa del 2007 non avesse innovato rispetto alla surrogazione per volontà del debitore, non sarebbe

464 Digesto 45.1.41.1 l'apposizione di un termine fa sì che la prestazione non sia attualmente dovuta: dal che si desume che l'apposizione del termine è a favore del debitore, non del creditore.

465 Cassazione, 11 dicembre 1981, n. 6553 in *Massimario Giurisprudenza Italiana*, 1981.

466 BIANCA, *Diritto civile 4 L'obbligazione* cit., 218.

467 GALGANO, *Trattato di diritto civile*, vol. II cit., 722.

stato possibile per il terzo mutuante concludere, unitamente al debitore e allo stesso creditore originario, quella fattispecie triangolare di cui all'art. 1202 c.c., in mancanza di un'apposita e previa modificazione del termine per l'adempimento. È ben vero che, nell'accordo delle parti, un tale ostacolo era facilmente superabile, tuttavia nella dinamica negoziale si poteva ritenere siffatta eventualità del tutto trascurabile, se non proprio di scuola, tanto che in dottrina si è definita come meramente di scuola la possibilità per un debitore di pagare anzitempo un proprio debito, attraverso un nuovo finanziamento⁴⁶⁸.

L'apposizione di una clausola nei contratti di finanziamento bancario che individuasse un termine di adempimento in favore del creditore avrebbe sortito esattamente l'effetto di impedire *in itinere* qualunque avvicendamento nel lato attivo del rapporto obbligatorio in essere, al fine di mantenere il cliente e di realizzare, ai danni dello stesso, vincolato magari a un contratto non più competitivo sul mercato, l'intero regolamento contrattuale. E si badi che questa non è affatto una semplice deduzione logica, formulata in considerazione del dettato normativo, peraltro legittimamente (e si potrebbe sostenere anche doverosamente) impiegato a vantaggio di un determinato soggetto, nel rispetto della lettera dello stesso. Proprio questa era la pratica nei contratti, cui si affiancava la stessa clausola, fortemente voluta dal ceto bancario e tenacemente difesa, nel momento in cui è finita nel mirino del liberalizzatore, che vietava o dissuadeva, mediante imposizione di forti penali, l'estinzione anticipata del prestito. Come noto, anche questa clausola è stata oggetto della grave sanzione della nullità (parziale), di cui all'art. 7 d.l. 7/2007 (quindi, anch'essa confluita nel T.U.B., nell'art. 120 *ter*).

Alla luce di queste considerazioni non si può che convenire come il diritto comune, alla luce della vivente interpretazione di esso data dalla realtà negoziale e ad onta delle considerazioni che possono essere svolte in tema di esecuzione del contratto in buona fede (art. 1375 c.c.) o di risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta (art. 1467 c.c.) che appaiono non impiegabili in questo caso, non offrì sufficienti tutele, almeno relativamente alla possibile sostituzione del creditore finanziatore, per colui che fosse venuto a contrattare con le banche.

L'intervento del legislatore è stato, quindi, necessario al fine di consentire il perfezionamento di una fattispecie di successione nel rapporto obbligatorio, a tutela della concorrenza nel mercato bancario e contemporaneamente a tutela del debitore⁴⁶⁹. In questo

468 GENTILI, *Teoria e prassi nella portabilità dei contratti di finanziamento bancario*, *ibidem*.

469 Non si può negare che l'impiego dell'espressione "contraente debole" potrebbe far insorgere qualche equivoco o, quanto meno, qualche dubbio circa il possibile restringimento dell'ambito applicativo della disciplina ai soli consumatori. Vista l'adesione alla tesi per la quale la surrogazione Bersani è fruibile anche da soggetti non necessariamente consumatori, giacché la normativa ha quale finalità principale lo stimolo della concorrenza tra istituti di credito, si è ritenuto più opportuno non richiamare il concetto su espresso di "contraente debole", in quanto foriero di interpretazioni difformi rispetto alla tesi che si ritiene preferibile quanto all'applicazione soggettiva della disciplina. Con

senso, acquista notevole forza interpretativa quella tesi dottrina per la quale la surrogazione normata nel 2007 altro non è che un classico esempio di diritto speciale che si affianca, senza sostituirsi ad essa, alla normativa generale in tema di surrogazione per volontà del debitore.

L'irrelevanza del termine di adempimento in favore del creditore, ai fini dell'impedimento della surrogazione in favore del *solvens* non vuole significare che non sia più legittima l'apposizione di un siffatto termine in un contratto di finanziamento, tanto più che nessuna disposizione di legge ha riformato l'art. 1816 c.c., significa solo che un tale elemento, per quanto legittimo e perfettamente efficace *intra partes*, risulterà inopponibile nell'ambito della procedura di portabilità del finanziamento, realizzata ai sensi dell'art. 120 *quater* T.U.B..

Dubbi si pongono circa la concreta veste giuridica che dovrà essere data alla surrogazione e alle modalità che debbono essere poste in essere dalle parti, al fine di perfezionare il complesso meccanismo di legge che determina il "trasferimento" del contratto in favore del creditore subentrante.

Lo schema negoziale prevalentemente impiegato dalla prassi notarile (è appena il caso di tenere presente che la forma della surrogazione, specie laddove il credito originario sia fornito di ipoteca, è quella dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata, su tale aspetto cfr. *infra* paragrafo 8 della presente sezione) consiste nella raccolta in un unico contesto di tutte le dichiarazioni negoziali e di scienza che consentono il perfezionamento della surrogazione per volontà del debitore, di cui all'art. 1202 c.c., così come rideterminato alla luce dell'art. 120 *quater* T.U.B..

In tale unico contratto, che sicuramente rappresenta la via più facile e immediata (ma che presuppone una comunione di intenti, anche solo formale, non sempre facile da rinvenire nell'esperienza pratica), si debbono quindi incasellare in ordine logico tutti gli elementi richiesti dall'art. 1202 c.c., ossia, in primo luogo, si concluderà il contratto di mutuo (o l'altro contratto di finanziamento impiegato per consentire il subentro del nuovo creditore) che sarà redatto secondo gli schemi propri di qualsiasi contratto notarile bancario, con gli appositi allegati contenenti il capitolato generale delle condizioni contrattuali, il piano di

questo non si vuole ovviamente negare che, nel caso concreto, sia possibile ravvisare quelle asimmetrie economiche e di potere contrattuale che giustificano, corroborati dagli altri presupposti di legge, l'applicazione della disciplina in tema di consumatore. Ciò, tuttavia, si affiancherà alla disciplina di cui all'art. 120 *quater* T.U.B., costituendo un vero e proprio doppio binario di tutela, in modo tale che la normativa sul consumatore, pur se entro un ambito soggettivo più ristretto di applicazione, avrà cura di occuparsi della tutela del contraente sul piano delle clausole contrattuali del finanziamento bancario (in questo senso, non si potrà non porsi il dubbio se le nullità imposte dall'art. 120 *quater* T.U.B. possano rientrare nel concetto di clausole abusive, di cui all'art. 33 codice del consumo), il rapporto obbligatorio consistente nella restituzione della somma prestata dalla banca, maggiorata di tutti gli accessori di legge, sarà, invece, disciplinato dalla normativa del 2007-2010 che deroga, come esaminato, alla disciplina di diritto comune (che resta, comunque, sullo sfondo) in tema di surrogazione per volontà del debitore.

ammortamento recante la distribuzione di tutti i pagamenti dovuti quali interessi, spese e capitale, il documento di sintesi ecc. dovendo, nel mutuo (o nell'altro contratto di finanziamento voluto dalle parti, anche se occorre ricordare che non mancano coloro che ritengono possibile soltanto un mutuo, quale contratto di finanziamento idoneo alla surrogazione) essere indicato espressamente che lo stesso è stato contratto al fine di destinare i proventi dello stesso all'estinzione del precedente rapporto e alla surrogazione dei diritti del creditore uscente in favore del finanziatore che, mediante le somme da questi messe a disposizione del debitore, ha consentito il soddisfacimento dell'interesse del precedente istituto di credito. All'atto, naturalmente (e in questa fase potranno innestarsi i comportamenti ostruzionistici della banca originaria) dovrà intervenire il creditore originario, al fine di rendere la dichiarazione di quietanza, di cui al combinato disposto dagli artt. 1199 e 1202 n. 3 c.c., in cui si menzioni la dichiarazione del debitore (che costituisce la vera e propria dichiarazione di surrogazione, unitamente alla volontà espressa dal medesimo di cui *infra*) circa la provenienza della somma impiegata nel pagamento, seguita quindi dalla dichiarazione di surrogazione in favore del nuovo creditore di subentro nel rapporto obbligatorio in essere con il precedente titolare.

La dottrina ha, altresì, ritenuto, nonostante si tratti di opzione che incontra poco i favori della prassi, che l'effetto negoziale potrebbe essere realizzato mediante più atti distinti ed autonomi, ossia un complesso accordo costituito da tre negozi strutturalmente distinti (nuovo mutuo, atto di quietanza, atto di surroga) collegati al fine di ottenere la surrogazione nei diritti dell'istituto creditizio e di conseguire il titolo per ottenere l'annotazione dell'effetto giuridico così realizzatosi nell'iscrizione ipotecaria⁴⁷⁰; ovvero la stipula di due atti, pur sempre tra loro collegati, costituiti da un nuovo mutuo e un altro atto, nel quale siano contenute sia la quietanza sia la dichiarazione di surroga⁴⁷¹. Si è inoltre sostenuto, al fine di individuare un istituto giuridico alternativo come la possibilità costituita dall'attribuire al debitore direttamente dal nuovo finanziatore la provvista di denaro, affinché questi possa autonomamente predisporre l'atto di surrogazione appare alquanto remota, tanto che una soluzione correttiva potrebbe essere quella di rilasciare un mandato *in rem propriam* (come noto irrevocabile e non soggetto a decadenza al momento della morte del mandante) dal debitore al nuovo creditore, perché questi possa procedere a saldare il debito con l'anteriore istituto di credito, per poi perfezionare egli stesso, anche nel proprio interesse di istituto di

470 TESTA, *Le conseguenze del d.lgs. 141/2010 sui contratti di mutuo e sulle procedure di cancellazione delle ipoteche cit., ibidem*; cfr. anche BUSANI, *La portabilità dell'ipoteca: tecnica redazionale*, in *Il contributo del notariato per l'attuazione delle semplificazioni in tema di mutui ipotecari*, collana I Quaderni della Fondazione italiana per il notariato ilSole24ore, 2008, 156.

471 BUSANI, *La portabilità dell'ipoteca: tecnica redazionale*, in *Il contributo del notariato per l'attuazione delle semplificazioni in tema di mutui ipotecari cit., ibidem*.

credito mandatario, la surrogazione di cui all'art. 1202 c.c.⁴⁷². Una variante di questa tesi è la seguente, proposta da altra autorevole dottrina⁴⁷³, al fine di venire incontro alla richiesta sociale di minori costi: un atto unilaterale, formato con veste pubblica o con scrittura privata autenticata, in cui il debitore, dopo avere precedentemente stipulato un contratto di mutuo con forma privata, dichiara di surrogare la nuova banca alla vecchia.

Al momento della conclusione di questo complesso contratto, qualunque sia la modalità tecnica di realizzazione stipulata dalle parti, si perfezionerà il trasferimento del contratto, così come deve essere rettammente inteso, ossia l'estinzione del finanziamento anteriore e il subentro ad ogni effetto del nuovo contratto.

Quanto alla liceità di una possibile surrogazione parziale, realizzata ai sensi del combinato disposto dagli artt. 1205 c.c. e 120 *quater* T.U.B., si scontrano due differenti concezioni.

La prima considera disciplina generale quella della surrogazione di diritto comune cui fare riferimento per colmare le lacune della disciplina speciale, introdotta nel 2007. La portabilità del mutuo altro non è, secondo questa interpretazione, che una forma particolare di surrogazione: si ritiene, pertanto, lecito per le parti concludere, sempre avvalendosi del meccanismo predisposto dal riformatore, una surrogazione parziale, ai sensi dell'art. 1205 c.c., con le conseguenze previste da tale norma, soprattutto in tema di concorrenza proporzionale nei confronti del debitore.

La seconda tesi, invece, in antitesi con quanto testè sostenuto, è dell'avviso che l'adempimento da parte del debitore conseguente al nuovo mutuo non possa essere parziale e quindi non possano trovare applicazione alla surrogazione Bersani le disposizioni relative all'art. 1205 c.c., in quanto la causa della surrogazione, così come voluta dal decreto Bersani, è quella di permettere la sostituzione integrale del titolo dal quale nasce il debito, in capo al finanziato⁴⁷⁴.

7. Le criticità della surrogazione Bersani: annotazione dell'ipoteca ed eccezioni

472 GENTILI, *Teoria e prassi nella portabilità dei contratti di finanziamento bancario*, *ibidem*.

473 FAUSTI, *Atto di consenso alla surrogazione*, in *Notariato*, 2009, 421, il quale sottolinea che tale soluzione, prima ancora di essere accantonata dalla pratica, era stata anche oggetto di critica da parte dell'Autorità *Antitrust*, per essere successivamente ripresa dal d.l. 185/2008, disposizione che, dettata in un momento di grave emergenza per la tenuta del sistema bancario e per i risparmi delle famiglie, si era preoccupata di predisporre un particolare incentivo alla surrogazione al fine di diminuire il carico dei debiti in capo a particolari categorie di mutuatari, prevedendo tra l'altro la gratuità dell'opera del notaio richiesto di perfezionare l'atto di surrogazione.

474 GATTONI, *La portabilità del mutuo e l'annotazione della surrogazione nell'ipoteca*, in *La nuova disciplina dei mutui ipotecari. Il ruolo del notaio e la prassi bancaria*, collana *I Quaderni della Fondazione italiana per il notariato ilSole24ore*, 2009, 62.

opponibili dal debitore al nuovo creditore

Le critiche non propriamente favorevoli che la dottrina ha riservato al provvedimento non investono direttamente l'obiettivo politico che si è voluto raggiungere mediante il “nuovo” istituto, trattandosi peraltro di una questione riservata alla sensibilità delle sedi costituzionali a ciò deputate, bensì la tecnica normativa e le imprecisioni giuridiche del meccanismo predisposto dal riformatore. In questo quadro uno degli aspetti più controversi dell'intervento legislativo concerne la mancata presa di posizione su due problemi giuridici che, come si è tentato di illustrare nel capitolo relativo alla surrogazione in generale, angustiano e minano la fattibilità dell'istituto codicistico, avendolo reso quel noto “ramo secco” dell'ordinamento, la cui rivitalizzazione era proprio l'obiettivo del Governo nel 2007. Come detto, la soluzione di queste problematiche giuridiche è stata segnalata fin nei primi commenti alla novella come chiave di volta, unitamente alle questioni fiscali che sono subito state oggetto di apposita normativa, perché l'istituto potesse avere un'estesa e proficua applicazione⁴⁷⁵, tanto che a pochi mesi dall'entrata in vigore del provvedimento già vi era chi lamentava l'insuccesso della portabilità del mutuo, proprio a causa della mancata recisione dei nodi gordiani che assillano la disciplina della surrogazione in generale⁴⁷⁶.

Si tratta delle problematiche relative alla c.d. costitutività dell'annotazione della vicenda surrogatoria a margine dell'iscrizione ipotecaria originaria e dell'opponibilità o meno delle eccezioni basate sul rapporto originario da parte del debitore nei confronti del nuovo creditore.

È noto, infatti, e vale la pena riprendere in questa sede le argomentazioni che si sono accennate in precedenza nel trattare della surrogazione in generale, come l'ipoteca accessoria a un rapporto obbligatorio non circoli automaticamente al momento del negozio dispositivo del credito garantito, ma necessiti, in omaggio al principio della iscrizione di ogni vicenda, costitutiva e modificativi del gravame reale su immobili, dell'apposita annotazione, ai sensi dell'art. 2843 c.c.. Secondo la tesi dominante in dottrina e nella giurisprudenza, in mancanza dell'annotazione, non si produce l'effetto di immissione nell'ipoteca (per alcune voci, come si è precedentemente chiarito, in realtà, l'ipoteca si trasferirebbe subito *intra partes*, senza necessità di annotazione che, invece, acquisirebbe effetti discriminanti nei confronti dei terzi, evocando, in questo modo, non già il concetto di costitutività, bensì quello di dichiaratività); ancor più la giurisprudenza è dell'avviso che tutte le trascrizioni o iscrizioni pregiudizievoli che venissero concluse anteriormente

475 TASSINARI, *Portabilità del mutuo e surrogazione dopo l'articolo 8 del d.l. sulla concorrenza* cit..

476 BUSANI, *La portabilità dell'ipoteca: tecnica redazionale*, in *Il contributo del notariato per l'attuazione delle semplificazioni in tema di mutui ipotecari* cit., 154.

all'annotazione sarebbero opponibili al creditore subentrante. È ovvio che un'adeguata consultazione dei pubblici registri immobiliari consente di comprendere al meglio la situazione dei possibili ulteriori gravami a carico dell'immobile, in modo tale che il nuovo finanziatore possa analizzare la fattibilità dell'operazione; tuttavia non si può negare come anche una tale perizia possa essere vanificata da un gravame che venisse ad essere reso pubblico nei modi di legge, esattamente nel periodo di tempo intercorrente tra la stipulazione dell'atto di surrogazione e l'annotazione. Si badi che una tale eventualità non può essere scartata, visti anche i fisiologici (e talvolta patologici) tempi con cui le Conservatorie dei Registri Immobiliari tendono a smaltire le predette pratiche, a nulla valendo in questi casi l'autorevole monito della stessa Agenzia del Territorio, la cui circolare n. 9/2007⁴⁷⁷ che si occupa, ai fini pertinenti ai compiti istituzionali dell'ente, della surrogazione Bersani sollecita le varie Conservatorie locali a curare con la massima tempestività l'esecuzione delle formalità prescritte dall'art. 120 *quater* T.U.B..

I rischi connessi alla conclamata costitutività dell'annotazione si aggravano alla luce dell'adesione alla tesi per cui anche i soggetti non consumatori e, quindi, principalmente gli imprenditori commerciali (anche societari) possono fruire, entro i limiti soggettivi di cui all'art. 120 *quater* c. 9 lett. a *bis* T.U.B., dei benefici della legge. Per essi, come noto, si pone il grave rischio della sottoposizione alla procedura fallimentare (cfr. artt. 2221 c.c. e l. fall.). In questo caso la giurisprudenza è dell'avviso che, preso atto del carattere necessario e, quindi, costitutivo dell'annotazione, per il nuovo rapporto ipotecario, che sorge dal negozio dispositivo del credito garantito; il compimento in data anteriore alla dichiarazione di fallimento dell'annotazione dell'avvenuta surrogazione è condizione di opponibilità alla procedura concorsuale della titolarità del diritto di prelazione. Conseguentemente, deve escludersi che l'efficacia dell'annotazione possa retroagire ad un momento anteriore all'esecuzione della pubblicità, vale a dire ad un momento in cui il negozio dispositivo del grado di ipoteca, per non essere stato annotato, non ha ancora giuridica efficacia⁴⁷⁸.

La dottrina, almeno quella più recente, ha da sempre criticato un orientamento siffatto, responsabile, oltre alla difficoltà tecnica in sé dell'istituto, della scarsa applicazione pratica della surrogazione per volontà del debitore di diritto comune e fonte di un possibile insuccesso del nuovo e potenziato istituto. Si tratta di un orientamento estremamente iniquo, in quanto non consente un'adeguata protezione delle ragioni del creditore subentrante che, come insegna la *ratio* stessa della teoria delle modificazioni soggettive del rapporto obbligatorio, viene immesso nel rapporto stesso con tutti gli accessori, pertinenti al

477 La circolare è consultabile sul seguente sito:

http://www.agenziaterritorio.it/sites/territorio/files/documentazione/normativa%20di%20riferimento/Circolari_2007/circolare9_07_surrogazione.pdf

478 Cassazione 9 settembre 2004 n. 18188 in *Foro Italiano*, 2004, 2689.

medesimo e nella stessa posizione giuridiche loro propri. A ciò si aggiunga che il terzo che avesse acquistato diritti incompatibili con l'ipoteca preesistente era certamente nelle condizioni di conoscere la presenza di un siffatto gravame, mediante semplice visura ipocatastale e che una vicenda meramente interna al rapporto, non avente effetti estintivi del medesimo, non può venire a vantaggio di chi non ne abbia alcun titolo, tanto più che tali soggetti non possono essere in alcun modo danneggiati dalla semplice sostituzione di un soggetto ad un altro⁴⁷⁹. Analogamente, per quanto concerne l'opponibilità al fallimento dell'ipoteca iscritta precedentemente alla dichiarazione di insolvenza e annotata successivamente ad essa, in seguito al perfezionamento della surrogazione in commento, non si vede come possa esservi da tale attività giuridica una lesione della garanzia patrimoniale della massa dei creditori e, quindi, una lesione della *par condicio creditorum*, poiché nel momento in cui è pubblicata la sentenza di fallimento già esiste nei pubblici registri immobiliari l'iscrizione ipotecaria, mentre l'annotazione nulla aggiunge e in nulla aggrava la situazione del patrimonio sottoposto alla procedura concorsuale⁴⁸⁰. Non può ovviamente essere tralasciata la possibilità che l'atto di assenso alla costituzione dell'ipoteca, in origine quindi, e non già nel momento dell'annotazione che è successivo e concerne la circolazione di credito e garanzia, sia rilasciato in pregiudizio delle ragioni dei creditori. In questo caso, si applicheranno le norme previste dalla legge fallimentare, in tema di revocazioni ordinarie e fallimentari, di cui agli artt. 66 e 67 l.fall., ma non si potrà *a priori* ritenere che il fallimento debba prevalere in virtù di un criterio temporale che farebbe assurgere l'annotazione della surrogazione a un ruolo che non ha nel sistema del diritto ipotecario.

Senza contare che l'adesione all'orientamento tradizionale darebbe la possibilità a un debitore scaltro di pregiudicare in modo irreversibile i diritti del nuovo creditore, mediante iscrizioni o trascrizioni pregiudizievoli, opportunamente predisposte per crediti o alienazioni simulate proprio nella *vacatio* tra perfezionamento della surrogazione e annotazione presso i registri immobiliari.

Altra questione che può seriamente minare la buona riuscita della riforma concerne il regime delle eccezioni opponibili dal debitore al nuovo creditore. Si scontrano anche in questo caso le interpretazioni dominanti che ritengono imprescindibile l'opponibilità a quest'ultimo delle eccezioni reali e personali relative al rapporto originario con le posizioni più recenti della dottrina e soprattutto dei primi commentatori della novella che intendono potenziarne appieno la sua applicabilità pratica. In effetti, non si può nascondere che la tesi

479 Cfr. BEVILACQUA, *Rischi di pregiudizio per la banca surrogata e relazione ipotecaria notarile*, in *Il contributo del notariato per l'attuazione delle semplificazioni in tema di mutui ipotecari* cit., 109.

480 BEVILACQUA, *Rischi di pregiudizio per la banca surrogata e relazione ipotecaria notarile* cit., 110.

dominante per la quale la modificazione del rapporto obbligatorio implica successione nel medesimo non può che condurre alla conseguenza logica, prima ancora che giuridica, che il nuovo titolare attivo dello stesso debba essere soggetto alle stesse eccezioni che il debitore avrebbe potuto opporre al creditore originario. Tuttavia, come ha ritenuto un'autorevole dottrina⁴⁸¹, sulla questione occorre distinguere tra quelle vicende dell'obbligazione nelle quali il ruolo del debitore è del tutto defilato, come la cessione del credito, da quelle in cui, invece, il ruolo di questi è attivo, pur non trattandosi di una volontà negoziale autonoma, ma che comunque abbia una potestà di controllo concreta, quale in particolare la surrogazione di cui all'art. 1202 c.c. e all'art. 120 *quater* T.U.B.. Nel primo caso, infatti, preso atto che il trasferimento del diritto di credito non avviene per volontà del debitore, il quale, come noto, non vi partecipa neppure in via indiretta, appare giustificato che in favore del debitore permangano tutte le azioni e le eccezioni di cui poteva disporre nei confronti del precedente titolare del credito. Nel secondo caso, in cui la sfera di volontà del debitore appare comunque coinvolta non sembra opportuno mantenere in suo favore il regime precedentemente descritto: molto spesso (anzi, dal punto di vista pratico, l'iniziativa, in particolare per i finanziamenti bancari sarà propria assunta dal cliente) questi non è estraneo alla surrogazione e, quindi, non pare equo che possa fruire delle eccezioni che prima caratterizzavano un rapporto, quello originario, definitivamente estinto, per essere sostituito come si ricava anche dal riferimento “alle condizioni stipulate tra il cliente e l'intermediario subentrante”, di cui fa cenno l'art. 120 *quater* c. 3 T.U.B..

A tale regola, nondimeno, derogano tutte quelle eccezioni fondate sulla nullità del contratto costitutivo del credito, in quanto tale grave sanzione fa venire meno la stessa causa della surrogazione che non potrà ovviamente essere tenuta ferma nel caso in cui mancasse il credito stesso da poter trasferire in favore del finanziatore subentrante: la nullità, come noto, ha effetti retroattivi reali e, quindi, la carenza *ab origine* del credito non potrebbe essere sanata dal successivo atto di surrogazione. Per quanto concerne i vizi di annullabilità della fonte del credito si è ritenuto, sempre da parte della dottrina dianzi citata⁴⁸², che l'avvenuta surrogazione possa essere considerata come una sorta di convalida tacita, ai sensi dell'art. 1444 c. 2 c.c., tale da rimuovere gli effetti negativi sulla validità del contratto, propri di tale forma meno grave di patologia contrattuale, in questo modo solo le annullabilità c.d. assolute (si tratta, a norma dell'art. 1441 c. 2 c.c., della patologia del contratto concluso dal condannato in stato di interdizione legale) ovvero le annullabilità legate all'incapacità

481 SIRENA, *Alcuni problemi sistematici in materia di c.d. portabilità del mutuo bancario o finanziario*, in *Il contributo del notariato per l'attuazione delle semplificazioni in tema di mutui ipotecari* cit., 103.

482 SIRENA, *Alcuni problemi sistematici in materia di c.d. portabilità del mutuo bancario o finanziario*, 103, 104.

legale⁴⁸³ potrebbero continuare ad essere opposte al nuovo creditore, in quanto esse, pur per motivi differenti, non potrebbero essere sanate da un comportamento concludente del debitore che abbia avallato il precedente contratto annullabile, mediante una volontaria esecuzione dello stesso che può essere ravvisata anche nella realizzazione della surrogazione.

La prassi negoziale si è, inoltre, sforzata di risolvere, per via contrattuale, tale grave problema che angustia ogni operazione di rilevazione del credito altrui. Nelle bozze contrattuali predisposte dall'istituto di credito che poi vengono incorporate nel contratto notarile di prestito spesso si prevede un'apposita clausola mediante la quale il mutuatario rinuncia ad opporre alla banca mutuante, eccezioni fondate sul precedente finanziamento⁴⁸⁴. Nel medesimo senso, la stessa prassi negoziale ha inteso evitare che il pagamento del debito connesso al finanziamento originario possa essere causa di applicazione dell'art. 40 *bis* T.U.B. e, quindi, possa determinare in occasione dell'estinzione del mutuo originario, la cancellazione automatica dell'ipoteca, senza ricorso all'atto di assenso notarile. Nei contratti notarili complessi di conclusione della procedura di surrogazione si legge inoltre come la banca originaria si impegni a non inviare al competente Ufficio Provinciale dell'Agenzia del Territorio la comunicazione di avvenuta estinzione dell'obbligazione ai sensi degli articoli 40 *bis* del D.Lgs. 385/93 T.U.B..

Detto questo, la tesi da ultimo citata, per quanto abbia sostenitori in dottrina, anzi è meglio sottolineare come la sostanziale unanimità dei commentatori abbia voluto sponsorizzare una soluzione a livello interpretativo ai difetti strutturali dell'istituto, appare alquanto labile davanti al dettato della legge e ai principi regolatori della materia. Occorre ricordare che la surrogazione Bersani, per quanto possa essere un istituto innovativo (ma non troppo, verrebbe da aggiungere), tuttavia non può essere letta separatamente rispetto al sistema

483 È noto come per tale forma di invalidità del negozio giuridico il regime della convalida diverga da quello generale che consente la c.d. convalida tacita, realizzata mediante la volontaria esecuzione del negozio da parte del legittimato all'azione che conosceva il motivo di annullabilità, in quanto, se fosse consentito ciò, si vanificherebbero le norme poste a protezione dell'incapace che prevedono, da un lato l'intervento per gli atti di c.d. ordinaria amministrazione, l'intervento del genitore esercente la potestà, ovvero del tutore o del curatore e dall'altro, per gli atti di c.d. straordinaria amministrazione la concessione di speciali autorizzazioni da parte dell'autorità giudiziaria competente, previa valutazione del merito stesso dell'atto e della rispondenza ai bisogni dell'incapace. In questo caso, quindi, nonostante la legge preveda espressamente (e non avrebbe potuto fare diversamente) che l'annullabilità possa essere fatta valere esclusivamente dall'incapace o dai suoi rappresentanti; non sarà possibile applicare la disposizione in tema di convalida tacita. È evidente che la maggior parte del contenzioso, sviluppatosi sulla questione, si è riscontrato in tema di autorizzazione al negozio di convalida per rimuovere l'annullabilità di un contratto concluso in spregio della normativa relativa alle autorizzazioni giudiziarie preventive. In questo senso, esaustiva dell'unanime orientamento giurisprudenziale pare essere la pronuncia della Pretura di Agrigento (in funzione di Giudice Tutelare) del 21 giugno 1991 (edita su *Vita notarile*, 1991) secondo cui "il contratto concluso senza la preventiva autorizzazione del giudice competente da parte dei genitori esercenti, la potestà sui figli minori è annullabile e non può essere sanato attraverso un'autorizzazione successiva, ma solo mediante atto di convalida previamente autorizzato. Il ricorso presentato dal genitore per essere autorizzato ad esigere dei crediti nascenti dal contratto annullabile esprimendo la volontà di dare esecuzione all'atto invalido equivale alla richiesta di autorizzazione alla tacita convalida dello stesso".

484 GATTONI, *La portabilità del mutuo e l'annotazione della surrogazione nell'ipoteca* cit., 64.

privatistico, anzi non può che essere armonizzata con esso. La surrogazione è sempre e comunque, per comune insegnamento della dottrina, fin dalla svolta rispetto al modello romanistico classico, da sempre ostile all'idea del mantenimento dell'unità oggettiva del rapporto, in presenza della modificazione dell'elemento soggettivo dello stesso, distinta dalla novazione soggettiva e tale distinzione può essere osservata proprio nell'ambito delle eccezioni opponibili dal debitore, nei confronti del nuovo titolare del rapporto giuridico. Se si osserva la disciplina della novazione soggettiva, così come elaborata dalla dottrina in assenza di norme che la disciplinino espressamente nel codice civile, a causa del ben noto sfavore verso la figura nutrita dal codificatore del '42 su cui già si è dato atto in precedenza, appare evidente come il debitore non possa più opporre al nuovo creditore (in sede di novazione soggettiva attiva, chiaramente) le eccezioni pertinenti al vecchio rapporto: esso si è estinto, con la nascita di un nuovo rapporto e solo su di esso il debitore potrà concentrare le proprie armi difensive rispetto alle domande del creditore.

La disciplina della surrogazione, come di qualunque altra forma di successione nel rapporto obbligatorio non avente effetti novativi, non può necessariamente prescindere dal c.d. rapporto anteriore e questo perché, a ben vedere, sempre di quel determinato rapporto si deve discorrere e non già di altri che lo abbiano sostituito, giacché il soggetto è fondamentalmente elemento esterno al rapporto, la cui individualità deve essere rappresentata esclusivamente dall'oggetto dello stesso. Proprio nella vicenda relativa all'opponibilità delle eccezioni fondate sull'annullabilità del precedente titolo su cui si fonda il credito, oggetto di surrogazione, pare essere la migliore testimonianza di quanto si va a sostenere. Non è un caso, infatti, che la fattispecie delineata dalla dottrina sia sostanzialmente quella prevista dall'art. 1234 c. 2 c.c. che prevede la salvezza della novazione (logicamente oggettiva, ma questo poco importa) conclusa sulla base di un rapporto fondato su titolo annullabile, ma l'applicazione di fatto di tale norma anche a una fattispecie che non può e non deve essere novativa non pare essere accettabile.

Delle due l'una: se la surrogazione Bersani consente l'inopponibilità delle eccezioni pertinenti allora non è una forma di surrogazione ordinaria, bensì una surrogazione novativa. Ma se trattasi di surrogazione novativa, allora la garanzia, reale o personale, accessoria al rapporto non potrà essere oggetto di automatico subentro da parte del nuovo creditore, bensì di estinzione, a meno che le parti non abbiano inteso mantenerla, così come previsto dall'art. 1232 c.c.. Al contrario, se la surrogazione Bersani è una forma di surrogazione ordinaria non novativa, e tale deve essere considerata, ne è prova proprio la disciplina del subentro automatico nelle garanzie, spia della distinzione rispetto alla novazione, allora non si potrà che concludere nel senso della generale opponibilità di tutte le eccezioni, personali e reali, relative al rapporto anteriore, ivi compresa la stessa

“famigerata” eccezione di compensazione nei confronti del vecchio creditore.

Non si nasconde che una tale interpretazione appare alquanto insoddisfacente e poco coerente con il generalizzato disegno di rafforzamento delle potenzialità dell'istituto di cui all'art. 120 *quater* T.U.B., tuttavia appare imposta dalla lettera della norma in commento, da cui non si ravvisano indizi specifici che possano determinare una deroga, quanto meno con riferimento alla tematica delle eccezioni opponibili al nuovo creditore, rispetto all'orientamento dottrinario consolidato. È ben vero che, quanto meno *de iure condendo*, le tesi espresse dalla netta maggioranza dei commentatori della novella possono essere condivise, ma ciò avrebbe richiesto appunto un apposito intervento del legislatore, purtroppo estremamente carente dal punto di vista della sensibilità giuridica, spesso intento a ottenere facili e mediatici consensi presso la pubblica opinione, intervento mai arrivato, né in sede di approvazione del provvedimento in prima lettura, né (e questo è molto più grave, giacché ben note erano le riserve e i suggerimenti della dottrina più autorevole) in sede di “novellazione della novella”.

La strada alternativa del ricorso alla Corte costituzionale per la dichiarazione di irragionevolezza e, dunque, di incostituzionalità della norma *ex* art. 3 Cost., nella parte in cui non prevede un regime di inopponibilità nei confronti del nuovo creditore delle eccezioni fondate sul precedente rapporto, nonché del regime giuridico di annotazione dell'ipoteca appare oltre modo impervia, in quanto con ciò si sindacherebbe, da un lato, su un coerente (e ci si riferisce alla questione dell'ipoteca) e prevalente orientamento della giurisprudenza di legittimità (la qual cosa appare assolutamente estranea ai compiti della Consulta, in questo caso si potrebbe solo riuscire a ottenere un *revirement* da parte della Cassazione, logicamente delle Sezioni unite della Corte di legittimità, su cui pare lecito non essere ottimisti) e dall'altro lato (ci si riferisce alla questione delle eccezioni opponibili) si andrebbe a sindacare in modo abnorme sulla discrezionalità (magari inconsapevole, ma pur sempre si tratta di discrezionalità) del legislatore, al quale, essendo noti (o dovendo essere noti) gli orientamenti interpretativi dominanti in tema di eccezioni opponibili in caso di surrogazione, ha preferito non prendere posizione, lasciando, quindi, che la questione venisse risolta secondo i canoni ermeneutici già scolpiti nel dibattito accademico. Solo il legislatore può, innovando fortissimamente e forse lacerando convincimenti diffusi, fondati, come in questo caso, anche su ragioni logiche, superare gli schemi mentali propri della teoria della successione nel rapporto obbligatorio. Per l'interprete prima e per il giudice poi, che si tratti anche del giudice di legittimità o dello stesso Giudice delle Leggi, una tale operazione è preclusa, essendo tutti doverosamente costretti a percorrere gli spazi, talvolta angusti, del recinto normativo (anche costituzionale), così come definiti e chiariti dal pensiero sugli stessi formatosi.

7.1 Le modalità di annotazione dell'ipoteca

Se i problemi dell'efficacia giuridica dell'annotazione della surrogazione in margine all'iscrizione ipotecaria originaria sono ben lungi dal trovare una soluzione condivisa, anche le stesse modalità di espletamento di tale formalità non sono ben chiarite dalla legge.

L'art. 120 *quater* c. 3 parte II T.U.B. (norma importante anche per definire la forma dell'atto di surrogazione, come si capirà in seguito), infatti, prevede che tale annotazione (l'espressione “annotamento” è imprecisa) della “surrogazione può essere richiesto al conservatore *senza formalità*, allegando copia autentica dell'atto di surrogazione, allegando copia autentica dell'atto di surrogazione stipulato per atto pubblico o scrittura privata”. È evidente come la chiave di volta per comprendere appieno il volere del legislatore è proprio racchiusa nella corretta interpretazione dell'espressione “senza formalità”.

È noto come l'art. 2839 c.c. preveda ai fini dell'iscrizione dell'ipoteca anche la presentazione alla competente Agenzia del Territorio del titolo costitutivo della garanzia, oltre a una nota in doppio originale contenente gli estremi identificativi dei soggetti del rapporto ipotecario, oltre che degli estremi del titolo e dell'immobile specificatamente indicato, anche ai sensi dell'art. 2826 c.c., su cui graverà il vincolo. Al contempo l'art. 2843 c. 3 c.c. prevede che per l'annotazione nei pubblici registri deve essere presentato al conservatore soltanto copia del titolo. La norma del testo unico bancario, in commento, quindi, non pare innovare rispetto alla corrispondente disposizione codicistica relativa alla surrogazione di diritto comune, se non per l'aggiunta dell'aggettivo “autentica” apposto al sostantivo “copia”, peraltro norma solo illusoriamente innovativa, giacché l'art. 2835 c.c., così come richiamato dall'art. 2843 c. 3 c.c., dispone che la comunque la copia del titolo con cui si richiede l'annotazione deve essere “autenticata”.

La questione che ha maggiormente impegnato gli interpreti è stata quella relativa alla necessità della predetta nota in doppio originale, se essa debba essere presentata dal richiedente l'annotazione, ovvero se essa debba essere prodotta, in autonomia e d'ufficio dal Conservatore dei Registri Immobiliari.

La prima tesi è stata quella fatta propria nell'imminenza dell'emanazione del decreto 7/2007 secondo cui l'inciso “senza formalità” non poteva avere quale conseguenza la facoltatività della nota in doppio originale, in quanto strumento irrinunciabile per consentire la pubblicità

della vicenda surrogatoria⁴⁸⁵, tanto più che una precisa disposizione della legge che ha riformato il meccanismo della pubblicità nei Registri Immobiliari (art. 17 c. 8 l. 52/85), non modificata dal decreto Bersani *bis*, prevede esplicitamente come “ad eccezione delle rettifiche eventualmente occorrenti per errori materiali dell'ufficio e per le trascrizioni, iscrizioni e rinnovazioni da eseguirsi d'ufficio a norma di legge, *non è consentito alle conservatorie di redigere le note* di trascrizione, di iscrizione, di rinnovazione e di *annotazione*, nonché le domande di certificati ipotecari”. A ulteriore conferma della necessità della presentazione della nota per l'annotazione a cura del richiedente, l'art. 17 c. 2 della stessa l. 52/1985 stabilisce che “apposita nota, in doppio esemplare, deve essere parimenti presentata, con le modalità di cui al precedente comma, per ogni formalità di annotazione”. È evidente, tuttavia, come tale interpretazione sia estremamente riduttiva della portata giuridica dell'inciso “senza formalità” che ne risulterebbe a tal punto depotenziato, da essere sostanzialmente privo di qualunque effetto giuridico.

Tale interpretazione è stata autorevolmente ribaltata da una circolare dell'Agenzia del Territorio (n. 9/2007⁴⁸⁶) che ha stabilito come l'espressione debba essere contestualizzata entro i confini di un provvedimento tendente a semplificare e ad alleggerire gli adempimenti posti a carico de privati. In tal modo, non si può che evidenziare come la locuzione “senza formalità” acquisti un significato solo se si accede alla tesi per la quale, pur trattandosi di espressione atecnica, in quanto l'annotazione costituisce essa stessa una formalità considerata insostituibile per il legislatore, come conferma lo stesso art. 120 *quater* T.U.B., possa essere espletata autonomamente dall'Amministrazione, la redazione della nota per l'annotazione, analogamente a quanto accade (ma qui si è in sede di iscrizione dell'ipoteca *tout court*) per l'ipoteca legale, di cui all'art. 2834 c.c., e per la trascrizione del fondo patrimoniale, di cui all'art. 2647 c.c.⁴⁸⁷.

Naturalmente ciò non vuole impedire alle parti diligenti e, soprattutto, ai notai, i quali così eseguirebbero con la massima cura la prestazione professionale loro richiesta, la predisposizione della nota per procedere con maggiore solerzia all'annotazione, con evidente vantaggio per i fruitori del servizio pubblico.

A tale proposito non si può evitare di fare presente come in un caso realmente verificatosi

485 TASSINARI, *Portabilità del mutuo e surrogazione dopo l'articolo 8 del d.l. sulla concorrenza* cit..

486 La circolare è consultabile sul seguente sito:

http://www.agenziaterritorio.it/sites/territorio/files/documentazione/normativa%20di%20riferimento/Circolari_2007/circolare9_07_surrogazione.pdf

487 Tale soluzione è fatta propria anche da SIRENA, *La “portabilità del mutuo” bancario o finanziario*, in *Rivista di diritto civile*, 2008, 463 e sostanzialmente ne adombra la fattibilità, anche se pur tra dubbi, FAUSTI, *Mutui e clausole vessatorie* cit., 536, il quale sottolinea come ciò possa causare un aggravamento di compiti e responsabilità per i pubblici uffici, che potrebbe pregiudicare il successo dell'istituto.

nella pratica e reso pubblico da autorevole dottrina⁴⁸⁸, il notaio che aveva diligentemente provveduto alla spedizione, a termini di legge, della nota per l'annotazione si sia vista rifiutata l'accettazione da parte della competente Agenzia del Territorio, in quanto essa stessa si ritiene unica titolare del diritto/dovere di procedere all'annotazione d'ufficio. A testimonianza di come i pubblici uffici tendano, per obiettive ragioni di disbrigo di un imponente quantitativo di pratiche, a non valutare appieno le potenzialità del meccanismo dell'annotazione, l'effettuazione della formalità nel caso concreto si rivelò poco soddisfacente per il debitore e, soprattutto, per la banca subentrante nel rapporto⁴⁸⁹.

Per completare il quadro sul procedimento di annotazione, si deve sottolineare come l'Agenzia del Territorio con la più volte citata circolare n. 9/2007 ha stabilito che l'annotazione si deve effettuare mediante l'espressa indicazione del *nomen iuris* "Surrogazione ai sensi dell'art. 8 c. 2 d.l. 7/2007" (ora *ex art.* 120 *quater* c. 2 T.U.B.), utilizzando il codice generico "800".

Quale ultima notazione non si può che evidenziare come, a conferma della causa della surrogazione sia Bersani sia di diritto comune, che tale modificazione del lato attivo del rapporto obbligatorio non potrà, dal punto di vista economico, che essere pari al debito residuo e preesistente e che la trasmissione dell'ipoteca, in favore del nuovo creditore, non potrà che confermare tutti i parametri identificativi della stessa, indicati dall'art. 2839 c.c.. In un'ottica *de iure condendo*, come si cercherà di approfondire nel proseguio della presente dissertazione, si deve sottolineare come la dottrina notarile ha ritenuto che il limite del debito preesistente, e la conseguente annotazione ipotecaria entro i limiti di quella precedente, siano i limiti più rilevanti all'affermazione della surrogazione nella prassi negoziale⁴⁹⁰.

7.2 La garanzia ipotecaria prestata da terzi e tutela dei terzi creditori

L'art. 1204 c.c. prevede che la surrogazione esplica i propri effetti anche nei confronti dei

488 FAUSTI, *Il ruolo del notaio nei mutui ipotecari: rilevazione, trasparenza, consulenza, proposizione*, in *La nuova disciplina dei mutui ipotecari. Il ruolo del notaio e la prassi bancaria* cit., 16.

489 La questione si poneva per la carenza della compilazione del famoso quadro "D" della nota di annotazione, quel quadro che, per qualsiasi operazione di pubblicizzazione di determinati negozi su beni iscritti nei pubblici registri, consente di segnalare che il quadro "D" è stato appositamente istituito per inserire tutte le prescrizioni richieste dalla legge o dalle istruzioni che non si possono inserire in altri campi, potendo essere utilizzato per riportare tutti gli aspetti che si ritiene utile indicare ai fini della pubblicità immobiliare al fine di specificare meglio il contenuto di un dato riportato in uno dei quadri precedenti (cfr. STEFANI, *Trascrizione a favore del trust: una nuova frontiera?*, in *Notariato*, 2011, 415).

490 FAUSTI, *Il ruolo del notaio nei mutui ipotecari: rilevazione, trasparenza, consulenza, proposizione* cit., 22.

terzi che abbiano fornito garanzie, a servizio del credito originario. È naturalmente il caso, molto frequente nella prassi negoziale, del genitore che mette a disposizione un proprio immobile affinché il figlio possa, a sua volta, contrarre un mutuo con una banca per i motivi più disparati anche di tipo imprenditoriale o, caso anch'esso diffuso, del socio, spesso di maggioranza, che mette a disposizione della propria società un proprio diritto immobiliare affinché funga da garanzia per l'ottenimento della provvista bancaria perché la società possa concorrere alla realizzazione di un determinato affare. Non è ovviamente il caso di ripercorrere la *ratio* di tale disposizione che, come spesso accade nell'ambito delle modificazioni soggettive del rapporto obbligatorio, affonda le proprie radici in considerazioni di ordine logico, prima ancora che giuridiche: se la surrogazione è una semplice successione non novativa del rapporto obbligatorio, ne consegue che il nuovo creditore otterrà quel determinato credito con tutti gli accessori oggettivi del medesimo.

Un interrogativo, tuttavia, non può essere tralasciato allorché ci si occupi di surrogazione Bersani, ossia se l'art. 1204 c.c.. La domanda è questa: in assenza di diversa disposizione normativa, laddove la nuova contrattazione tra il debitore e l'istituto di credito subentrante fosse peggiorativa della situazione giuridica del bene, senza interpellare il terzo datore di ipoteca? E ancora, a tutela dei creditori ulteriori che avessero delle iscrizioni successive a quelle per la quale si pone in essere la surrogazione, è possibile che una surrogazione, anch'essa peggiorativa della posizione di questi ultimi, possa essere conclusa, in assenza del consenso di questi?

I termini della questione si possono così riassumere. La surrogazione, lo insegna l'esperienza pratica, viene realizzata al fine di ottenere un risparmio mensile di una somma sufficiente per riuscire a impiegarla per scopi differenti (per il *ménage* familiare, in caso di debitore – consumatore; ovvero per investimenti o spese per la produzione, in caso di debitore – imprenditore). Tale obiettivo può essere raggiunto sostanzialmente in due modi, con l'ottenimento di un tasso di interesse più favorevole per il cliente rispetto al precedente, ovvero, e trattasi di fattispecie forse maggioritaria nella pratica, ammortizzando in un periodo di tempo più lungo l'obbligo di restituzione del capitale e degli interessi. Nel caso in cui il periodo temporale di ammortamento del finanziamento si allungasse (poniamo caso un mutuo ventennale che diventa trentennale, a tale proposito, per il momento, si tralasci la tematica relativa al rinnovo dell'iscrizione ipotecaria per decorso del ventennio), due sarebbero le questioni da valutare: da un lato, la tutela del terzo garante il quale avrebbe ragione di dolersi di una convenzione che allungasse per un periodo spesso considerevole la permanenza della garanzia (la qual cosa, per quanto concerne le garanzie reali, significherebbe fattualmente l'incommerciabilità a prezzi di mercato del bene); dall'altro, la tutela dei terzi che avessero un titolo di prelazione immediatamente successivo a quello del

creditore subentrante.

Anche per risolvere tale questione, l'art. 120 *quater* T.U.B. non aiuta. Non resta che fare riferimento alle prescrizioni derivanti dall'art. 1204 c.c. e dai principi generali dell'ordinamento, in tema di ipoteche.

La norma civilistica in tema di passaggio di garanzie prevede espressamente come anche le garanzie fornite dai terzi transitino in favore del creditore subentrante, dettando, in coerenza con i principi generali, una speciale disciplina solo per il pegno, ai fini della custodia del bene oppignorato e non già della garanzia privilegiata. La dottrina⁴⁹¹, preso atto della norma, ha quindi ritenuto che, con riferimento alla surrogazione Bersani, il maggior periodo temporale di vincolo del bene ipotecato non sia ostativo alla permanenza della garanzia, dovendosi procedere, ai sensi dell'art. 2850 c.c., a rinnovazione dell'ipoteca solo laddove sia necessario per il decorso del ventennio di durata dell'iscrizione originaria. Si sostiene, infatti, che il mero allungamento del periodo di ammortamento non possa essere considerato come fonte di ulteriori obbligazioni a carico del debitore, tali da dovere richiedere un'ulteriore valutazione del rischio nel garantire con un proprio diritto da parte del terzo datore, in quanto si tratta esclusivamente della pattuizione di una nuova modalità di adempimento da parte del debitore.

È evidente che il notaio, richiesto di ricevere una surrogazione che concreti il passaggio della garanzia ipotecaria data da un terzo, a favore della banca nuova finanziatrice, a prescindere dal dato letterale della legge, si porrà sempre e comunque la questione dell'intervento del terzo datore, visto anche che il terzo viene a essere comunque limitato nella libertà di disporre del proprio bene (almeno da un punto di vista economico, se non giuridico), a causa dell'allungamento del periodo di ammortamento. In virtù della nota funzione anti-processualistica di cui è depositario il notaio e, comunque, della sua alta sensibilità verso la tutela di tutte le parti coinvolte in un negozio, la prassi notarile si orienterà sicuramente verso la costituzione in atto del terzo datore che presterà, anche solo per ragioni di trasparenza, il proprio consenso al passaggio della garanzia ipotecaria in favore del nuovo creditore, o quanto meno affinché questi sia messo nelle condizioni di essere reso edotto del nuovo soggetto titolare del diritto di garanzia e delle nuove condizioni (anche temporali), a cui sarà tenuto il debitore da questi garantito⁴⁹².

Una dottrina notarile ha anche sottolineato, adombrando peraltro la possibilità che sia necessario il consenso (costitutivo del passaggio della garanzia) del terzo datore che, nel caso in cui il nuovo mutuo abbia delle conseguenze negative per la posizione giuridica di

491 SIRENA, *La "portabilità del mutuo" bancario o finanziario* cit., 477.

492 In questo stesso senso cfr. GATTONI, *La portabilità del mutuo e l'annotazione della surrogazione nell'ipoteca* cit., 63.

quest'ultimo e il terzo datore non fosse stato adeguatamente interpellato sull'allungamento del periodo di ammortamento, questi avrebbe diritto a trovare tutela nella clausola generale del risarcimento del danno ingiusto ai sensi dell'art. 2043 c.c.⁴⁹³, quale vera e propria lesione della libertà negoziale del proprietario.

L'altra questione che non può non essere esaminata è quella relativa alla tutela dei creditori ulteriori. Per alcuni, modifiche, come quelle che imporrebbero un termine di durata più lungo per la definizione del rapporto di prestito, non potrebbero essere prese a detrimento dei diritti degli altri creditori, aventi un titolo di preferenza di grado inferiore rispetto a quello su cui si verifica la surrogazione, in quanto si pregiudicherebbero, senza che consti il loro consenso, diritti da questi quesiti⁴⁹⁴. Una tale interpretazione in realtà, oltre a non essere fondata sul tenore letterale della norma, paralizzerebbe in modo pressoché devastante gli effetti della novella, precludendo il suo impiego nelle ipotesi nella prassi frequenti, in cui l'ammortamento si prolunghi anche oltre il ventennio di efficacia dell'iscrizione ipotecaria. Appare, alla luce di queste considerazioni, senz'altro preferibile la tesi⁴⁹⁵ secondo cui la surrogazione può essere conclusa anche per un termine più lungo, in quanto l'iscrizione ipotecaria viene presa per un determinato credito, il quale transita in favore del terzo surrogato senza che da ciò possa derivare alcun tipo di pregiudizio nelle ragioni del creditore di grado inferiore, come anche dimostra la stessa liceità della rinnovazione ipotecaria che consente, per un ulteriore ventennio, al creditore di essere titolare di un diritto di garanzia di grado poizore rispetto ai creditori in subordine (artt. 2847 e ss. c.c.).

7.3 Garanzie diverse dall'ipoteca (in particolare il pegno e la fideiussione)

Il legislatore del 2007, confermato in questo dagli ulteriori interventi che si sono succeduti nel tempo, ha avuto quale principale interesse, in quanto considerato ambito elettivo di applicazione della nuova disciplina, quello di normare il rapporto finanziario garantito mediante ipoteca, tanto che autorevole dottrina aveva, probabilmente non a ragione, inteso esprimere un certo favore per una tesi alquanto restrittiva che avrebbe limitato l'operatività del decreto ai soli finanziamenti ipotecari⁴⁹⁶. Si è infatti notato come l'ampio spettro

493 FAUSTI, *Anticipata estinzione del mutuo e portabilità dell'ipoteca (articoli 7, 8 e 8bis della legge 2 aprile 2007 n. 40)* cit., 51.

494 GIAMPIERI, *Il decreto sulle liberalizzazioni. La portabilità del mutuo, le intenzioni del legislatore e gli effetti (forse indesiderati) della norma*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2007, 476.

495 SIRENA, *La "portabilità del mutuo" bancario o finanziario* cit., 477 nota 87.

496 TASSINARI, *Portabilità del mutuo e surrogazione dopo l'articolo 8 del d.l. sulla concorrenza* cit..

applicativo delle disposizioni normative potesse essere compatibile con un rapporto contrattuale garantito in modo diverso rispetto all'ipoteca, sia con altre garanzie reali (pegno) sia con garanzie personali (principalmente la fideiussione, senza dimenticare il contratto autonomo di garanzia che prende, come noto, sempre più piede nei rapporti imprenditore – banca). L'art. 120 *quater* c. 2 T.U.B. nell'evidenziare il subentrare nelle garanzie, personali e reali, che assistevano il credito da parte del nuovo creditore non lascia spazio ad alcuna ulteriore illazione e, anzi, rappresenta un ulteriore nuovo elemento in favore della tesi per la quale il campo di applicazione della normativa, a livello soggettivo, è quanto mai vasto, in quanto, come noto, sono tipici, anche se non esclusivi, dei rapporti di finanziamento bancario all'impresa, l'offerta della garanzia pignorizia (si pensi al noto pegno rotativo, la cui utilità che ne costituisce il fondamento si manifesta in occasione del fallimento, da cui si deduce che può trattarsi di contratto prevalentemente impiegato da banche nei rapporti con soggetti fallibili, ossia con imprenditori) o della garanzia personale (si pensi in particolare al c.d. *Garantievertrag*).

Anche tali garanzie si trasferiscono automaticamente al momento del perfezionamento della surrogazione, qualche dubbio potrebbe porsi per il pegno, per il quale la legge speciale non prevede alcunché. È evidente che, in applicazione dei principi generali che caratterizzano l'istituto, si dovrà fare applicazione (diretta) dell'art. 1204 e del suo rinvio all'art. 1263 c.c..

Per quanto concerne le garanzie personali, quali la fideiussione, si ritiene che la soluzione sia differente, in virtù dei differenti principi che regolano tale contratto. La chiave di volta per approdare a una risposta convincente sul tema può essere rinvenuta nell'art. 1957 c.c., da cui può trarsi il principio per il quale l'obbligazione di garanzia fideiussoria, si estingue nel momento in cui scade l'obbligazione garantita e non già nel momento in cui essa viene effettivamente soddisfatta⁴⁹⁷. Da ciò si deduce che, a differenza di quanto accade per la prestazione del proprio immobile a fine di garanzia ipotecaria delle obbligazioni di terzi, il fideiussore debba prestare il proprio consenso alla surrogazione che allungasse il periodo di restituzione della somma presa a prestito⁴⁹⁸.

497 SIRENA, *La "portabilità del mutuo" bancario o finanziario* cit., 477.

498 A sostegno di questa tesi si può ricordare come la stessa Corte di Cassazione abbia così sentenziato, in un'ipotesi affine a quella testè illustrata: "non è opponibile al fideiussore l'accordo che, intercorso tra creditore e debitore principale, successivamente al negozio giuridico che ha regolato l'obbligazione principale, dilazionando il termine di pagamento per il debitore (nella specie, con il rilascio di un assegno postdatato), deroghi alla disciplina di cui al primo comma dell'art. 1957 c.c., spostando "ad libitum" il termine di decadenza, vincolando esso solo le parti contraenti e non il terzo, quale è di fideiussore" (Cassazione 28 dicembre 1993 n. 12901 in *Massimario Giurisprudenza Italiana*, 1993).

8. La forma dell'atto di surrogazione

È noto come la surrogazione di diritto comune sia fattispecie a forma libera, mentre per la surrogazione per volontà del debitore, si discute in dottrina (cfr. terza parte paragrafo 1.2 della presente dissertazione) se il requisito della data certa dia vita a una forma vincolata o se, invece, si debba calare entro gli schemi della mera efficacia “esterna” della surrogazione, salva la validità della stessa.

L'art. 120 *quater* c. 3 parte II T.U.B., invece, dà una soluzione apparentemente diversa alla questione. Si richiede che l'atto di surrogazione sia perfezionato con forma pubblica, ovvero con scrittura privata (analogamente a quanto previsto dall'art. 2821 c. 1 c.c., per l'atto di consenso alla costituzione di ipoteca, cosa questa da tenere sempre bene a mente, nel trattare l'istituto in commento), non specificando, però, a differenza di quanto accade per la norma civilistica appena citata che tale requisito è richiesto a pena di nullità dell'atto (particolare questo da non sottovalutare).

Non si tratta, dunque, di una forma richiesta *ad substantiam* dell'atto, in quanto esso trova giustificazione, in virtù e solo a servizio dell'annotazione del passaggio del titolare del vincolo, in seguito alla surrogazione. La sufficienza della forma della scrittura privata semplice lascia incerti, in quanto, come noto, il principio generale è quello per il quale solo gli atti pubblici e le scritture autenticate nelle sottoscrizioni, o le cui sottoscrizioni sono giudizialmente accertate, possono essere impiegate per l'iscrizione di negozi su determinati diritti immobiliari, in quanto, per garantire la regolarità dei pubblici registri, occorre che gli atti che si immettono negli stessi provengano da fonte autorevole e sicura. Tale norma, come suggerito dalla dottrina, si deve leggere in combinato con l'art. 2821 c.c., il quale prevede che il titolo per la costituzione del diritto di garanzia può anche essere una scrittura privata (analogamente a quanto avviene per il trasferimento della proprietà immobiliare che non richiede l'autenticazione delle sottoscrizioni, ai sensi dell'art. 1350 n. 1 c.c.) e, solo per l'iscrizione del titolo stesso (che in questo caso, però, a differenza di quanto accade per i trasferimenti di diritti reali di godimento su immobili ha valore costitutivo del diritto), l'art. 2835 c. 1 c.c. richiede la forma minima della scrittura autenticata o con sottoscrizioni accertate giudizialmente. Tra gli interpreti non è neppure mancato, in sede di commento alle disposizioni del decreto, chi ha sottolineato come la scrittura privata considerata sufficiente per la conclusione della surrogazione non potesse essere bastevole ai fini dell'annotazione, visti i principi generali che regolano la materia⁴⁹⁹. È chiaro, come anche sottolineato da autorevole dottrina⁵⁰⁰, che le parti ricorreranno ovviamente alla stipulazione di un contratto

499 TASSINARI, *Portabilità del mutuo e surrogazione dopo l'articolo 8 del d.l. sulla concorrenza* cit..

500 SIRENA, *La “portabilità del mutuo” bancario o finanziario* cit., 465.

nella forma pubblica notarile, vista l'autorevolezza della fonte di provenienza dell'atto e la maggiore certezza che l'atto pubblico riveste nei confronti delle parti stesse e dei terzi.

Si può perciò dedurre che tale forma verrà richiesta solo al fine di ottenere l'annotazione della surrogazione e solo in presenza di un credito ipotecario, ma, aderendo alla tesi per la quale la surrogazione Bersani può essere stipulata anche per crediti chirografari o, comunque, per crediti non assistiti da ipoteca, la forma minima della modificazione soggettiva del rapporto obbligatorio non potrà che essere quella prescritta dall'art. 1202 c. 2 n. 1 c.c..

9. Surrogazione Bersani e quota frazionata di mutuo

Una forma particolarmente complessa, non toccata dal decreto Bersani *bis* e neppure dal testo unico bancario, è quella del subentro di un nuovo istituto di credito in un finanziamento originatosi da un frazionamento di un anteriore mutuo più ampio.

Le operazioni di frazionamento di un finanziamento e dell'ipoteca a garanzia del medesimo, tipiche del settore edilizio, sono diffuse nella pratica negoziale da tempi risalenti, certamente anteriori all'emanazione del testo unico bancario del 1993, rinvenendosi riferimenti a siffatta pratica in testi normativi risalenti, quali il r.d.l. 1509/27 ovvero il r.d.l. 1165/38. Nonostante ciò è stato proprio il T.U.B., oltre alle leggi che sono state successivamente emesse *in subiecta materia*, ad avere individuato un vero e proprio diritto al frazionamento, in precedenza sconosciuto, in quanto rimesso essenzialmente alla cooperazione delle parti e ricavabile solo da una diffusa pratica negoziale.

È fondamentale l'art. 39 T.U.B., così come riformulato a seguito del d.lgs. 122/2005, ad imporre alla banca, concedente un finanziamento fondiario (su tale forma di finanziamento cfr. art. 38 T.U.B.), l'obbligo di procedere al frazionamento del mutuo e dell'ipoteca, ovvero alla cancellazione della stessa, a seconda dei presupposti di fatto e di diritto di ciascuna vicenda contrattuale. L'operazione di frazionamento è tipica dei complessi finanziamenti bancari alle imprese costruttrici, per le quali l'accesso al mercato creditizio è imprescindibile per sopportare gli oneri di realizzazione di opere particolarmente complesse. Di solito avviene che talune società edilizie ottengono cospicui finanziamenti garantiti da ipoteca di primo grado sul terreno su cui costruiranno gli edifici. In virtù del noto principio per il quale il diritto reale di garanzia si estende anche alle

accessioni, ai sensi dell'art. 2811 c.c.⁵⁰¹, gli immobili edificati saranno anch'essi gravati dal vincolo reale. Al momento della vendita delle unità immobiliari ai singoli compratori, il finanziamento originario e la relativa ipoteca debbono essere suddivisi *pro quota* per tutte le unità, in modo tale che l'acquirente, a seguito dell'accollo con cui assume su di sé, generalmente come forma parziale di pagamento del prezzo per l'acquisto, una parte del finanziamento residuo gravante sul costruttore sia responsabile, sia in via obbligatoria sia in via ipotecaria, per il solo immobile di cui è divenuto proprietario.

Per quanto concerne il frazionamento dell'obbligazione, essa non presenta particolari difficoltà. La natura giuridica dell'accordo è riconducibile, secondo la dottrina prevalente⁵⁰², nonostante talune voci difformi⁵⁰³, a una semplice obbligazione passivamente parziaria. Dal punto di vista della natura giuridica dell'operazione di frazionamento del mutuo, la dottrina lo qualifica come "un atto unilaterale del mutuante" che "assume la configurazione giuridica di *pactum de non petendo*, con il quale cioè il creditore non rinuncia al diritto ma all'azione correlata, con obbligo di astenersi dal richiedere il pagamento a ciascun mutuatario oltre la quota di debito al medesimo attribuita e risultante dal frazionamento"⁵⁰⁴.

I problemi più gravi si presentano in sede di frazionamento della garanzia, in origine gravante sull'intero immobile, che deve essere successivamente ripartita per le singole unità abitative. A tale fine occorre scardinare due principi che dominano il diritto ipotecario nel nostro ordinamento, ossia la specialità e soprattutto l'indivisibilità dell'ipoteca. La Corte di Cassazione ha sottolineato che il negozio di frazionamento della garanzia è un "atto unilaterale di rinuncia all'indivisibilità dell'ipoteca"⁵⁰⁵. A tale qualificazione giuridica, si è risposto come la definizione in termini di diritto della posizione giuridica del terzo acquirente l'immobile, in virtù degli artt. 39 T.U.B. e 8 d.lgs. 122/2005, appaia ostativa alla riconduzione dell'atto di frazionamento ipotecario disposto dalla banca alla categoria della rinuncia che, come noto, richiede un atteggiamento non certamente compatibile con il diritto in capo al soggetto contrapposto al preteso rinunciante⁵⁰⁶. Alla luce delle considerazioni che si sono svolte in dottrina sul frazionamento di finanziamento e di ipoteca, si può condividere

501 In questo senso cfr. Cassazione 10 gennaio 2011 n. 377 in *Giustizia civile*, 2011, 627 secondo cui "l'ipoteca iscritta su un immobile si estende, a norma dell'art. 2811 c.c., a quei beni che all'immobile medesimo siano incorporati, non per mera adesione con mezzi aventi la sola funzione di ottenerne la stabilità necessaria all'uso, ma per effetto di una connessione fisica idonea a dar luogo ad un bene complesso".

502 BIANCA, *Diritto civile 4 L'obbligazione* cit., 762, allorché si nota come le obbligazioni parziarie siano la risultante di una divisione successiva o contestuale di un rapporto scaturente da una fonte unitaria.

503 SPREAFICO, *La suddivisione del finanziamento in quote ed il frazionamento dell'ipoteca*, in *La nuova disciplina dei mutui ipotecari. Il ruolo del notaio e la prassi bancaria* cit., 114.

504 Così AMORESANO – FERRENTINO – FERRUCCI, *La tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire ed istituti collegati*, Milano, 2008, 321 nota 18.

505 Cassazione, 20 marzo 2008, n. 7453, in *Giustizia civile Massimario*, 2008, n. 3, 449.

506 SPREAFICO, *La suddivisione del finanziamento in quote ed il frazionamento dell'ipoteca*, in *La nuova disciplina dei mutui ipotecari. Il ruolo del notaio e la prassi bancaria* cit., 116.

l'assunto secondo cui, mediante tali operazioni, il creditore consente la divisione del mutuo originario in tante quote e dispone la suddivisione dell'ipoteca, accettando che ogni quota di mutuo sia garantita da uno o più beni oggetto della garanzia originaria⁵⁰⁷. È proprio in sede di tutela dell'acquirente di beni immobili da costruire, nella sequenza preliminare di vendita – contratto definitivo, che il frazionamento di mutuo e ipoteca, necessari per la realizzazione del fabbricato, registra l'ambito applicativo più importante. E in questo istante è noto come, in mancanza di atto di frazionamento e seguente annotazione, il notaio non possa ricevere un atto definitivo di compravendita, pena la violazione dell'art. 8 d.lgs. 122⁵⁰⁸.

Ai sensi dell'art. 39 c. 6 *bis* della legge bancaria, è l'istituto di credito stesso a dover procedere al perfezionamento del frazionamento, entro novanta giorni dalla data di ricevimento della richiesta inviata dal soggetto titolare del diritto (tale termine è elevato a centoventi giorni se il frazionamento deve essere effettuata relativamente ad oltre cinquanta quote).

507 SANTARCANGELO, *Atto di surroga di quota frazionata di mutuo*, in *Notariato*, 2008, 530.

508 La disposizione preveda anche la necessaria cancellazione del gravame, nel caso in cui sia stato estinto il credito, limitatamente alla quota relativa a quel determinato immobile. Ciò pone il problema della fruibilità, a tale fine, della modalità di cancellazione di cui all'attuale art. 40 *bis* T.U.B.. Nella formulazione originaria dell'art. 6 d.l. 7/2007, così come convertito dalla l. 40/2007, non si prevedeva alcun riferimento al possibile impiego della norma ai fini della cancellazione di cui all'art. 8 d.lgs. 122/2005. La tesi prevalente anteriore era contraria a tale possibile estensione, in quanto, come noto, la procedura automatica di cancellazione delle ipoteche volontarie di cui all'art. 40 *bis*, non garantisce, per la propria naturale revocabilità, la certezza dell'effetto di cancellazione del gravame, proprio in un contesto nel quale il soggetto contro cui è stata presa l'ipoteca è tipicamente un imprenditore, come tale soggetto al fallimento. A seguito della novella introdotta dalla legge finanziaria per l'anno 2008, il meccanismo di cancellazione automatica dell'ipoteca è fruibile espressamente anche per la cancellazione richiesta dall'art. 8 del decreto T.A.I.C., nonostante le critiche che la dottrina ha riservato per tale soluzione (SPREAFICO, *La suddivisione del finanziamento in quote ed il frazionamento dell'ipoteca*, in *La nuova disciplina dei mutui ipotecari. Il ruolo del notaio e la prassi bancaria* cit., 120 e ss.).

Stante la gravità del disposto dell'art. 8 del decreto T.A.I.C. specie nei confronti del notaio, preso atto che il decreto Bersani non consente un'immediata estinzione del vincolo ipotecario al momento del pagamento del debito derivante dal mutuo, si pone un gravissimo ostacolo a quelle stipulazioni in cui sia necessario addivenire ad una pronta vendita della porzione immobiliare. A fronte di una dottrina che ritiene difficilmente ricevibile per il notaio un contratto di vendita nelle condizioni di diritto e di fatto illustrate (AMORESANO – FERRENTINO – FERRUCCI, *La tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire ed istituti collegati* cit., 214), si ritiene che un limite siffatto concreti un inaccettabile ostacolo al principio di libera disponibilità e di rapida circolazione della ricchezza, anche dei beni immobili, per i quali sono sì previste maggiori cautele nella circolazione, stante anche la loro tendenziale maggiore rilevanza per il patrimonio di un soggetto (Le norme sulla forma dei contratti immobiliari, di cui all'art. 1350 c.c., sono l'esempio più evidente delle cautele poste dall'ordinamento alla circolazione di tali beni), purché tali cautele non si trasformino in una sostanziale inalienabilità del bene, anche solo temporalmente parziale. Perciò è compito del notaio, al fine di adempiere puntualmente le obbligazioni del contratto d'opera intellettuale concluso con le parti, fare in modo che il contratto possa produrre pieni effetti giuridici.

Quindi, nel caso in cui non si possa addivenire a una completa definizione dell'assetto contrattuale a seguito dell'incertezza temporale causata dal meccanismo di cancellazione delle ipoteche del decreto T.A.I.C., il notaio deve indagare se la Banca, a seguito della comunicazione di adempimento delle obbligazioni originate dal contratto di mutuo resa al Conservatore dei Registri Immobiliari, abbia o meno l'intenzione di impedire la cancellazione dell'ipoteca. Nel caso in cui il notaio, adempiendo al proprio dovere di indagine della volontà delle parti (art. 47 u.c. l. not.), rilevasse che la Banca non ha intenzione di mantenere il vincolo ipotecario, deve invitare la stessa, a mezzo del rappresentante dotato dei poteri necessari, a intervenire nell'atto di vendita definitiva per rendere la dichiarazione negativa in merito alla vigenza dell'ipoteca, pena il risarcimento del danno causato all'acquirente. Anche sulla Banca, infatti, incombe un dovere di protezione del terzo, connesso al generale dovere di *neminem laedere* di cui all'art. 2043 c.c., e, in particolare, di evitare la lesione della libertà contrattuale altrui. E' evidente che, nel caso in cui l'istituto di credito acconsentisse a rendere una siffatta dichiarazione, il vincolo ipotecario, ancora formalmente vigente, sarebbe privo di significato sostanziale, rendendo del tutto legittimo l'atto di alienazione, non concretando ciò una violazione dell'art. 8 del decreto.

Il comma 6 *ter*, invece, fornisce un procedimento particolare, mediante il quale il titolare del diritto al frazionamento, nel caso in cui la banca non adempisse gli obblighi di legge, può ottenere coattivamente i diritti di cui al comma 6.

Nel caso in cui la banca non perfezionasse spontaneamente le formalità indicate dal citato articolo della norma bancaria, la legge riconosce al debitore un particolare strumento con cui può ottenere una tutela in forma specifica del proprio diritto. In particolare, lo stesso può, con ricorso al Presidente del Tribunale ove è sito l'immobile⁵⁰⁹, chiedere che venga nominato un notaio che frazioni direttamente il finanziamento e l'ipoteca. Il notaio nominato dal giudice redige un atto con forma pubblica, senza la presenza dei testimoni. Tale atto deve essere sottoscritto dal solo pubblico ufficiale, trattandosi di un atto per il quale non è richiesto l'intervento di alcuna parte. Il ruolo degli ausiliari del notaio previsto dall'art. 6 *ter* è, infatti, di mera assistenza tecnica del professionista, non già di parte, né formale né sostanziale dell'atto⁵¹⁰.

La domanda che ci si deve porre, nell'ambito della presente trattazione, è sostanzialmente la seguente: è possibile che un mutuo frazionato, assistito da una garanzia ipotecaria frazionata, possa essere oggetto di surrogazione?

Si è sostenuto che la mancanza di ostacoli di ordine concettuale alla surrogazione *in*

509 Tale ricorso introduce un procedimento di volontaria giurisdizione. In questo senso cfr. AMORESANO – FERRENTINO – FERRUCCI, *La tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire ed istituti collegati* cit., 326. Qualificato in tali termini il procedimento giudiziario indicato dalla norma, si pone anche il problema della legittimazione a presentare il ricorso. Oltre, ovviamente, alla legittimazione in capo alla parte interessata, assistita o meno da un legale di fiducia, visto che, come noto, nell'ambito dei procedimenti volontari non è necessario il ministero di un avvocato (cfr. GENGHINI, *La volontaria giurisdizione*, Padova, 2006, 59); il problema più spinoso riguarda certamente la legittimazione del notaio, pubblico ufficiale al quale l'art. 1 c. 2 n. 1 l. 89/1913 (legge notarile) assegna, tra l'altro, la facoltà di “sottoscrivere e presentare ricorsi relativi agli affari di volontaria giurisdizione, riguardanti le stipulazioni a ciascuno di essi affidate dalle parti”. Lo *ius postulandi* di cui è depositario il notaio, oltre ad essere esteso a una completa assistenza legale, in tutto simile a quella dell'attività forense (così Cassazione, 1 aprile 1993, n. 3914, in *Rivista del notariato*, 1993, 401), è, secondo la dottrina e la giurisprudenza prevalenti, esclusivamente strumentale al ricevimento di quegli atti tra vivi e di attribuire agli stessi pubblica fede (art. 1 c. 1 l. 89/1913). In particolare, si tratterebbe di una competenza eccezionale, dettata anche da motivi di economicità dei mezzi giuridici. Ai fini del ricorso indicato dall'art. 39 c. 6 *ter* T.U.B., a parere di chi scrive, deve essere riconosciuta la competenza del notaio, in quanto, come chiarito dalla dottrina prevalente, non è necessario che il notaio che richiede il provvedimento al giudice sia il medesimo che poi va a stipulare l'atto per il quale si è richiesto un provvedimento giudiziario. E' soltanto sufficiente che ci sia un nesso di occasionalità tra ricorso e atto richiesto al notaio. Pertanto, il notaio, cui sia stato chiesto di ricevere un atto, per il quale, anche ai sensi dell'art. 8 del decreto T.A.I.C., sia necessario perfezionare previamente un atto di frazionamento dell'ipoteca e del mutuo, avrà la facoltà di presentare, e sottoscrivere egli stesso l'apposito ricorso per la nomina del notaio che dovrà curare le formalità del frazionamento. Come insegna la dottrina notarile più autorevole è buona norma che dal ricorso stesso emerga, non solo l'incarico affidato dalle parti al notaio di stipulare l'atto per il quale si rende necessario il provvedimento del giudice, ma anche l'incarico per la redazione e la presentazione del ricorso, cfr. GENGHINI, *La volontaria giurisdizione* cit., *ibidem*. Ovviamente, il Presidente del Tribunale sarà libero di determinare egli stesso il nominativo del notaio delegato, non essendo certamente necessario che si tratti del medesimo pubblico ufficiale che ha predisposto il ricorso.

510 I commentatori della novella del 2005 sono di tale unanime avviso. Cfr. in questo senso AMORESANO – FERRENTINO – FERRUCCI, *La tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire ed istituti collegati* cit., 327; RE – SCALISI, *La nuova disciplina degli acquirenti di immobili da costruire D. Lg. 20 giugno 2005, n. 122*, Torino, 2006, 124. La sola provenienza notarile dell'atto e l'incarico professionale determinato per sentenza tendono a parificare tale atto a quelli, simili per forma e per “provenienza” giudiziaria dello svolgimento delle operazioni di divisione giudiziale e di vendita all'incanto nell'espropriazione forzata immobiliare. Cfr. PETRELLI, *Gli acquisti di immobili da costruire*, Milano, 2006, 290.

subiecta materia, in quanto il mutuo risultante da frazionamento non è altro che un mutuo ordinario come tale suscettibile di surrogazione, sia indice dell'ammissibilità dell'atto. Un problema ben più grave si pone dal punto di vista pratico per la portabilità dell'ipoteca. A risolvere siffatti dubbi, in sede di applicazione pratica, è intervenuta la circolare n. 5 del 28 luglio 2008 emessa dall'Agenzia del Territorio che ha specificamente previsto le modalità pratiche di realizzazione della surrogazione in queste particolari fattispecie⁵¹¹.

La stessa dottrina notarile si è cimentata nel fornire indicazioni utili alla categoria, in sede di stipulazione di siffatti atti. Si è in particolare suggerito come per tale fattispecie negoziale occorra indicare in atto gli estremi dell'ipoteca originaria, dell'avvenuta annotazione del frazionamento in quote, nonché dell'accollo della quota di finanziamento⁵¹², avendo cura di inserire nel codice atto richiesto per la nota da predisporre per l'Agenzia del Territorio (accedendo ovviamente alla tesi che, nel precedente paragrafo 7.1 della presente sezione, si è detto essere ammissibile e conforme alla pratica, per cui tale nota può essere preparata senz'altro dal pubblico ufficiale rogante), il codice generico "800", seguito dal *nomen iuris* "Surrogazione ai sensi dell'art. 120 *quater* T.U.B., relativa a quota di mutuo frazionata".

10. La disciplina economica, in generale, della surrogazione Bersani. I doveri di collaborazione in capo all'istituto di credito coinvolti

La disciplina della surrogazione Bersani, sia in sede di stesura del primo decreto-legge sia, soprattutto, in sede di approvazione della legge di conversione aveva inteso incentivare il ricorso alla procedura di "portabilità" attraverso un doppio meccanismo: da un lato la predisposizione di appositi divieti, tesi a inibire con pesanti sanzioni civilistiche, tutti quei patti che avessero lo scopo di impedire all'utente i servizi bancari di addivenire alla

511 La risoluzione in parola ha sancito, più in particolare, che la presenza di un creditore originario, titolare di un'unica garanzia ipotecaria, non è elemento ostativo alla surrogazione in una quota del credito, così che la surrogazione in una quota dell'originario credito frazionato e nella relativa ipoteca non darà vita a una surrogazione parziale, bensì a una surrogazione totale nella singola quota dell'ipoteca, distinta e individuata per il precedente frazionamento. In questo modo, al subingresso del nuovo creditore nella relativa quota di ipoteca, in virtù di disposizione di legge (surrogazione legale) o delle parti (surrogazione per volontà del creditore o del debitore), conseguirà *ope legis*, il diritto alla reintegrazione nella relativa quota di ipoteca. Analogamente a quanto si era già suggerito nella precedente circolare della medesima Agenzia n. 9/2007, tale annotazione dovrà essere corredata dal *nomen iuris*: "Surrogazione in quota di mutuo frazionato", utilizzando il codice generico "800", segnalando nel quadro "B" della nota l'indicazione dello specifico immobile su cui grava l'ipoteca, poste a garanzia del debito frazionato e nel quadro "D" gli elementi atti alla corretta individuazione della quota stessa, desunti dall'atto di frazionamento. La circolare dell'Agenzia del Territorio testè riportata può essere reperita sul sito http://www.agenziaterritorio.it/sites/territorio/files/documentazione/normativa%20di%20riferimento/circolari_2008/Cir_c_n_5_2008_Surrogazione_ipoteche_frazionate.pdf

512 SANTARCANGELO, *Atto di surroga di quota frazionata di mutuo* cit., *ibidem*.

conclusione della procedura in parola; dall'altro lato la stimolazione del ricorso alla surrogazione attraverso l'impiego di incentivi fiscali.

I divieti di applicazione di penali e oneri di qualunque genere si distinguono su due piani: quelli che trovano la propria *sedes* nel momento della conclusione dell'accordo trilaterale per il perfezionamento della surrogazione (art. 120 *quater* c. 3 parte I e c. 4 T.U.B., con la prima disposizione che impedisce i pesi a carico del debitore, da parte del finanziatore originario, mentre la seconda impedisce quegli oneri che potessero essere richiesti dalla banca subentrante o anche dalla banca originaria per l'istruzione della pratica) e quelli che trovano, invece, la loro *sedes* nel momento della conclusione del contratto originario di finanziamento (art. 120 *quater* c. 6 T.U.B.).

Il divieto legale tende a bloccare pratiche diffusissime nella prassi negoziale, mediante le quali le banche, al fine di ottenere il massimo realizzo in caso di estinzione anticipata del proprio debito, ottenevano una somma a titolo di penale per anticipato pagamento, in quanto un tale adempimento era considerato lesivo della propria posizione creditoria e della possibilità che l'istituto di credito potesse ricavare ulteriori utilità dal decorso ordinario del tempo, necessario per completare il piano di ammortamento predisposto al momento della conclusione del contratto di finanziamento.

In dottrina si è sottolineato come, in conseguenza del divieto di applicazione di “penali o altri oneri di qualsiasi altra natura”, non sia più lecito per l'istituto bancario, non solo chiedere una siffatta penale, per qualsiasi anticipato pagamento (la qual cosa è di per sé vietata dallo stesso art. 120 *ter* T.U.B.), ma anche nell'ambito del procedimento di surrogazione.

Dal punto di vista pratico, tale vicenda è stata oggetto di un apposito accordo tra Abi e associazioni dei consumatori più rappresentative (peraltro da integrare quanto a taluni punti con il dato legislativo), al fine di ottenere un quadro armonico per la regolazione della fattispecie tra fonti normative e fonti pattizie. Tale accordo⁵¹³, stipulato il 2 maggio 2007 (esattamente un mese dopo la pubblicazione della l. 40/2007, di conversione del decreto-legge 7) si concentra, in particolare, sulla liceità di talune pratiche mediante le quali le banche, originarie creditrici, richiedevano somme di denaro a titolo di rimborso spese connesse all'estinzione del loro contratto di finanziamento. In dottrina⁵¹⁴ non si sono posti dubbi circa la non spettanza di tali somme in favore degli enti creditizi, in quanto si tratterebbe, con tutta evidenza, di una flagrante violazione del divieto di riscossione di somme, in dipendenza della surrogazione. In realtà nell'accordo citato si consentivano

513 Tale accordo può essere consultato sul sito http://www.abi.it/doc//doc/home/conoscereBanche/rapportiBancaCliente/codiciComportamento/mutuiAccordi/doc/tmp1216390282599_2MutuiAccordo_Comunicato_2_5_2007.pdf

514 GATTONI, *La portabilità del mutuo e l'annotazione della surrogazione nell'ipoteca* cit., 59.

talune penali, paramtrate a determinati coefficienti calcolati sulla base del capitale estinto, della tipologia di finanziamento concluso in origine, oltre che sulla data di conclusione del contratto stesso. È apparso tuttavia evidente, come una siffatta pratica non potesse essere ortodossa rispetto alla volontà del legislatore di fare in modo che la surrogazione fosse sostanzialmente a costo zero per il debitore e che essa, per quanto ristretta ai soli contratti stipulati anteriormente all'entrata in vigore della legge di conversione (a tale proposito, vale la pena di ricordare che il decreto-legge 7 non prevedeva il divieto della richiesta di penali in sede di surrogazione, ma solo il divieto di patti in ogni contratto di finanziamento bancario che vietassero la surrogazione), non può essere in accordo con una disposizione normativa che, per quanto priva di una norma transitoria, non può che applicarsi anche a tutti quei contratti in essere e non ancora definiti, al momento della sua entrata in vigore. Sarebbe veramente assurdo, a meno che non si volesse depotenziare completamente il disposto della legge, ritenere che l'art. 120 *quater* T.U.B. e, prima ancora, l'art. 8 d.l. 7/2007 non possano trovare applicazione per quei contratti conclusi in data anteriore all'entrata in vigore della nuova legge.

A conferma di questo orientamento, la stessa Abi con circolare del 15 gennaio 2008 ha reso noto ai propri associati che le penali non possono essere addebitate neppure ai contratti anteriori all'entrata in vigore, che precedentemente erano state oggetto dell'apposito accordo con le associazioni dei consumatori.

Il quarto comma dell'art. 120 *quater* prevede il divieto di addebitare spese al debitore, di qualunque genere, anche in forma indiretta, per le procedure di perfezionamento della surrogazione e di istruzione della pratica da parte delle banche coinvolte nell'operazione, i cui rapporti debbono essere improntati “alla collaborazione tra intermediari, improntate a criteri di massima riduzione dei tempi, degli adempimenti e dei costi connessi”.

Da un punto di vista letterale e di analisi sintattica della disposizione non si può fare a meno di notare come essa si componga di due frasi distinte, aventi una propria ragione logica e giuridica differente.

La prima sancisce il divieto di addebitare spese a carico del debitore, richiedente la surrogazione, per la realizzazione di tutte quelle note attività propedeutiche poste in essere dagli istituti di credito, al fine di deliberare in merito alla richiesta di prestito. Trattasi di una disposizione dal significato chiaro che sancisce il diritto alla ripetizione, da parte del debitore, di quanto indebitamente percepito dalla banca (con applicazione, quindi, di tutte le disposizioni, di cui all'art. 2033 c.c.).

La seconda frase, subordinata alla prima, fa invece riferimento ai doveri che il legislatore impone alle banche, nell'ambito della procedura di surrogazione. Tale disposizione appare foriera di una possibile duplice alternativa interpretativa, in merito alla sua natura giuridica.

A tale proposito, è noto come l'interprete, davanti a disposizioni della legislazione speciale di incerta classificazione, tenda a collocarle entro le categorie generali del diritto, normate nel codice civile e fatte proprie dalla costante interpretazione giuridica.

Due sono le alternative ermeneutiche che si pongono, quindi, in capo all'interprete: da un lato la tesi per la quale si tratta di norme meramente programmatiche, non aventi un contenuto cogente, ma che si limitano a indicare, da parte del legislatore, la strada più efficiente per porre in essere il nuovo assetto negoziale, sollecitato dal debitore; dall'altro lato dare a tale norma un significato giuridicamente cogente, tale da valorizzarne la portata, al fine di garantire, in un primo momento, la migliore tutela del debitore, quindi, la concorrenza tra istituti bancari, secondo il complessivo disegno riformatore, voluto fin dal 2007.

Si deve scartare, in quanto evidentemente inappagante, la prima opzione, non emergendo alcun riferimento a una pretesa programmaticità della norma, dovendosi sempre presumere che le norme di legge abbiano un carattere cogente nei confronti della collettività (a prescindere questo dal loro carattere derogabile o meno, che evidentemente rileva ai fini della liceità di una diversa regolazione pattizia della fattispecie).

Aderendo, pertanto, a tale soluzione, si è realizzato solo un primo passo, in quanto occorre precisamente incanalare la disposizione entro le categorie generali del diritto privato, in modo tale da determinarne le sanzioni in caso di inosservanza. Una prima possibilità ricostruttiva potrebbe essere quella di ricondurre la norma entro il concetto di norme imperative che si sostituiscono a quelle difformi previste dalle parti. È evidente, tuttavia, che tale possibilità deve essere scartata, in quanto il legislatore non intende sanzionare, con la disposizione in commento, clausole lesive di diritti del debitore, bensì porre un freno a comportamenti meramente dilatori o, comunque, di ostacolo al perfezionamento della surrogazione. La norma in commento tratteggia un vero e proprio comportamento che gli istituti di credito debbono tenere tra loro, nell'ambito delle procedure di surrogazione, anche e soprattutto al fine di tutelare gli interessi del debitore. Ebbene, trattandosi di regole di correttezza, non si può sottacere come siano applicabili al caso di specie tutte le considerazioni che sono state elaborate sull'argomento dagli interpreti, sia a livello di dottrina sia a livello di giurisprudenza e che occorre riprendere, pur se sinteticamente, in questa sede.

È principio tradizionale quello secondo cui la violazione delle regole di correttezza, derivanti dal generale principio della buona fede nella fase delle trattative precontrattuali, dà vita, in caso di loro violazione, solo a un'obbligazione di tipo risarcitorio e non già (e si badi che si tratterebbe di una sanzione assolutamente sproporzionata rispetto alla stessa protezione del debitore, come testimoniato dallo stesso comma 7 dell'art. 120 *quater* il

quale predetermina l'ammontare di tale risarcimento) alla declaratoria di nullità del negozio giuridico, stipulato in virtù di un comportamento non corretto⁵¹⁵. Naturalmente diversa è l'ipotesi in cui la parte non volesse, nel corso dell'esecuzione del negozio e del regolamento scaturente dal medesimo, conformarsi ai doveri di buona fede. In questo caso non c'è una violazione nella fase genetica del contratto del canone di correttezza, bensì successiva. Prevalente è l'orientamento per il quale la buona fede, pendente il contratto (si pensi soprattutto ai contratti di durata, su cui cfr. paragrafo 14 della presente sezione in tema di rinegoziazione del contratto di finanziamento), sia fonte autonoma di obbligazioni. In questo caso, si ritiene che un tale inadempimento concerna esattamente obbligazioni

515 La questione è stata svicerata con ampio approfondimento in sede di sottoscrizione di contratti di investimento del risparmio in strumenti finanziari, specialmente nel momento in cui il risparmiatore avesse sopportato perdite, derivanti da investimenti incauti sollecitati mediante informazioni poco chiare o non del tutto sufficienti. È noto che della questione vennero investite le stesse Sezioni Unite della Corte di Cassazione, al fine di comporre un contrasto di giurisprudenza (per la verità, nel caso concreto, le Sezioni Unite non ravvisarono alcun contrasto di precedenti in seno alla giurisprudenza della Corte di legittimità) e al fine di risolvere una questione della massima importanza giuridica, le quali con le sentenze – gemelle del dicembre 2007 giunsero alla conclusione che “in relazione alla nullità del contratto per contrarietà a norme imperative in difetto di espressa previsione in tal senso (cd. “nullità virtuale”), deve trovare conferma la tradizionale impostazione secondo la quale, ove non altrimenti stabilito dalla legge, unicamente la violazione di norme inderogabili concernenti la validità del contratto è suscettibile di determinarne la nullità e non già la violazione di norme, anch'esse imperative, riguardanti il comportamento dei contraenti la quale può essere fonte di responsabilità. Ne consegue che, in tema di intermediazione finanziaria, la violazione dei doveri di informazione del cliente e di corretta esecuzione delle operazioni che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi di investimento finanziario (nella specie, in base all'art. 6 della legge n. 1 del 1991) può dar luogo a responsabilità precontrattuale, con conseguenze risarcitorie, ove dette violazioni avvengano nella fase antecedente o coincidente con la stipulazione del contratto di intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti (cd. “contratto quadro”, il quale, per taluni aspetti, può essere accostato alla figura del mandato); può dar luogo, invece, a responsabilità contrattuale, ed eventualmente condurre alla risoluzione del contratto suddetto, ove si tratti di violazioni riguardanti le operazioni di investimento o disinvestimento compiute in esecuzione del “contratto quadro”; in ogni caso, deve escludersi che, mancando una esplicita previsione normativa, la violazione dei menzionati doveri di comportamento possa determinare, a norma dell'art. 1418 c. 1 c.c., la nullità del cosiddetto “contratto quadro” o dei singoli atti negoziali posti in essere in base ad esso” (Cassazione Sezioni Unite, 19 dicembre 2007, n. 26724 in *Danno e Responsabilità*, 2008, 5, 525).

Questo orientamento ribadisce quanto già è stato sostenuto dalla dottrina tradizionale (cfr. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca borsa, titoli di credito*, 1997, 9), pur se vivacemente contrastato da altra dottrina la quale, nel tentativo di approntare la migliore tutela possibile per il contraente il cui consenso sia stato dato solo a causa della condotta non rispondente a buona fede dell'altra parte, ritiene che la sanzione della nullità sia quella più appropriata (SACCO – DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile* diretto da Sacco, Torino, 2004, p. 244). Questa tesi è anche corroborata da coloro che ritengono che il mancato scambio o lo scambio infedele di informazioni in sede di trattative precontrattuali, così come definite ai fini della presente dissertazione, può determinare conseguenze ancora più incisive sul rapporto contrattuale che ne deriva, non limitate cioè al solo risarcimento del danno, entro il c.d. interesse contrattuale negativo, tipica sanzione che assiste il contraente leso nella sua aspettativa di ottenimento di informazioni precise. In questo caso si ritiene che, come nell'esempio che a breve seguirà, il comportamento decettivo, omissivo e infedele della banca subentrante, in sede di trattative e di istruzione della pratica di perfezionamento della surrogazione, possa essere fonte della stessa risoluzione del contratto (FRANZONI, *Degli effetti del contratto – Artt. 1374 – 1381*, in *Il Codice civile. Commentario*, diretto da Schlesinger, vol. II, Milano, 1999, 284 e ss.).

Per una tesi sostanzialmente dubitativa, entro un quadro di generico riferimento al principio delineato dalle Sezioni Unite nella sentenza del 2007, cfr. ROPPO, *Il contratto del Duemila*, Torino, 2011, 81 il quale ricorda come varie pronunce giurisprudenziali, anteriori però a quelle delle Sezioni Unite, avevano fortemente eroso il principio in parola optando per un travaso della tutela della buona fede durante l'esecuzione del rapporto all'interno dei rimedi di validità del contratto, oltre che l'emanazione di norme in cui il riferimento alla buona fede (cfr. quella sulle clausole abusive), hanno sostanzialmente posto in crisi siffatta distinzione.

Non è questa la sede per affrontare la questione in modo approfondito, si rimanda, per un completo quadro di insieme, a quanto sostenuto all'interno pur tuttavia della tesi tradizionale fatta sostanzialmente propria dalle Sezioni Unite, nelle sentenze gemelle del 2007, da C. SCOGNAMIGLIO, *Regole di validità e regole di correttezza nel nuovo diritto dei contratti*, in *La nuova disciplina dei mutui ipotecari. Il ruolo del notaio e la prassi bancaria* cit., 41 e ss..

contrattuali e, come tale, dia vita al diritto della parte a ottenere la risoluzione per inadempimento dell'intero contratto⁵¹⁶.

Allora, la via giusta per interpretare la norma deve essere quella di sussumerla entro il regolamento contrattuale, ossia la fitta trama di obblighi che scaturiscono in capo alle parti del negozio.

Appare, quindi, corretto inquadrare la norma in oggetto entro l'eterogenea e complessa categoria degli obblighi di esecuzione di buona fede del contratto, di cui all'art. 1375 c.c. (norma che, peraltro, nell'accordo sostanziale, limitato però solo a questo aspetto, di dottrina e giurisprudenza, deve essere letta sempre in combinato con il generale dovere di diligenza, di cui all'art. 1175 c.c., in tema di obbligazione in generale⁵¹⁷). Si tratta, come noto, di un sistema al centro di decennali studi da parte degli interpreti che, da tempo, si interrogano su cosa debba intendersi per esecuzione di buona fede del contratto (si tratta, come noto, di un caso di buona fede c.d. oggettiva, ossia di correttezza e lealtà nel comportamento delle parti, da non confondersi con la buona fede in senso soggettivo, tipica dei diritti reali). Ovviamente questa non è la sede per disquisire su un concetto così centrale nella teoria generale del contratto, ma appare opportuno dare conto delle linee-guida nel dibattito dottrinario, al fine di calarle nella normativa in commento.

È noto come una prima teoria⁵¹⁸, certamente più risalente nel dibattito culturale-giuridico, fosse dell'avviso che il dovere di buona fede fosse una sorta di disposizione programmatica (per prendere in prestito un'espressione più consona al diritto costituzionale) relativa all'esecuzione del contratto, una sorta di canone generale rilevante ai fini della valutazione del puntuale adempimento delle obbligazioni, tale da non essere elevato alla dignità di autonomo principio di diritto.

Altra tesi, certamente prevalente nella civilistica italiana, anche se non sempre seguita in giurisprudenza, è dell'avviso che la buona fede sia nozione fondamentale dell'ordinamento giuridico, dovendolo, tuttavia, intendere non già come una generica "schiettezza", "diligente correttezza", "senso di solidarietà sociale" ecc., bensì come un rapporto di lealtà imposto ai partecipanti di un particolare rapporto giuridico patrimoniale, che si specifica come rispetto

516 GALGANO, *Trattato di diritto civile*, vol. II cit., 574.

517 In questo senso cfr. NATOLI, *La regola della correttezza e l'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Studi sulla buona fede*, Milano, 1975, 129 e ss. il quale sostiene come le due disposizioni, pur la loro differente *sedes materiae* e il differente tenore letterale delle espressioni da esse impiegate che non ne denunciano una differenza concettuale, esprimano un medesimo principio generale, in quanto fanno entrambe riferimento a uno stesso criterio oggettivo di valutazione.

518 Tale tesi deve essere tenuta in debita considerazione nonostante sia sostenuta da dottrina minoritaria, in quanto in giurisprudenza non è raro leggere sentenze, secondo le quali "il dovere di correttezza e buona fede imposto dagli artt. 1175 e 1375 c.c. non crea obbligazioni autonome ma rileva soltanto per verificare il puntuale adempimento di obblighi riconducibili a determinati rapporti" (Cassazione 3 febbraio 1994 n. 1091 in *Foro padano*, 1996, I, 7).

del reciproco affidamento, definibile in senso ampio come “solidarietà contrattuale”⁵¹⁹, fonte, tale norma giuridica, “di un vero e proprio dovere giuridico”⁵²⁰.

Aderendo, pertanto, alla seconda tesi della dottrina più moderna, occorre rilevare che la violazione del dovere di buona fede non determinando la semplice violazione di un dovere metagiuridico di buona creanza bensì un vero e proprio obbligo giuridico avente fonte legale (non si dimentichi che l’art. 1375 c.c. è successivo all’art. 1374 c.c. che si occupa della tematica delle fonti di integrazione del contratto, tra cui è compresa la stessa buona fede), la cui violazione, in accordo con i principi generali dell’ordinamento non può che condurre alla responsabilità (necessariamente contrattuale o, come meglio si dovrebbe chiamare, in accordo con un’autorevole dottrina⁵²¹, come responsabilità per inadempimento di obbligazione), di cui agli artt. 1218 e ss., con tutte le conseguenze che, sul piano probatorio, su quello della prescrizione del diritto e del *quantum* dell’ammontare del debito si riconnettono a tale istituto. La conseguenza immediata di tale orientamento non può che essere quella di ritenere la parte contrattuale soggetto passivo di un’obbligazione di risarcimento in favore dell’altra parte⁵²².

Come si calano dunque queste considerazioni generali sulla tematica dell’esecuzione del contratto di buona fede, quale principio irrinunciabile del diritto dei contratti e, più in generale, dello stesso diritto privato, all’interno del sistema dei rapporti bancari, normati dall’art. 120 *quater* T.U.B.? Cosa succede, cioè, se le banche non si comportano secondo i criteri generali previsti dalla legge appena citata, ossia i loro contegni non sono ispirati alla massima e rapida collaborazione tra intermediari? Più in particolare, quali sono i rimedi che i principi generali dell’ordinamento (si badi che l’art. 120 *quater* T.U.B. non prevede una specifica sanzione in questo caso e saranno tali principi a supplire, inevitabilmente), nel caso in cui la banca, originaria o subentrante, intenda porre ostacoli, frenare o comunque non essere collaborativa, secondo le prescrizioni doverose di legge?

Non vi è dubbio che la soluzione a questi molteplici interrogativi debba essere distinta sulla

519 BIANCA, *Diritto civile 3 Il contratto* cit., 503.

520 In questo senso Cassazione 18 febbraio 1986 n. 960 in *Massimario Giurisprudenza Italiana*, 1986 che però aderisce alla tesi generica che dipinge la buona fede oggettiva in questione quale “comportamento [...] non [...] improntato alla diligente correttezza ed al senso di solidarietà sociale, che integrano, appunto, il contenuto della buona fede” (nel medesimo senso cfr. Cassazione 24 marzo 1999, n. 2788 in *Corriere giuridico*, 2000, 334).

521 Così GALGANO, *Trattato di diritto civile*, vol. II cit., 569.

522 In questo senso cfr. Cassazione 10 novembre 2010 n. 22819, in *Obbligazioni e contratti*, 2011, 216 secondo la quale, previa definizione del concetto di buona fede e della sua natura giuridica, giunge a definire le conseguenze della violazione del dovere conseguente. Vi si legge, infatti, che “il principio di correttezza e buona fede - il quale, secondo la Relazione ministeriale al codice civile, “richiama nella sfera del creditore la considerazione dell’interesse del debitore e nella sfera del debitore il giusto riguardo all’interesse del creditore” - deve essere inteso in senso oggettivo in quanto enuncia un dovere di solidarietà, fondato sull’art. 2 della Costituzione che, operando come un criterio di reciprocità, esplica la sua rilevanza nell’imporre a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio, il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell’altra, a prescindere dall’esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge, sicché dalla violazione di tale regola di comportamento può discendere, anche di per sé, un danno risarcibile”.

base dell'istituto bancario che viene a essere preso in considerazione quale autore della condotta lesiva.

Si prenda in considerazione il rapporto tra il precedente istituto bancario e il debitore: al momento dell'espletamento delle procedure per la concessione del nuovo finanziamento, di cui al già citato c. 4 dell'art. 120 *quater* T.U.B., resta comunque in essere tra tali due soggetti un contratto di finanziamento, il cui regolamento verrà integrato, in aderenza quindi a quanto previsto dall'art. 1374 c.c., dalle disposizioni di legge indicate. Nessuna difficoltà pare, quindi, celarsi dietro alla considerazione che, a rigore, un comportamento omissivo o renitente dell'istituto di credito *a quo* tenda ad essere indirizzato non già in confronto al cliente, bensì, generalmente, verso il nuovo istituto di credito, in quanto tutto ciò determinerà, a norma di legge, una violazione dei doveri contrattuali riconducibili all'accordo in essere tra le parti, integrato, come si è appena aggiunto, dalle disposizioni di legge previste dal nuovo testo normativo.

Una tale impostazione, obbligata alla luce delle recenti prescrizioni normative, conduce anche a una riflessione profonda sulle caratteristiche stesse del contratto di mutuo (principale accordo mediante il quale si perfeziona il finanziamento bancario) e, in particolare, sulle obbligazioni che gravano sul mutante (almeno quando trattasi di banca). È noto, infatti, come la concezione tradizionale del contratto di prestito sia basata sul principio in base al quale il mutuante si limita a consegnare la somma di denaro ovvero il quantitativo di diverse cose fungibili, così come pattuito dalle parti e poi non sia gravato da alcun genere di vincolo nei confronti del mutuatario. Il contratto di mutuo, secondo la prevalente dottrina⁵²³, viene definito come contratto unilaterale, con riferimento alla posizione delle parti rispetto alle obbligazioni contrattuali, in quanto solo il mutuatario è soggetto gravato da obbligazioni; non essendo perciò possibile che un siffatto contenuto di obbligazioni possa essere esteso anche al mutuante, il cui ruolo nel rapporto contrattuale si limita alla consegna della somma di denaro, avente valore, come noto, costitutivo del vincolo contrattuale.

Una tale ricostruzione del meccanismo contrattuale del mutuo, non sembra però coerente con la moderna concezione dello scambio contrattuale, fortemente permeata di tutti quei doveri reciproci di protezione tra le parti che impongono a ciascuna parte un generale dovere di stimolo verso il perfetto adempimento delle obbligazioni discendenti del rapporto contrattuale. I doveri di solidarietà previsti dall'art. 2 Cost. non sono stati, specie nei tempi più recenti, confinati entro gli spazi dei rapporti pubblicistici, bensì sono stati (e sono tuttora) il motore di un diverso sistema del diritto privato, teso a proteggere l'affidamento

523 GIAMPICCOLO, voce *Mutuo*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXVII, Milano, 1977 tratta, mediante l'ausilio delle banche dati di Ateneo, sul sito <http://enciclopedia.giuffre.it/>

altrui, mediante, quindi, l'imposizione di obblighi non meramente negativi di tutela del contraente. Nell'ambito del diritto privato moderno gli obblighi di protezione acquistano, quindi, un'assoluta e centrale importanza⁵²⁴.

Entro questo schema e questa classificazione, si possono inquadrare, dunque, gli obblighi posti a carico della banca mutuante, nella fase preparatoria della surrogazione *ex art. 120 quater* T.U.B.. Trattasi di obblighi naturalmente contrattuali, in quanto derivanti da un'obbligazione integrativa di origine legale, cogente per l'istituto di credito originario finanziatore.

Va ora esaminata la posizione giuridica della banca subentrante, in quanto anch'essa potrebbe, e si vedrà che si tratta di un'ipotesi non solo di scuola pur se probabilmente rari, porre in essere quei comportamenti tendenti a ritardare il perfezionamento della surrogazione. Occorre, perciò, indagare quale sia il titolo della responsabilità di quest'ultima. In primo luogo, non si può non tenere presente come il rapporto tra banca subentrante e cliente e tra banca subentrante e banca finanziatrice originaria sia anteriore alla stipulazione della fattispecie surrogatoria e, soprattutto per quanto concerne più specificamente il primo rapporto, anteriore a qualsiasi contratto di finanziamento concluso con il cliente.

Nella presente disamina è proprio quest'ultimo l'aspetto da tenere maggiormente in considerazione, in quanto i rapporti tra banca originaria e banca subentrante sono, almeno parzialmente, normati dallo stesso art. 120 *quater* T.U.B., il cui comma 7 prevede espressamente che la banca originaria (erroneamente o attecnicamente definita come "banca cedente", nella versione introdotta dall'art. 2 c. 3 d.l. 78/2009 convertito in l. 102/2009 che evocava la non corretta idea che la surrogazione, introdotta dal decreto Bersani *bis*, fosse affine alla cessione del credito), possa rivalersi, quanto alle somme versate al debitore, nei confronti della banca subentrante, in caso di imputabilità a quest'ultima dei comportamenti che hanno causato i danni al debitore.

Per quanto concerne, invece, i rapporti tra debitore e banca subentrante, ferma comunque la considerazione che al primo è specificamente attribuita un'azione nei confronti della banca originaria, a mente del già citato comma 7, non si può fare a meno di notare come essi siano inquadrati in un momento non certo neutro per il diritto, ossia quello delle trattative precontrattuali. È evidente, come, nonostante il silenzio dell'art. 1337 c.c., nulla vieta che, entro il perimetro delle trattative tra le parti dell'eventuale futuro contratto, possano essere immesse delle fasi, entro le quali i "protagonisti" delle trattative non siano esattamente le

524 In questo senso cfr. THIENE, *Inadempimento alle obbligazioni senza prestazione*, in *Trattato della responsabilità contrattuale* vol. I, *Inadempimenti e rimedi* a cura di Visintini, Milano, 2009, 331; GALGANO, *Trattato di diritto civile*, vol. II cit., 76 e ss.

parti, bensì terzi o, come nel caso di specie, anche una sola delle parti. Accedendo, quindi, alla tesi per la quale si tratta di un'ipotesi di responsabilità precontrattuale⁵²⁵, debbono essere riproposte tutte le considerazioni che sono state svolte sulla natura giuridica di tale responsabilità, con le connesse differenze in tema di onere probatorio in capo all'attore e di prescrizione dell'azione⁵²⁶.

È bene ricordare, come si è precedentemente fatto cenno, che la pratica conosce prevalentemente comportamenti contrari ai doveri di leale collaborazione nei confronti del cliente e della banca subentrante, effettuati dalla banca originaria. Esse si concretano, generalmente, nell'imposizione di specifiche misure ritorsive, tali da determinare un aggravio economico, peraltro, il più delle volte, entro le facoltà riconosciute alla banca dal contratto originario di finanziamento (si pensi all'aumento del tasso di interesse applicato al mutuo). La dottrina, tuttavia, a livello meramente astratto, riconosce anche la possibilità che sia la stessa banca surrogante ad avere un oggettivo interesse ad ostacolare il suo subentro nel nuovo rapporto contrattuale. Gli esempi di *malpractice* commerciale nel settore possono essere molteplici. In particolare, si può pensare al caso in cui una banca decidesse di promuovere una sorta di "campagna acquisti" nei confronti dei clienti di altre banche e che riuscisse a convincere al perfezionamento della surrogazione uno di questi debitori, magari gravato da debiti molto alti, tali da rendere improbabile un pagamento completo del finanziamento. La banca originaria, in questi casi, ben potrebbe accettare di perdere un

525 In questo senso cfr. NATALI, *Considerazioni in materia di surroga del mutuo ipotecario e sua prassi applicativa*, in *Il Quotidiano giuridico – quotidiano di informazione e approfondimento giuridico*, n. 3/2/2010.

526 Non è ovviamente questa la sede per esaminare nel dettaglio le varie tesi che si sono sviluppate sull'argomento. È però noto come la tesi sostenuta dalla dottrina tradizionale maggioritaria (BIANCA, *Diritto civile 3 Il contratto* cit., 157 e ss.; SACCO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile italiano*, Torino, 1975, 919) e dalla giurisprudenza dominante sia a livello di legittimità (cfr. Cassazione, 5 agosto 2004, n. 15040 in *Massimario Giurisprudenza Italiana*, 2004 secondo cui "la responsabilità precontrattuale derivante dalla violazione della regola di condotta posta dall'art. 1337 c.c. a tutela del corretto dipanarsi dell'iter formativo del negozio costituisce una forma di responsabilità extracontrattuale, cui vanno applicate le relative regole in tema di distribuzione dell'onere della prova. Ne consegue che, qualora gli estremi del comportamento illecito siano integrati dal recesso ingiustificato di una parte, grava non su chi recede la prova che il proprio comportamento corrisponde ai canoni di buona fede e correttezza, ma incombe, viceversa, sull'altra parte l'onere di dimostrare che il recesso esula dai limiti della buona fede e correttezza postulati dalla norma "de qua") sia a livello di merito (da ultimo, cfr. Tribunale Trieste 12 agosto 2011 tratta da banca dati *De Agostini Professionale*, mediante le risorse informatiche di Ateneo, secondo cui "la responsabilità precontrattuale ha natura extracontrattuale e si collega alla violazione della regola di condotta stabilita a tutela del corretto svolgimento dell'iter formativo del contratto. La sua configurabilità richiede la ricorrenza di tre presupposti. In primo luogo è indispensabile che tra le parti siano intercorse trattative per la conclusione di un contratto giunte ad uno stadio tale da giustificare oggettivamente l'affidamento nella conclusione dell'accordo. In secondo luogo, è necessario che una delle parti abbia interrotto le trattative, così eludendo le ragionevoli aspettative dell'altra, la quale, avendo confidato nella conclusione finale del contratto, sia stata indotta a sostenere spese o a rinunciare ad occasioni più favorevoli. Infine il comportamento della parte inadempiente deve essere stato determinato, se non da malafede, almeno da colpa, e non deve quindi essere assistito da un giusto motivo") sia dell'avviso che la violazione del principio di buona fede, connesso all'art. 1337 c.c., darebbe vita a una particolare espressione del principio generale del *neminem laedere*, in quanto non vi sarebbe una pregressa relazione giuridica obbligatoria tra le parti della trattativa contrattuale.

È minoritaria la tesi, comunque sostenuta in dottrina da autorevoli voci (GALGANO, *Trattato di diritto civile*, vol. II cit., 563 e ss.), secondo cui la presenza di una relazione giuridica preesistente tra le parti, in sede di trattativa, qualifica in termini contrattuali, ossia di responsabilità per violazione di obbligazioni, il titolo della responsabilità in capo alla parte infedele.

debitore in cattive acque, mentre, invece, la banca subentrante potrebbe cercare di ritardare i tempi (magari dopo avere acquisito altri contratti favorevoli con il medesimo cliente) o anche di imporre condizioni più gravose al debitore, rispetto a quelle sommariamente proposte nei primi incontri con questi⁵²⁷. In questo caso, la tutela del debitore potrebbe essere molteplice: da un lato, vi sarebbe la tutela individuale prevista dal comma 7 dell'art. 120 *quater* e predeterminata dal legislatore, anche con riferimento al soggetto passivamente legittimato al risarcimento; da un altro la tutela potrebbe essere collettiva. In questo caso, nell'ambito dei rapporti di consumo connessi alla surrogazione Bersani (che si è sostenuto essere solo un sottoinsieme dell'ambito applicativo, più ampio, del procedimento di surrogazione assicurato dalla nuova normativa), non si potrebbe neppure scartare la proponibilità della tutela assicurata dall'azione inibitoria, di cui all'art. 37 d.lgs. 206/2005, oltre che di quella di classe, di cui all'art. 140 *bis* d.lgs. 206; senza dimenticare, vista l'evidente attinenza all'oggetto della presente dissertazione, anche la responsabilità della banca per una pratica commerciale scorretta, di cui agli artt. 20 e ss. cod. cons.⁵²⁸.

Sotto quest'ultimo aspetto, mette conto di ricordare come l'Autorità Garante della concorrenza e del mercato, titolare del potere di sanzionare condotte lesive del dovere di correttezza nelle pratiche commerciali, abbia condotto varie istruttorie e sanzionato istituti bancari di spicco per pratiche scorrette nell'ambito della procedura di portabilità, in quanto detti istituti si erano resi responsabili di pratiche ostative al perfezionamento della surrogazione, sia dal lato attivo sia da quello passivo, omettendo di fornire ai clienti le informazioni più idonee e chiare⁵²⁹. In particolare, una delle pratiche più lesive della diligenza professionale è stata riscontrata nella pratica di richiedere, da parte della banca titolare del finanziamento originario, un'ultima rata di mutuo a titolo di cauzione, da restituirsi dopo l'incasso del capitale residuo⁵³⁰.

Nei rapporti tra banche, inoltre, la stessa condotta potrebbe avere indubbiamente una portata

527 Cfr. per tali esempi di possibili ritardi imputabili alla nuova banca creditrice NATALI, *Considerazioni in materia di surroga del mutuo ipotecario e sua prassi applicativa*, in *Il Quotidiano giuridico – Quotidiano di informazione e approfondimento giuridico*, n. 3/2/anno 2010.

528 Per una ricostruzione del fenomeno delle pratiche commerciali scorrette nel settore bancario, cfr. GENOVESE, *Il contrasto delle pratiche commerciali scorrette nel settore bancario*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2011, 200 e ss., la quale ricorda come nell'ambito dei rapporti commerciali delle banche si deve richiedere una particolare correttezza e diligenza da parte dell'operatore bancario, vista la delicatezza dei servizi forniti, l'elevato tasso di asimmetrie informative che contraddistingue il rapporto tra banca e fruitori del servizio, nonché l'elevata aspettativa di diligenza che il contraente ripone nei confronti della banca.

529 In generale tali condotte sono state poi "convalidate" dai giudici amministrativi, a cui si sono rivolti gli istituti di credito che hanno impugnato i provvedimenti del Garante della concorrenza, i quali hanno annullato le sanzioni. Cfr. in questo senso Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio 6 aprile 2009 n. 3692 in banca dati *De Agostini Professionale*; Consiglio di Stato 23 dicembre 2010, n. 9329 in banca dati *De Agostini Professionale*.

530 Si tratta del provvedimento PS4126 relativo alle pratiche commerciali della Banca Barclays sanzionate dall'Autorità Garante. Il testo del provvedimento è reperibile sul sito <http://www.agcm.it/consumatore--delibere/consumatore-sanzioni/download/C12560D000291394/D90C49506A2935E4C1257766002EC13B.html?a=p21253.pdf>.

lesiva del dovere di buona e leale concorrenza tra gli imprenditori e portare all'applicazione conseguente delle norme in tema di concorrenza sleale, previste dagli artt. 2598 e ss. c.c.. Inoltre, non può non rilevarsi come i comportamenti anche solo semplicemente inerti delle banche coinvolte possano essere determinati da vere e proprie intese, tendenti a violare la normativa *antitrust*, così da legittimare il ricorso all'Autorità Garante del mercato a cui è stato attribuito il compito di reprimere, anche nell'ambito bancario, le condotte lesive della libera concorrenza tra gli imprenditori (cfr. art. 27 l. 287/90).

11. I costi della surrogazione Bersani

Il provvedimento del 2007 si inserisce in un contesto eterogeneo, nel quale il legislatore ha inteso incentivare e velocizzare gli scambi e le operazioni negoziali, a vantaggio del consumatore/debitore (definizione questa volutamente atecnica, come si è già sottolineato in precedenza), vietando l'imposizione a carico di quest'ultimo di particolari oneri finanziari nel momento in cui viene perfezionata la fattispecie. Si facciano gli esempi, molto noti presso il pubblico dei risparmiatori e oggetto di ampi approfondimenti giornalistici, della procedura semplificata della cancellazione delle ipoteche di cui all'art. 13 c. 8*sexies* e ss. d.l. 7/2007, ora prevista, in seguito alle varie modificazioni normative avvicendatesi nel tempo, nell'art. 40 *bis* T.U.B.; ovvero del divieto di imposizione di oneri finanziari di qualunque genere a carico di chi intende estinguere con anticipo il proprio debito bancario (art. 120 *ter* T.U.B.), norma quest'ultima che ha rivoluzionato una pratica commerciale diffusissima presso il ceto creditizio, il cui abbandono è stato digerito con fatica e, comunque, con ritardo. La stessa cancellazione delle ipoteche, mediante lo strumento semplificato fornito dalla normativa Bersani, consente l'eliminazione del gravame, in assenza di alcun onere economico a carico del debitore, mediante procedura autonoma della banca, senza il ricorso, prima necessario, all'opera del notaio che, come noto, era completamente a carico del debitore.

A causa della maggiore complessità dell'istituto e dell'insopprimibile opera del notaio nel perfezionamento dell'istituto, anche con riferimento alla portabilità dell'ipoteca, le cose cambiano per la surrogazione, di cui all'art. 120 *quater* T.U.B..

A tale fine appare necessario distinguere un doppio piano di analisi: da un lato, i costi delle operazioni di istruzione della pratica necessitati per il nuovo istituto di credito, al fine di organizzare al meglio la strategia della banca surrogante in vista del rilevamento del

finanziamento, per il quale la legge prevede quella nota procedura di collaborazione tra banche di cui già si è detto; dall'altro lato i costi (notarili e fiscali, principalmente) da sopportare per la realizzazione della surrogazione.

Per quanto concerne i primi, l'art. 120 *quater* c. 4 T.U.B. è chiaro nell'indicare che le spese per la concessione del nuovo finanziamento non possono essere allocate in capo al debitore. Pertanto le procedure interbancarie, debbono essere realizzate nel modo più sollecito e anche più economico per il debitore. Ciò che lascia, tuttavia, maggiori dubbi circa il regime di applicazione del regime finanziario di non onere a carico del debitore inerisce alla relazione notarile ventennale che viene richiesta, in fase propedeutica rispetto all'erogazione del prestito. Tale documento, redatto dal notaio, consente alla banca di accertarsi, da fonte autorevole, sulla libertà da gravami di qualunque genere in capo all'immobile che deve fungere da garanzia. È noto come questa prassi sia seguita in modo scrupoloso nella fase precedente qualunque erogazione di mutui, per così dire iniziali di un rapporto di finanziamento, mentre, invece, l'inesistenza di prassi in tema di surrogazioni per volontà del debitore di diritto comune lascia molti dubbi circa la necessità di tale importante accertamento. La normativa non fa cenno alla liceità dell'impiego di tale procedura e alla necessità che il notaio sia tenuto a redigerlo, in quanto fa menzione solo delle procedure di collaborazione bancaria che, quindi, almeno *prima facie*, lasciano nell'ombra la possibilità che l'istruttoria della pratica sia demandata, anche in via solo parziale, a un soggetto terzo come il notaio. Nonostante ciò, l'insopprimibile esigenza di autonomia delle parti che viene sostanzialmente esaltata dalla presente normativa, entro limiti di ordine pubblico economico, non consente di dare una risposta negativa alla questione, in quanto l'opposta tesi si baserebbe su labili argomenti letterali, privi di qualunque forza persuasiva. È evidente, perciò, che sarà la sensibilità dell'istituto di credito subentrante che determinerà la richiesta al notaio di perfezionare tale documento. Mediante la relazione, in effetti, si riescono a contemperare gli interessi del cliente di fornire la massima informazione possibile al nuovo istituto di credito, oltre che gli interessi di quest'ultimo, in particolare per le delicate informazioni contenute nel documento quanto ai gravami che insistono sull'immobile.

Tale compito che adempie la relazione appare vieppiù prezioso proprio in conseguenza dell'orientamento giurisprudenziale, che si è precedentemente ricordato essere prevalente, che ritiene l'annotazione della vicenda surrogatoria avere natura giuridica costitutiva. In tal modo la banca, avendo contezza diretta e sicura della situazione ipo-catastale dell'immobile, può riuscire a meglio determinarsi circa la concessione del finanziamento. Non solo. Un ruolo assolutamente dirimente svolgono i continui aggiornamenti che il pubblico ufficiale realizza, nell'ambito del perfetto adempimento delle obbligazioni sul medesimo gravanti, in

relazione al contratto di opera professionale dal medesimo concluso con le parti stesse. In dottrina⁵³¹ si è, infatti, sottolineato come sia necessario che il pubblico ufficiale proceda, mediante gli strumenti telematici di cui egli dispone, speditamente, non solo alle consuete visure svolte *in limine* della stipulazione dell'atto, ma anche a ulteriori visure, tese a verificare l'iscrizione, successiva alla stipulazione dell'atto di surrogazione, ma precedente all'annotazione dell'ipoteca (si tratta del grave problema dei tempi tecnici per l'annotazione di cui si è trattato in precedenza, che ora deve essere ribadito), di gravami che possono pregiudicare la garanzia dell'istituto di credito subentrante (e anche in questo caso, si deve ricordare come gli atti di surrogazione, ricevuti in recepimento della normativa di cui alle varie leggi succedutesi dal 2007 in poi, contengano una clausola condizionale risolutiva, tesa a scongiurare i gravi dissesti causati dall'interpretazione dominante, in tema di gravami sopravvenuti).

Accedendo quindi alla tesi per cui si ritiene perfettamente lecita la richiesta di una relazione notarile ventennale, preliminare alla stipula della surrogazione, il successivo interrogativo che ci si deve porre è chi sia il soggetto che deve versare al notaio il pagamento di quanto spettante al medesimo a titolo di onorario e di spese. Un dato positivo, da cui potere articolare il discorso, è quello fornito dall'ultima parte del quarto comma dell'art. 120 *quater* T.U.B., allorché si chiarisce come nessun tipo di onere possa essere imputato al cliente per le procedure di istruttoria della causa. Un altro aspetto utile per dirimere la questione è rappresentato dall'art. 2 c. 1**bis** d.l. 185/2008 come convertito in l. 2/2009, il quale sancisce, e si analizzerà nel dettaglio il resto della norma citata, come le spese e gli onorari per le attività aggiuntive richieste al notaio debbono essere versati dalla parte che le ha richieste: in questo caso si tratta della banca surrogante. Quanto al divieto di allocare in capo al debitore le spese per la pratica di surrogazione si deve ritenere che esso sia espressione di un principio generale di ordine pubblico economico, come tale inderogabile. L'estrema ampiezza della portata della norma di divieto spinge a ritenere che non possano essere imposte al cliente "misure ritorsive", come quelle che prevedessero un aggravio dell'ammontare di ciascuna rata e un generale appesantimento del piano di ammortamento. È altresì evidente che il pagamento effettuato dal debitore di somme che al medesimo non potevano essere allocate concreta la fattispecie dell'indebito soggettivo, di cui all'art. 2036 c.c., con le conseguenti ripetizioni previste dalla norma. Si deve, pertanto, concludere che non ci siano altre opzioni interpretative che quella di ritenere passivamente obbligata al pagamento della relazione notarile e dei costi delle visure connesse solo la banca richiedente.

531 BEVILACQUA, *Rischi di pregiudizio per la banca surrogata e relazione ipotecaria notarile* cit., 130 e ss..

Tali conclusioni hanno lasciato perplessa la dottrina⁵³² più avveduta che ha fatto notare come una regolazione del mercato, spesso dettata da esigenze metagiuridiche di facile ricerca del consenso presso il corpo elettorale, così incisiva e dominata da principi inderogabili potrebbe anche determinare effetti contrari a quelli sperati, ossia un maggiore dirigismo e una minore efficienza delle banche (oltre che una concorrenza poco corretta tra le stesse) con inevitabile ricaduta sulla tutela delle parti deboli del rapporto, ossia i debitori che potrebbero essere danneggiati da comportamenti difficilmente riparabili con la tutela risarcitoria obbligatoria.

È ovvio che tali considerazioni sono possibili e degne di considerazione *de iure condendo*, dovendosi al momento limitare a prendere atto della lettera della legge che appare decisamente contraria a qualunque differente soluzione, rispetto a quella ricordata in precedenza.

Quanto al secondo aspetto dei costi della surrogazione, occorre analizzare proprio la tematica, decisiva ai fini dell'appetibilità dello strumento normativo, dei costi dell'atto notarile di surrogazione. Un primo indice normativo è costituito dall'art. 2 c. 1bis d.l. 185/2008 convertito con la l. 2/2009 e successive modificazioni, secondo il quale il debitore che avesse in origine contratto un finanziamento bancario per finalità meritevoli di particolare tutela (es. acquisto, ristrutturazione o costruzione di un'abitazione principale), entro un preciso limite temporale (ossia per i contratti di finanziamento stipulati entro la data di entrata in vigore della nuova legge) e a favore dei soggetti specifici (ossia i soggetti titolari del diritto alla rinegoziazione obbligatoria del finanziamento, previsto da varie leggi per tutelare i clienti gravati da tassi di interessi particolarmente penalizzanti), avrebbe riconosciuto il diritto a ottenere l'autenticazione gratuita dell'atto di surrogazione da parte del notaio (comunque, evidentemente, il debitore in alcun caso è obbligato a pagare quanto dovuto al notaio per l'atto). La disposizione deve essere interpretata nel modo più logico possibile e conseguentemente si deve opinare nel senso che essa deve trovare applicazione anche nel caso in cui il notaio avesse deciso di impiegare (peraltro, sia detto per inciso, è noto che ben raramente il notaio si limita alla sola autenticazione delle sottoscrizioni in calce alla scrittura privata, collaborando, il più delle volte, alla redazione dell'atto e spesso procedendo senz'altro all'autonoma scritturazione di quest'ultimo) la forma dell'atto pubblico per la surrogazione. Una tale norma si inquadra in un ormai consistente filone normativo, in tema di onorari professionali che prevede un calmiere alla percezione degli onorari per atti giuridici considerati di particolare importanza sociale (cfr. art. 228 l. 151/75 di riforma del diritto di famiglia che prevede(va), tra l'altro, il dimezzamento degli onorari

532 GENTILI, *Teoria e prassi nella portabilità dei contratti di finanziamento bancario* cit., *ibidem*.

notarili per gli atti notarili di opposizione al regime della comunione legale; art. 1 c. 497 l. 266/2005 che, entro la norma, rivoluzionaria dal punto di vista tributario e da quello della prassi notarile, che ha istituito il c.d. prezzo valore, ha disposto che gli onorari notarili siano ridotti del 30 per cento; ovvero per rimanere nell'ambito della contrattazione creditizia cfr. art. 39 c. 7 T.U.B. che prevede la riduzione alla metà degli onorari notarili per le operazioni di redazione di atti e per le formalità ipotecarie richieste per i mutui fondiari).

La norma in commento, tuttavia, fa qualcosa di ulteriore e prevede la gratuità della prestazione professionale, nell'ambito di un rapporto (quello di prestazione d'opera professionale), nel quale l'intero sistema legislativo (si pensi all'art. 2225 c.c. e, soprattutto, alla specifica disposizione in tema di contratti di professioni liberali e al riferimento, ivi presente, al bilanciamento tra misura del compenso e importanza dell'opera e del decoro della professione) pare esprimersi convintamente nel ritenere inammissibile una prestazione gratuita della propria opera, da parte del professionista. L'estrema eccentricità della norma, anch'essa dettata dalle esigenze politiche transeunti, non pare compatibile con il sistema giuridico così tratteggiato e, anche in un'ottica di ragionevolezza e di dignità della professione (e indirettamente di garanzia per il debitore, il quale ben difficilmente potrebbe essere tutelato da un professionista poco motivato, a causa della gratuità della sua prestazione) potrebbe essere oggetto di un apposito sindacato della Corte costituzionale (oltre che, auspicabilmente, dallo stesso legislatore). A prescindere da tutto ciò, è evidente come la gratuità dell'opera del notaio si ponga quale eccezione rispetto al principio della logica onerosità del ministero professionale, dovendosi necessariamente opinare in favore della tassatività delle ipotesi nelle quali troverà applicazione.

12. Il settimo comma dell'art. 120 *quater* T.U.B.

Una disposizione particolarmente problematica, contenuta nella disciplina della surrogazione Bersani, ha anch'essa la funzione di incentivo alla sua stipulazione. Si tratta del settimo comma dell'articolo del testo unico bancario in commento, il quale prevede una disposizione dissuasiva, a carico delle banche coinvolte nella surrogazione, al fine di tutelare in modo più incisivo il diritto del cliente ad ottenere la più sollecita definizione della procedura di surrogazione.

Si proceda con ordine alla disamina di questa specifica disposizione.

In primo luogo, la norma prevede che la procedura di realizzazione della surrogazione

debba essere completata entro il termine trenta giorni, decorrenti dal momento in cui l'istituto di credito subentrante inoltra richiesta alla banca originaria di avviare le procedure di istruzione della pratica di surrogazione. Il numero 2) della lettera c) del comma 8 dell'art. 8, D.L. 13 maggio 2011, n. 70, nel testo integrato dalla relativa legge di conversione l. 106/2011, ha previsto una specifica qualificazione di questi trenta giorni che debbono essere "lavorativi", concretando ciò un indubbio allungamento del termine, rispetto ai trenta giorni cui faceva cenno precedentemente la legge e che avrebbero dovuto computarsi secondo le prescrizioni dell'art. 155 c.p.c..

Questa norma, nonostante la sua (apparente) chiarezza, lascia sullo sfondo taluni interrogativi che debbono essere discussi.

In primo luogo, solo la richiesta proveniente dal nuovo finanziatore determina il decorso dei trenta giorni entro i quali si deve completare la procedura? Più specificamente, può la richiesta, posta in essere direttamente dal debitore, nei confronti della banca mutuante originaria, essere valida ai fini del decorrere del termine?

Nessuna indicazione della legge lascia supporre che solo la banca surrogante sia abilitata a far decorrere con la propria richiesta il termine previsto. È probabile che la legge si sia limitata a descrivere la fattispecie che nella pratica risulterà essere maggiormente diffusa, ossia quella per cui sarà la banca subentrante a sollecitare la definizione della pratica. Nulla, tuttavia, osta a che sia direttamente il cliente a sollecitare l'avvio del disbrigo del rilevamento del mutuo, da parte del nuovo finanziatore. Anche tale richiesta, dunque, in assenza di indicazioni contrarie espresse dal legislatore, funge da valido atto da cui può decorrere il periodo di trenta giorni per il completamento della procedura.

Un ulteriore problema che si pone concerne gli aspetti formali della richiesta di avvio delle procedure. È necessario un atto scritto? Sono necessarie formule particolari per avviare la procedura?

Anche la risposta a tale quesito pare obbligata, nel senso di ritenere perfettamente efficace anche una semplice comunicazione resa in forma orale da parte di colui (banca subentrante o debitore) che abbia interesse alla definizione della surrogazione. È ovviamente il caso di aggiungere che nella sicura totalità dei casi le banche ricorreranno ad atti scritti in cui renderanno edotte le banche finanziatrici originarie della decisione da parte del debitore di avvalersi dell'istituto della surrogazione Bersani. Non sarà, tuttavia, necessario all'uopo l'impiego di formule particolari, in quanto, a tacer d'altro, ciò sarebbe palesemente in contrasto con la necessaria celerità e non formalità delle procedure, cui esse debbono essere adeguate.

La predisposizione di una sanzione di tipo obbligatorio consente di trarre la conclusione secondo cui il rispetto del termine di trenta giorni per la realizzazione della surrogazione

non è collegato alla validità della surrogazione.

Tale sanzione è costituita dal risarcimento in favore del cliente in misura pari all'1% del valore del finanziamento per ciascun mese o frazione di mese di ritardo. Occorre, pertanto, indagare quale sia la natura giuridica di tale disposizione.

La sensibilità del giurista non può che essere solleticata all'idea di accostare siffatta chiamiamola pure sanzione civilistica, alla clausola penale.

Orbene, è noto come la clausola penale sia quell'accordo privatistico, mediante il quale i paciscenti si accordano affinché colui che, risultando inadempiente alle obbligazioni derivanti da un contratto ovvero in ritardo nell'adempimento, sia tenuto, mutuando quanto previsto nell'art. 1209 c.c. 1865, a dare qualche cosa all'altra parte. Non è ovviamente questa la sede per svolgere un'approfondita analisi relativa alla funzione e alla struttura della clausola penale, tuttavia alcune note generali debbono essere necessariamente riprese dalla letteratura e dalla giurisprudenza che, anche sull'onda di modificazioni legislative non soltanto di diritto sostanziale, stanno rimodellando siffatto istituto.

È noto come, in dottrina, si siano sviluppate tesi alquanto contrapposte con riferimento alla funzione della clausola penale.

Talune, più tradizionali⁵³³, la limitano entro il generale principio della predeterminazione del risarcimento del danno, al fine di semplificazione degli oneri probatori a carico del creditore e di tutela del suo interesse all'ottenimento del risarcimento del danno, il più delle volte rimesso alla prudente valutazione equitativa del giudice, di cui all'art. 1226 c.c.. Altre tesi⁵³⁴, accanto a questa funzione, vi rinvengono una funzione coercitiva e di induzione all'adempimento esercitata nei confronti del debitore, facendo leva, anche in chiave storica, a quel noto inciso contenuto nel già menzionato art. 1209 c.c. 1865, il quale sottolineava

533 Tale tesi è quella sostanzialmente fatta propria dalla Commissione addetta all'elaborazione del quarto libro del codice civile, come emerge dalla Relazione al codice civile (n. 632), secondo cui "il valore giuridico dato alla clausola penale dall'art. 1382 è quello di limitare il danno, salvo che le parti non ne abbiano convenuto il risarcimento integrale. Nell'art. 1382 non si allude alla funzione coercitiva che alla clausola assegnava l'art. 1209 c.c. del 1865, perché tale funzione è solo indirettamente esercitata dalla penale, mentre direttamente la coazione all'adempimento viene dall'obbligo di risarcire il danno, di cui la clausola agevola l'esecuzione: la agevola evitando la prova del danno". Di questo avviso, in dottrina BIANCA, *Diritto civile 5 La responsabilità*, Milano, 1994, 221 e ss. e, anche se in termini dubitativi, RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 1993, 662; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2006, 648. In giurisprudenza, a sostegno di questa tesi, si sono espresse Cassazione, 28 febbraio 1986 n. 1330 in *Giustizia civile Massimario*, 2/1986, e più di recente, nel medesimo senso cfr. Cassazione, 9 novembre 2009 n. 23706 in *Giustizia civile Massimario*, 2009, 1569 e ss..

534 In questo senso, in dottrina cfr. TORRENTE – SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato* cit., 510, MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, vol. III, in *Commentario del codice civile*, Torino, 1980, 332; in giurisprudenza ha sposato questo orientamento Cassazione 19 gennaio 2007 n. 1183 in *Giustizia civile Massimario*, n. 1/2007 secondo cui "la clausola penale non ha natura e finalità sanzionatoria o punitiva, ma assolve alla funzione di rafforzare il vincolo contrattuale e di liquidare preventivamente la prestazione risarcitoria, tant'è che se l'ammontare fissato nella clausola penale venga a configurare, secondo l'apprezzamento discrezionale del giudice, un abuso o uno sconfinamento dell'autonomia privata oltre determinati limiti di equilibrio contrattuale, può essere equamente ridotta". Nel medesimo senso, Cassazione 6 ottobre 2011 n. 20481 in *Diritto & Giustizia*, n. 8/2011. Nella giurisprudenza di merito, in questo senso cfr. Tribunale Modena, 13 luglio 2007 in *Rivista giuridica del lavoro*, 2008, I, II, 134 e ss.; Tribunale Milano, 10 maggio 2006 in *Il merito*, 2007, 3, 39.

come la penale tendesse allo scopo di “assicurare l’adempimento di un’obbligazione”. Ancora, altri autori sono dell’avviso che la funzione della penale non possa essere ridotta entro il paradigma del risarcimento del danno, il quale, come noto, deve tendere alla mera compensazione delle perdite sofferte al fine di pieno ristoro del patrimonio del danneggiato. Secondo i sostenitori di questa teorie, infatti, la clausola penale ha la funzione di assegnare, per volontà delle parti, una sanzione civilistica a carico del contraente inadempiente⁵³⁵.

Se la funzione della clausola penale, e la sua possibile estensione, sono oggetto di ampio dibattito dottrinario, meno discussi, ma non per questo acquisiti, sono gli altri aspetti che concorrono a disciplinarne l’istituto.

In primo luogo, va sottolineato come sia naturale che la clausola acceda a un contratto principale, di cui riveste il ruolo di semplice clausola, legata da un vincolo di accessorieta' con la stipulazione principale. Il nesso di strumentalita' e di accessorieta' rispetto alla precedente fonte di obbligazione non viene meno neppure nell’ipotesi in cui la penale costituisca il solo contenuto di un successivo contratto⁵³⁶.

È noto, altresì, come statisticamente sia prevalente la penale volontaria, ossia contenuta in un negozio giuridico privatistico. All’interno di questa fonte si deve distinguere tra penale contrattuale, per la quale non si pongono dubbi circa la sua ammissibilita', naturalmente entro i limiti previsti dall’ordinamento⁵³⁷ (potendo essere apposta sia ai contratti di scambio,

535 Questa è sostanzialmente la tesi espressa da TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1986, 616 e ss., il quale fa notare come la norma abbia una molteplice funzione: da un lato quella generica di liquidazione preventiva dei danni, dall’altro quella di stimolare maggiormente il debitore all’adempimento e, inoltre, alla luce dell’art. 1382 c. 2 c.c., che dispone come la penale sia dovuta quand’anche non sia provato un danno dal creditore, una funzione sanzionatoria. Aderente a questa tesi che ritiene essere presenti tutte e tre queste funzioni nella clausola penale, cfr. DIENER, *Il contratto in generale*, Milano, 2002, 524. Per la presenza di una funzione sanzionatoria nella clausola penale cfr. MAGAZZÙ, voce *Clausola penale*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. VII, Milano, 1960, 188. Sostanzialmente favorevole alla tesi per la quale la clausola penale può anche avere una funzione punitiva, cfr. Cassazione, 26 giugno 2002 n. 9295 in *Massimario Giurisprudenza Italiana*, 2002, secondo cui “con la clausola penale i contraenti disciplinano gli effetti dell’inadempimento in modo diverso da quello stabilito dalla legge, concordando una preventiva e convenzionale liquidazione del danno. Tale conclusione non muta per il fatto che in tale clausola può essere ravvisata anche una funzione punitiva, perché nella sua stipulazione si commina una sanzione per l’inadempimento, consistente in una prestazione che il contraente inadempiente dovrà effettuare all’altro indipendentemente dal danno sofferto da quest’ultimo”. In questo senso anche, esplicitamente, per la giurisprudenza di merito (in sede di processo amministrativo) cfr. T.A.R. Calabria (Catanzaro), 22 ottobre 2010 n. 2638 in *Foro amministrativo TAR* 2010, 10, 3356.

536 BIANCA, *Diritto civile 5 La responsabilità* cit., 227. Per la tesi dell’accessorieta' della clausola penale rispetto al contratto cui accede (la qual cosa presterebbe però il fianco all’obiezione per la quale ciò non spiegherebbe la potenziale autonomia della penale, nell’ipotesi, non meramente di scuola, in cui la fonte del rapporto obbligatorio non sia contrattuale), in giurisprudenza cfr. Cassazione, 10 giugno 1991 n. 6561 in *Giustizia civile Massimario*, n. 6/1991. Per la tesi dell’autonomia della penale rispetto al contratto cui accede, cfr. DIENER, *Il contratto in generale* cit., 525.

537 Dubbi avvolgono la liceità della penale c.d. pura, per la quale le parti prevedono che essa sia dovuta in aggiunta al risarcimento del danno, dovuto in caso di inadempimento. Non ci si deve stupire che la divisione tra coloro che ritengono ammissibile siffatta forma di tutela privata e coloro che, invece, la rigettano sia intimamente connessa con il dibattito, in tema di funzione della clausola penale: coloro che ritengono che essa rivesta anche una funzione sanzionatoria non hanno difficoltà nell’ammettere una penale pura (la cui causa consiste esattamente nell’imporre sanzioni a carico del contraente infedele), al contrario chi limita siffatto istituto alla semplice predeterminazione del risarcimento del danno, ritiene che la clausola in questione sia illecita, in quanto, da un lato, contrastante con la causa della penale, dall’altro, contrastante con il principio costituzionale di uguaglianza, di cui all’art. 3 Cost. che impedisce ai cittadini di imporre sanzioni, quand’anche ciò avvenga in sede di autonomia privata, a carico di altri cittadini.

sia ai contratti con comunione di scopo, si pensi, in particolare, agli statuti delle società e a quelli delle associazioni per la violazione di obblighi derivanti dall'adesione all'ente⁵³⁸), e penale testamentaria, la cui ammissibilità è da tempo discussa in dottrina⁵³⁹.

Orbene, oltre alla clausola penale prevista dalla volontà delle parti, l'ordinamento non disconosce la presenza di penali che trovano la loro fonte direttamente in una norma di diritto positivo (c.d. penale legale), ovvero in un provvedimento del giudice (c.d. penale giudiziaria).

Esempi della prima specie⁵⁴⁰ sono la norma in tema di mora del socio per i conferimenti non versati nella società per azioni, di cui all'art. 2344 c.c., allorché prevede la decadenza del socio, potendo la società, quale sanzione, trattenere le somme riscosse; oltre che l'omologa norma di cui all'art. 2466 dedicata al socio moroso di società a responsabilità limitata.

Esempi della seconda categoria⁵⁴¹ sono talune norme tradizionalmente considerate come espressione di un potere, del tutto eccezionale, attribuito al giudice. Fino a poco tempo fa, infatti, non si poteva riconoscere un potere generale dell'autorità giudiziaria di imporre siffatte condanne, quali quelle in materia di tutela della proprietà industriale (cfr. art. 124 c. 2 d.lgs. 30/2005 che prevede "pronunciando l'inibitoria, il giudice può fissare una somma dovuta per ogni violazione o inosservanza successivamente constatata e per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento")⁵⁴². La categoria dei provvedimenti giudiziari imponenti sanzioni civili è stata radicalmente rivoluzionata a seguito dell'introduzione dell'art. 614 *bis* c.p.c. il quale ha inserito, all'interno del terzo libro del codice rito, una norma in tema di "attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare". La l. 69/2009, all'interno di un più vasto disegno di rimodellamento del processo civile, ha inteso estendere a detta di alcuni, con ciò superando il principio della tassatività delle fattispecie previste dal

538 Si è sottolineato, specie con riguardo alla violazione degli obblighi derivanti dal vincolo associativo che non possono arrecare alcun tipo di danno patrimoniale per l'ente, che la penale imposta dallo statuto potrebbe essere censurata in quanto implicante una vera e propria sanzione civile (GALGANO, *Trattato di diritto civile*, vol. II cit., 515).

539 Coloro che ritengono inammissibile l'inserimento di una clausola siffatta all'interno dell'atto di ultima volontà ritengono che ciò contrasterebbe con la necessaria bilateralità sottesa all'istituto che non tollererebbe che essa gravasse sul debitore, senza che questi l'abbia accettata (BIANCA, *Diritto civile 2 La famiglia – Le successioni*, Milano, 2005, 739). A ciò si è risposto che, in omaggio ai principi generali della più recente civilistica in materia di successioni testamentarie per i quali ogni istituto ammissibile a livello contrattuale è altrettanto fruibile in sede di confezionamento dell'atto di ultima volontà, nessuna norma di legge imporrebbe la necessaria bilateralità della penale e che, in ogni caso, il consenso del soggetto passivo si manifesterebbe, pur se implicitamente, mediante l'accettazione della delazione ereditaria, ovvero con il mancato rifiuto dell'acquisto del legato (in questo senso cfr. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, 2009, 774). Inoltre, l'impiego della clausola penale a livello testamentario apparirebbe oltre modo utile, in quanto consentirebbe al testatore che avesse a cuore in modo particolare l'adempimento di talune obbligazioni, che possono essere create direttamente dallo stesso negozio di ultima volontà, l'impiego di un istituto tendente a rafforzare le possibilità di adempimento da parte dell'onerato.

540 BIANCA, *Diritto civile 5 La responsabilità cit.*, 237.

541 BIANCA, *Diritto civile 5 La responsabilità cit.*, *ibidem*.

542 In dottrina, per quanto con riferimento al precedente art. 66 c. 2 r.d. 929/42 (c.d. legge marchi), si sosteneva che detta sanzione fosse una forma di rafforzamento del provvedimento di inibitoria, piuttosto che non una forma di liquidazione preventiva del danno per le violazioni future (cfr. VANZETTI – DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, Milano, 2003, 222).

legislatore, l'applicazione dell'istituto, di origine francese, delle *astreintes*. Siffatta disposizione, inserita nel titolo relativo all'esecuzione forzata degli obblighi di fare o di non fare, ne ha previsto una coazione indiretta mediante l'irrogazione di una sanzione pari a una somma di denaro dovuta dall'obbligato per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento⁵⁴³.

La penale può essere conclusa, ovvero può essere imposta dalla legge o dal provvedimento del giudice, per il semplice ritardo ovvero per l'inadempimento definitivo dell'obbligazione. Nondimeno, è perfettamente legittima la penale che venisse ad un tempo contratta per il ritardo nell'adempimento e per il definitivo inadempimento. Nel caso in cui, invece, essa venisse contratta per il semplice ritardo non potrebbe essere applicata nell'ipotesi in cui si trattasse di un inadempimento definitivo dell'obbligazione, al contempo la penale contrattata per il ritardo potrebbe essere ottenuta quand'anche il creditore chiedesse la condanna giudiziaria all'adempimento da parte del debitore⁵⁴⁴. Nel campo della prassi immobiliare è noto come l'impiego della penale sia diffuso specialmente in sede di contrattazione preliminare ad effetti anticipati. Taluni effetti giuridici, tipicamente prodotti dal contratto definitivo di compravendita (si pensi in particolare al pagamento del prezzo ovvero all'immissione nel possesso da parte dell'acquirente), infatti, sono anticipati al momento della conclusione del preliminare, senza che ciò dia luogo necessariamente alla riqualificazione dell'accordo come contratto definitivo⁵⁴⁵. Orbene, al fine di tutelare le ragioni del promittente venditore, si inserisce nel contratto preliminare una penale, confezionata per il caso in cui il promissario acquirente ritardasse nell'adempimento

543 Non è questa la sede per occuparsi di siffatto istituto che presenta, almeno *in nuce*, delle caratteristiche tali da potere apportare delle significative innovazioni nel modo di intendere il sistema delle sanzioni civili. Per una breve disamina dello stesso, si rinvia a MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, vol. III, Torino, 2011, 121 e ss. e a BOVE, *La misura coercitiva di cui all'art. 614 bis c.p.c.*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2010, 781 e ss.. La tesi prevalente nella dottrina che ha esaminato la nuova figura è tuttavia assai restrittiva per quanto concerne il perimetro di applicazione della nuova norma contenuta nel codice di rito. La *ratio* dell'intervento del novellatore del 2009 è, infatti, rinvenuta nell'obiettivo minimo di prevedere uno strumento di coazione psicologica, tesa a rafforzare la possibilità che la condanna, resa in un ordinario giudizio di cognizione, a una prestazione infungibile di fare o di non fare. Quindi, in primo luogo, emerge il carattere di stretta strumentalità del provvedimento in commento rispetto a un provvedimento di condanna, decretando, con ciò, l'inammissibilità di una domanda autonoma di condanna alle prestazioni di cui all'art. 614 bis c.p.c.. Inoltre, e in questo caso si nota la differenza tra l'istituto italiano con quello da tempo vigente in Francia delle *astreints*, per il quale vige l'opposto principio della fruibilità per qualunque specie di obbligazione, soltanto le condanne a prestazioni infungibili e non già quelle a prestazioni che possono essere adempiute anche con l'ausilio di un terzo (si pensi all'espropriazione forzata "ordinaria" per la quale il creditore può accedere agli strumenti ordinari di tutela che consentono di ottenere pronta soddisfazione del proprio diritto) possono essere oggetto del provvedimento *ex art. 614 bis*. Inoltre, il provvedimento in questione è naturalmente connaturato da una sorta di residualità, in modo tale che esso troverà applicazione solo laddove non vi siano altri strumenti specificamente individuati dalla legge per proteggere il creditore. Tale ultima nota appare oltre modo significativa, ai fini dell'esame della disposizione di cui all'art. 120 *quater c. 7 T.U.B.*, in quanto accedendo alla tesi per la quale si tratta di una penale legale, essa troverà diretta applicazione, non essendo fruibile il "generale" istituto di cui al codice di rito.

544 GALGANO, *Trattato di diritto civile*, vol. II cit., 513.

545 Si tratta di una tematica vastissima analizzata dal punto di vista pratico, principalmente dal ceto notarile e studiata a fondo in dottrina. Cfr. per un primo inquadramento DE MATTEIS, *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati: promesse di vendita, preliminari per persona da nominare e in favore di terzo*, Padova, 1991 e la bibliografia ivi citata, cui si rimanda.

dell'obbligazione di concludere il definitivo entro il termine previsto dal contratto. La sanzione è stabilita in una certa somma (di solito parametrata in modo tale che possa essere corrispondente al canone di locazione che il promittente venditore avrebbe potuto acquisire) per ogni giorno, settimana o mese di ritardo nella stipulazione del definitivo.

Alla luce di queste considerazioni, non si può fare a meno di notare come si possa riscontrare una certa somiglianza con la sanzione, di cui all'art. 120 *quater* c. 7 T.U.B..

Il carattere necessario per aversi una valida penale è la previa esistenza di una valida obbligazione, sola causa che possa giustificare la predisposizione, considerato anche che la Relazione del Guardasigilli al codice civile (paragrafo n. 557) chiarisce come la penale abbia anche la funzione di valutazione economica e, quindi, di giuridica rilevanza della prestazione priva in sé di questa caratteristica (è il caso dell'accordo con cui ci si impegna a non suonare un determinato strumento musicale, per non arrecare disturbo ai propri vicini).

Senza volere ribadire quanto precedentemente si è maggiormente sviluppato, è il caso di ricordare come gli obblighi a carico delle banche (originaria finanziatrice, titolare dell'interesse tendenzialmente contrario alla conclusione della surrogazione e nuova finanziatrice) discendano direttamente da quei cogenti obblighi di buona fede nell'ambito della relazioni privatistiche che, ben lungi dall'essere limitatamente interpretabili come semplici inviti alla buona creanza, formano un tessuto attivo di obbligazioni giuridicamente coercibili, quanto meno a livello obbligatorio attraverso la sanzione del risarcimento del danno.

Tutto ciò si riscontra proprio nel risarcimento del danno per la violazione degli obblighi di collaborazione interbancaria che costituiscono la *ratio* del settimo comma: in esso si ravvisano esattamente tutte quelle funzioni che la dottrina, pur entro i diversi distinguo e le diverse ricostruzioni dell'istituto, attribuisce alla clausola penale: ossia la funzione di predeterminazione del danno e, in via indiretta, di coartare l'adempimento da parte dei debitori e, per alcuni autori, anche una funzione almeno latamente sanzionatoria del comportamento non conforme alle obbligazioni di comportamento di buona fede da parte degli istituti di credito.

Ciò nonostante, la penale legale prevista dall'art. 120 *quater* c. 7 T.U.B. presenta talune caratteristiche precipue che ne formano uno statuto normativo particolare. È quindi opportuno procedere a descrivere le caratteristiche essenziali della penale di cui al testo unico bancario e i suoi raccordi con le considerazioni di teoria generale proposte dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

Tale forma legale di predeterminazione del risarcimento del danno è, almeno in senso letterale, confinata tra quelle predisposte per il solo ritardo nell'adempimento. Ne consegue che la penale predisposta per il semplice ritardo, per il conforme orientamento di dottrina e

giurisprudenza, non può essere applicata in caso di inadempimento definitivo, mentre essa può essere conseguita quand'anche il creditore chiedesse la condanna giudiziaria all'adempimento da parte del debitore.

Alla luce di questo dominante orientamento, non si può che porre la domanda di quali siano le conseguenze nel caso in cui una delle banche, e segnatamente quella finanziatrice originaria, facesse in modo di non prestare il proprio consenso alla surrogazione, rendendosi ad esempio completamente inadempiente all'obbligo di collaborazione interbancaria e di rapida definizione della vicenda surrogatoria. Ovviamente, i principi generali dell'ordinamento consentono una tutela di tipo obbligatorio, mediante la sanzione del risarcimento del danno. Questa sanzione però non consente al debitore di ottenere *ope iudicis* la tutela del suo interesse più centrale, ossia quello di conseguire il trasferimento del contratto con il nuovo operatore finanziario. A tale fine, non si può non considerare come la rinnovata centralità del dovere di buona fede, quale principio informatore dell'intero sistema contrattualistico, possa condurre a dare autonomia all'obbligo di buona fede, il cui inadempimento non può che essere rilevante, anche ai fini della risoluzione del negozio, al ricorrere del requisito della "non scarsa importanza", di cui all'art. 1455 c.c.⁵⁴⁶.

Tuttavia questa conclusione, se, da un lato, consente di dare la massima tutela al debitore che otterrebbe l'eliminazione del rapporto di finanziamento, in seguito alla risoluzione del contratto originario, dall'altro lato pare radicalmente ultronea rispetto agli obiettivi della liberalizzazione, ossia quelli di velocizzare la successione nel lato attivo del rapporto di finanziamento. Eliminando il rapporto anteriore, quindi, non vi sarebbe alcuno spazio per surrogazioni e portabilità dell'ipoteca, sacrificando perciò totalmente gli obiettivi di sana concorrenza del mercato bancario, anch'essi al centro della riflessione del legislatore del 2007, senza dimenticare che siffatta interpretazione avrebbe effetti clamorosamente sperequativi nei confronti della banca subentrante che verrebbe utilizzata come semplice "cavallo di Troia" in favore del cliente.

Occorre, pertanto, chiedersi quali possano essere le alternative, per contemperare la tutela del cliente con quella della banca subentrante. Una delle possibili soluzioni operative che potrebbero contemperare gli interessi delle parti è costituita dalla possibile applicazione *in subiecta materia* del rimedio della sentenza costitutiva di cui all'art. 2932 c.c.. A tale fine appare particolarmente rilevante la proposizione iniziale di quest'ultima norma che sancisce

⁵⁴⁶ A supporto di questo orientamento, la giurisprudenza, nel tentativo di definire al meglio i limiti del rapporto tra risoluzione del contratto e violazione del dovere di buona fede, ha evidenziato come "in tema di esecuzione del contratto, la violazione della clausola generale di buona fede e correttezza di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c. può assumere rilevanza ai fini della risoluzione del rapporto solo se, incidendo sulla condotta sostanziale che le parti sono obbligate a tenere per preservare il reciproco interesse all'esatto adempimento delle rispettive prestazioni, pregiudica gli effetti economici e giuridici del contratto" (Cassazione, 1 agosto 2002 n. 11437 in *Archivio Civile*, 2003, 667).

che “se colui che è obbligato a concludere un contratto non adempie l’obbligazione, l’altra parte, qualora sia possibile e non sia escluso dal titolo, può ottenere una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso”. È, infatti, interpretazione dominante sia in dottrina⁵⁴⁷ sia in giurisprudenza⁵⁴⁸ la tesi per la quale l’art. 2932 c.c. sia norma non di stretta interpretazione, limitata al solo caso di contratto preliminare, bensì a qualunque fattispecie che preveda un obbligo, anche legale, di contrattare che, in tutta evidenza, non si può non ritenere essere presente anche nell’ipotesi della surrogazione Bersani.

In conclusione, non si può mancare di notare come la surrogazione Bersani, al fine di consentire il miglioramento della posizione del cliente-debitore, imponga alla banca originaria di prestare la propria collaborazione e le dichiarazioni negoziali necessarie, al fine di realizzare l’assetto di interessi voluto dal primo entro il quadro disegnato dall’art. 120 *quater*. Il solo modo, da parte della banca originaria, per riuscire a impedire “il trasferimento del contratto” a favore della banca subentrante è quello di rinegoziare il proprio finanziamento con il cliente-debitore, strumento questo che attribuisce un potente potere contrattuale in mano a quest’ultimo soggetto. È altresì noto come il potere delle parti originarie del rapporto di finanziamento di rinegoziarlo su nuove basi, necessariamente più favorevoli al debitore, possa porre il problema della tutela della banca che si era proposta di rilevare il finanziamento anteriore.

Come per qualsiasi penale, a prescindere dal titolo che ne costituisce la fonte, la disposizione di cui all’art. 120 *quater* richiede che il ritardo nell’adempimento della prestazione sia imputabile al debitore (ossia alla banca titolare del primo finanziamento). C’è da chiedersi, dunque, quali siano le conseguenze giuridiche e se sia o meno applicabile la penale in discorso, nel caso in cui la stipula dell’atto di surrogazione presso il notaio fosse ritardata, oltre i trenta giorni di legge, per volontà di quest’ultimo, ad esempio per ragioni inerenti alla programmazione della propria attività professionale, ovvero dalla banca stessa per impedimenti oggettivi dei propri dirigenti.

Per quanto concerne la prima fattispecie, nessun dubbio può porsi circa la non imputabilità del ritardo alla banca “uscente”. In omaggio alle regole che governano il rapporto obbligatorio, infatti, il debitore deve essere considerato esente da responsabilità allorché il

547 GAZZONI, *Manuale di diritto privato* cit., 878; MICHELI, *Dell’esecuzione forzata*, in *Tutela dei diritti artt. 2900 – 2969 c.c.*, in *Commentario del codice civile* Scialoja – Branca, Bologna – Roma, 1962, 195 e ss., cfr. specie p. 195 allorché si evidenzia, per una fattispecie analoga alle dichiarazioni che debbono essere reso dal creditore soddisfatto, nell’ambito della surrogazione per volontà del debitore, come sia possibile applicare “la procedura in questione non solo in caso di inadempimento del *pactum de contraendo*, ma altresì di inadempimento di obbligazioni di emettere una dichiarazione di volontà di un determinato contenuto”.

548 Cassazione, 30 maggio 1995, n. 6071 in *Massimario Giurisprudenza Italiana*, 1995, secondo cui “l’art. 2932 c.c., che prevede l’esecuzione specifica dell’obbligo di concludere un contratto mediante sentenza che ne produca gli effetti, è applicabile non solo nell’ipotesi di contratto preliminare, ma in qualunque altra fattispecie dalla quale sorga l’obbligo di prestare il consenso al fine del trasferimento o della costituzione di un diritto” (per la giurisprudenza di merito, in questo senso cfr. Tribunale Potenza, 14 settembre 2009, in *Banca Dati De Agostini Professionale*).

suo inadempimento (o il ritardo nell'adempimento) siano imputabili a fattori esterni alla propria sfera di controllo⁵⁴⁹ (argomento *ex art.* 1256 c. 1 c.c.).

Per quanto concerne il secondo, l'astratta imputabilità del ritardo alla banca (cfr. art. 1228 c.c.) deve cedere il passo anche in questo caso ai principi di buona fede contrattualistica, i quali impongono la tolleranza di quei comportamenti, connessi a ragioni meramente tecniche, che impediscono il puntuale adempimento della propria obbligazione. Dovrà pertanto essere tollerato quel ritardo che fosse connesso a esigenze obiettivamente riscontrabili, connesse al lavoro e all'organizzazione della banca che non può essere completamente sacrificata per la tutela del cliente, e al ritardo solo di pochi giorni rispetto al termine previsto.

Dal punto di vista probatorio, si ritiene che, in recezione delle considerazioni svolte in generale sulla penale⁵⁵⁰, l'onere della prova della non imputabilità del ritardo a carico del debitore sia allocato in capo a quest'ultimo e, quindi, sarà la banca originaria finanziatrice, nel caso concreto, a dovere dare la dimostrazione che il ritardo con il quale si è perfezionato il negozio di surrogazione non è dovuto a causa legittimamente imputabile alla medesima.

Altra questione di teoria generale, da sempre oggetto di massima attenzione in dottrina e, al contempo, di massimo conflitto in giurisprudenza è quella della manifesta eccessività della penale. L'art. 1384 c.c., in luogo di prevedere la nullità di una clausola siffatta (in senso contrario però si esprime il codice del consumo, per tutelare i contraenti deboli, cfr. art. 33 lett. f), dispone che essa venga diminuita equamente dal giudice.

Per quanto concerne la penale legale prevista dall'art. 120 *quater* c. 7 occorre considerare se essa può essere censurata sotto questo aspetto dal giudice e, quindi, se anche a siffatta forma di sanzione possa essere applicato lo stesso art. 1384 c.c.. Un ostacolo pressoché insormontabile all'applicazione di questo rimedio pare essere determinato dalla natura giuridica di questa norma. Essa è parte dell'ordinamento italiano, essendo una legge dello Stato, dunque apparirebbe quanto meno singolare, e non ortodosso rispetto ai principi generali in tema di fonti normative e di poteri del giudice, come tale sottoposto alla legge (art. 101 c. 2 Cost.) nell'esplicazione del suo ministero, l'attribuzione di un tale potere al magistrato, che consentirebbe a questi di disapplicare una norma (la penale legale) prevista dal testo unico bancario. Il solo strumento che l'ordinamento predispone per sindacare la congruità della sanzione prevista dall'art. 120 *quater* c. 7 è rappresentato, in tutta evidenza, dal solo ricorso alla Corte costituzionale, per valutarne la ragionevolezza (art. 3 Cost.) della stessa, rispetto ai principi della Legge fondamentale della Repubblica. Sia detto per inciso,

549 GALGANO, *Trattato di diritto civile*, vol. II cit., 95.

550 Cfr. GALGANO, *Degli effetti del contratto Della rappresentanza Del contratto per persona da nominare*, in *Commentario del Codice civile Art.1372 – 1405* Scialoja – Branca, a cura di Galgano, Bologna – Roma, 1993, 164.

che l'ammontare della penale pari all'1% del valore del finanziamento per ciascun mese di ritardo non permette di ritenere che si tratti di importo manifestamente eccessivo, ossia totalmente sproporzionato rispetto "all'interesse che la parte, secondo le circostanze, ha all'esatto adempimento della pretesa prestazione, tenendo conto delle ripercussioni dell'inadempimento sull'equilibrio delle contrapposte prestazioni e dell'effettiva incidenza dell'inadempimento sulla situazione contrattuale concreta"⁵⁵¹.

Qualificando come vera e propria penale *ex lege* la norma oggetto di commento, agli occhi balza prorompente l'ultima parte del comma 7 che impone una norma di complessa interpretazione e di incerta opportunità. Tale disposizione così recita: "Resta ferma la possibilità per il finanziatore originario di rivalersi sul mutuante surrogato, nel caso in cui il ritardo sia dovuto a cause allo stesso imputabili".

La norma in commento sancisce in modo inequivocabile che il responsabile dei danni per i ritardi nell'espletamento della surrogazione nei confronti del debitore è in ogni caso il primo finanziatore. Carattere essenziale della disposizione è il seguente.

Il finanziatore originario è comunque tenuto a risarcire il danno, a prescindere dal fatto che il ritardo sia dipendente da un comportamento infedele dell'altro operatore finanziario, quest'ultima eventualità legittimerà il primo a citare in giudizio il secondo per la ripetizione di quanto versato.

Qual è, dunque, la giustificazione della norma? Quale istituto si cela dietro alla responsabilità nei confronti del debitore della sola banca finanziatrice originaria?

Una prima interpretazione ricostruttiva dell'istituto porterebbe a qualificare la norma come istitutiva di una forma di accollo *ex lege*, ossia un'assunzione cumulativa del debito da risarcimento del danno (il cui debitore è, in realtà, la banca surrogante, responsabile del ritardo) in capo all'istituto finanziario originario, quale effetto della fattispecie legale descritta dalla legge bancaria. In particolare, secondo il sistema ricostruttivo suggerito dalla dottrina più autorevole⁵⁵² si tratterebbe di un accollo la cui giustificazione sarebbe rinvenibile nell'esigenza di rendere direttamente responsabile il soggetto nel cui interesse l'obbligazione è stata contratta (come avviene ad esempio per le obbligazioni contratte dal mandatario in nome proprio ma per conto del mandante, ipotesi di cui all'art. 1719 c.c. che viene tradizionalmente spiegata dalla dottrina facendo riferimento a una forma di accollo legale).

Nonostante ciò, una ricostruzione in questi termini appare poco rispondente alla struttura dell'accollo (anche legale).

Si cominci da una prima criticità. Accedendo alla tesi dell'accollo, per descrivere il

551 Cassazione, 4 dicembre 1982 n. 6643 in *Massimario Giurisprudenza Italiana*, 1982.

552 BIANCA, *Diritto civile 4 L'obbligazione* cit., 689.

meccanismo normativo predisposto dalla legge bancaria, risulterebbero capovolte le ragioni che inducono di solito il legislatore a predisporre siffatte forme di assunzione legale. In questo caso, infatti, il negozio surrogatorio non verrebbe affatto concluso per tutelare gli interessi del soggetto chiamato a rispondere in via principale dell'obbligazione risarcitoria, il quale, al contrario, è titolare dell'interesse esattamente opposto. La surrogazione è stata resa maggiormente competitiva proprio per tutelare al meglio gli interessi del debitore e, anche se in misura meno marcata, della banca surrogante, ma giammai per soddisfare la banca originaria finanziatrice, su cui graverebbe un peso non corrispondente a un interesse obiettivo e preminente alla conclusione del negozio.

Ulteriori elementi allontanano in modo deciso (e decisivo) l'accostamento tra la norma in commento e la fattispecie dell'accollo legale. Quest'ultimo istituto, infatti, quand'anche differente dall'accollo volontario per la fonte da cui deriva il rapporto, è tuttavia strettamente legato a questo per il regime della responsabilità dell'assuntore e del debitore originario. Se si accedesse alla tesi per la quale la disposizione in commento altro non sarebbe che un'applicazione dell'accollo legale, l'assuntore (cfr. seconda sezione paragrafo 4.3) potrebbe chiedere l'adempimento, in base alle norme sulla solidarietà passiva e quindi, secondo una sua insindacabile decisione, sia al debitore originario sia all'assuntore (secondo alcuni autori, invece, ma trattasi di tesi minoritaria, per quanto autorevolmente sostenuta, si formerebbe una sorta di *beneficium ordinis*, analogo a quello che contraddistingue la delegazione, di cui all'art. 1268 c. 2 c.c.). Ebbene, dal testo della legge non emerge nulla che possa far ritenere che si sia in presenza di una tale ripartizione della responsabilità tra banca originaria e nuova finanziatrice.

Per non parlare che l'accollo non consente all'accollante di richiedere al debitore principale la ripetizione di quanto versato al creditore⁵⁵³, in evidente attrito con quanto invece esplicitamente prevede l'art. 120 *quater* c. 7 parte II T.U.B..

Occorre, quindi, battere altre strade per trovare una spiegazione alla norma in commento.

Anche il ricorso a una sorta di fideiussione *ex lege*, di cui l'ordinamento conosce talune applicazioni (si pensi, per parte della dottrina, all'art. 38 c.c. in tema di responsabilità del fondo comune dell'associazione non riconosciuta e delle persone che hanno agito in nome e per conto dell'ente⁵⁵⁴), appare poco soddisfacente: così come per la fideiussione volontaria, anche quella legale è partecipe del regime di responsabilità solidale tra debitore principale e

553 In questo senso cfr. Tribunale Torino, 17 dicembre 2007 in *Banca dati De Agostini Professionale*, secondo cui "si tratti di accollo cumulativo o liberatorio, esterno o meramente interno, l'assunzione del debito altrui" (vedi art. 1273 c.c.) implica sempre lo spostamento dell'onere economico della prestazione a carico esclusivo dell'accollante, *id est* obbliga l'accollante a tenere indenne il debitore originario ed esclude il suo diritto ad agire in regresso nei confronti del debitore o dei suoi garanti a seguito all'avvenuto pagamento".

554 DE GIORGI, *commento art. 38 c.c.* in *Commentario breve al Codice civile*, Padova, 2004, 131-132.

fideiussore, di cui all'art. 1944 c. 1 c.c.. Una tale ripartizione della responsabilità tra banca originaria e banca nuova finanziatrice non è affatto simile a quanto dispone l'art. 120 *quater* c. 7 parte II T.U.B.. Non solo. Tale ultima disposizione appare altresì incompatibile con la fideiussione informata al regime del c.d. *beneficium excussionis*, di cui all'art. 1944 c. 2 c.c.. Essa, infatti, prevede una norma di salvaguardia del fideiussore, attuata mediante l'obbligo, a carico del creditore, di escutere con priorità il debitore principale prima di richiedere l'esecuzione della prestazione al fideiussore.

Anche la strada del ricorso a una forma legale di promessa del fatto del terzo a carico della banca originaria, ricorrendo allo schema di cui all'art. 1381 c.c. appare poco appagante per descrivere l'istituto in commento. Se si accedesse a questa interpretazione, la legge imporrebbe a carico della banca originaria la promessa che il terzo, ossia la banca nuova finanziatrice, non si renda inadempiente al proprio obbligo di collaborazione interbancaria nell'ambito della più rapida definizione della procedura di surrogazione.

Non è ovviamente questa la sede per approfondire l'istituto, di cui all'art. 1381 c.c., tuttavia appare necessario e propedeutico, ai fini della presente dissertazione, la trattazione, almeno sommaria, dei suoi principi generali.

Ebbene, è noto come la dottrina di gran lunga prevalente sia dell'avviso che l'istituto vada collocato nell'ambito dei contratti di garanzia, da intendersi come assunzione del rischio di un evento sfavorevole, in modo che l'istituto *de quo* rientri in uno schema latamente assicurativo⁵⁵⁵. Secondo questo orientamento, più specificamente, la promessa di cui all'art. 1381 genererebbe un'obbligazione di garanzia esprimendosi nell'impegno di assumersi, fin dal momento della conclusione del contratto, il rischio di un eventuale rifiuto del terzo, indipendentemente ed a prescindere dalla prova di essersi adoperati per ottenerne il consenso. Più precisamente, si tratterebbe di una prestazione di sicurezza a favore del creditore, consistente nel sollevarlo dall'incertezza circa il conseguimento dell'utilità dedotta nell'obbligazione⁵⁵⁶. Altro orientamento, anch'esso autorevolmente sostenuto, intravede nell'obbligazione di cui all'art. 1381 c.c. una forma di assunzione di un'obbligazione di risultato, mediante la quale il promittente si obbliga affinché il terzo compia un fatto, così che in caso ciò non si verifichi, sia abbia inadempimento dell'obbligazione assunta⁵⁵⁷.

La riconduzione della responsabilità dell'art. 120 *quater* c. 7 all'istituto di cui all'art. 1381 c.c. appare problematica e non rispondente ai principi che governano le due fattispecie. Secondo la giurisprudenza prevalente, infatti, "la promessa dell'obbligazione o del fatto del terzo non crea un vincolo solidale nei confronti del promissario fra il promittente ed il terzo,

555 In questo senso cfr. GAZZONI, *Manuale di diritto privato* cit., 957.

556 BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 1994, 52; GALGANO, *Degli effetti* cit., 156 e ss..

557 BIANCA, *Diritto civile 4 L'obbligazione* cit., 120.

essendo quest'ultimo estraneo al rapporto in cui altri ha promesso la sua obbligazione o il suo fatto, sicché non può operare la surrogazione legale *ex art.* 1203 n. 3 c.c., nei confronti del terzo a favore del promittente che abbia indennizzato il promissario nel caso in cui il terzo si sia rifiutato di obbligarsi o di compiere il fatto promesso”⁵⁵⁸. È evidente come tale pronunciato male si accordi con la responsabilità patrimoniale successiva, in sede di regresso, che caratterizza la banca nuova finanziatrice.

Ancora. “La promessa dell'obbligazione o del fatto del terzo, contemplata dall'art. 1381 c.c., è configurabile quando il terzo non sia già giuridicamente vincolato ad assumere l'obbligo od a tenere il comportamento oggetto della promessa. Pertanto, nel caso di promessa dell'adempimento del terzo ad una sua pregressa obbligazione, deve negarsi l'inquadrabilità dell'atto nella previsione della citata norma (e quindi negarsi la sua idoneità a produrre il debito indennitario contemplato dalla norma medesima), restando ravvisabile una fideiussione, se la promessa medesima assuma i connotati della garanzia dell'adempimento altrui, ovvero, in difetto, una mera interposizione amichevole di buoni uffici, priva di effetti per il promittente (salvo espresso patto)”⁵⁵⁹. Appare perciò altamente complesso (per non dire completamente contraddittorio) far collimare l'assenza di vincolo giuridico a tenere il comportamento da parte del terzo con quella fitta serie di obblighi di protezione e di collaborazione tendenti alla rapida definizione del trasferimento del finanziamento.

Al fine di trovare puntuale soluzione alla problematica relativa alla natura giuridica della norma di cui all'art. 120 *quater* c. 7 T.U.B., occorre partire da un'analisi dapprima meramente logica e poi giuridica del testo. Ebbene, il punto fermo da cui partire è che la mancata realizzazione della surrogazione entro trenta giorni lavorativi per causa imputabile alla banca nuova finanziatrice determina l'obbligazione di risarcimento del danno in capo non già al soggetto resosi inadempiente, bensì in capo ad altro soggetto, comunque parte del rapporto, verso il quale alcun addebito di responsabilità può essere mosso. Non può che concludersi, in coerenza con queste premesse, che la banca originaria, per il caso in cui fosse chiamata a rispondere del comportamento dilatorio o, comunque, non corretto della banca surrogante, sarebbe vincolata da una forma positivizzata di responsabilità per fatto altrui.

Lo schema predisposto dall'art. 120 *quater* c. 7, infatti, appare molto simile a quello previsto dall'art. 2049 c.c. che tratta la forma principale di responsabilità per illecito causato da un terzo (norma che trova il proprio corrispondente, in ambito contrattuale, nell'art. 1228 c.c.). Non si nasconde che il contesto in cui si applicano le due norme è completamente diverso, in quanto la prima rientra nell'ambito dei rapporti contrattuali bancari, mentre la

558 Cassazione, 27 aprile 1979, n. 2449 in *Massimario Giurisprudenza Italiana*, 1979.

559 Cassazione, 9 aprile 1990 n. 2965, in *Giustizia civile*, 1990, I, 2359.

seconda disciplina una particolare forma di illecito aquiliano, tuttavia all'interprete non può non balzare all'occhio come la regolazione di entrambe le forme di responsabilità sia molto simile.

Nel caso della responsabilità, definita da alcuni autori come "indiretta"⁵⁶⁰ da altri come "vicaria"⁵⁶¹, un soggetto, il c.d. preponente (datore di lavoro o comunque terzo che ha un potere di direzione e di vigilanza su un altro soggetto) risponde degli illeciti compiuti dal proprio preposto, per i quali l'espletamento delle mansioni lavorative affidate a questi siano legate da un nesso di occasionalità necessaria con l'evento dannoso.

Il fondamento di tale norma che imputa a un terzo l'illecito compiuto da altro individuo, dopo l'affermarsi di tesi soggettivistiche, ormai superate dalla moderna civilistica, che variavano dalla presunta maggiore ricchezza del preponente rispetto al preposto e alla *culpa in eligendo* ovvero *in vigilando* imputata a carico del preponente, è stato rinvenuto, in senso oggettivistico, più confacente a un'economia avanzata, nel rischio del lavoro, quale più particolare espressione del rischio di impresa, per il quale colui che assume un terzo per lo svolgimento di determinate mansioni lavorative, così come ottiene il lucro derivante dall'adempimento delle obbligazioni predette, è obbligato, altresì, a risarcire il danno causato da questi⁵⁶², in applicazione del principio logico, prima ancora che giuridico, *cuius commoda eius et incommoda*. Inoltre, *ratio* dell'art. 2049 c.c. riposa anche nella garanzia cui fanno riferimento i terzi verso il padrone per i fatti dei propri collaboratori⁵⁶³. A conferma di questa tesi, la norma non prevede, consistendo in ciò l'unicità dell'art. 2049 c.c. rispetto al sistema codicistico della responsabilità aquiliana, alcuna prova liberatoria che possa essere fornita dal preponente.

È inoltre noto come, se nei rapporti con i terzi danneggiati il datore di lavoro risponde oggettivamente dell'illecito compiuto dal proprio sottoposto, nei rapporti interni tra datore di lavoro e preposto, pur nel silenzio dell'art. 2049 c.c., dottrina⁵⁶⁴ e giurisprudenza⁵⁶⁵ non dubitano che il primo possa richiedere al secondo la ripetizione delle somme spese per

560 Cfr. GALGANO, *I fatti illeciti*, Padova, 2008, 89 e ss..

561 Cfr. RUFFOLO, *La responsabilità vicaria*, Milano, 1976.

562 GALGANO, *I fatti illeciti* cit., 95.

563 FRANZONI, *Dei fatti illeciti Art. 2043 – 2059*, in *Commentario al codice civile* Scialoja – Branca, a cura di Galgano, Bologna – Roma, 1993, 405- 406.

564 FRANZONI, *Dei fatti illeciti* cit., 419-420.

565 Ciò si deduce, anche se in via indiretta, da Cassazione, 15 gennaio 1979, n. 300 in *Massimario Giurisprudenza Italiana*, 1979 ad avviso della quale "qualora un fatto illecito sia stato posto in essere da un commesso, nell'esercizio delle sue incombenze, in concorso con altre persone, il committente, che abbia risarcito per intero il danno, ha diritto di ripetere dal commesso e dagli altri concorrenti nel fatto illecito soltanto la parte del risarcimento di ciascuno di essi, commisurata alla gravità delle rispettive colpe - che nel dubbio si presumono eguali - e così può soltanto ottenere la condanna di ciascuno di loro pro quota e non già in solido: infatti egli avendo provveduto al risarcimento, non si surroga al danneggiato, ma, assumendo per effetto della responsabilità *ex art. 2049 c.c.*, l'identica posizione del commesso, può esercitare il diritto di regresso nei confronti dei corresponsabili nell'osservanza della disciplina generale degli artt. 1298 e 1299 c.c., che prevede, nel caso di regresso, la ripartizione del debito tra i condebitori solidali, e nei limiti dell'art. 2055 c.c."

risarcire il danno al terzo.

Orbene, una funzione di garanzia, analoga a quella di cui all'art. 2049 c.c., può essere presente anche nell'ambito dei rapporti bancari oggetto della presente dissertazione? Più specificamente, esiste un titolo giuridico preesistente in virtù del quale la banca originaria finanziatrice sia garante dell'adempimento dell'obbligazione, in modo da giustificare la responsabilità in via prioritaria della prima, per il ritardo determinatosi dal comportamento illegittimo della seconda?

La risposta positiva a questa domanda, a parere di chi scrive, non può trovare alcun solido fondamento giuridico. Non si comprende quale sia il titolo in virtù del quale, nell'ambito di rapporti imprenditoriali (si badi, il cliente-debitore ha un ruolo del tutto defilato nell'ambito delle procedure bancarie necessarie per il perfezionamento della surrogazione) tra soggetti, peraltro, dotati entrambi di un'indubbia forza economica e tendenzialmente di pari potere contrattuale, debba essere la banca originaria a farsi garante, nei confronti del debitore, dell'inadempimento della banca finanziatrice. Non rinvenendosi ragioni solide per giustificare questa norma, non si nasconde che la stessa, in quanto fonte di irragionevole aggravio di costi e oneri per le parti, poco coerente con i principi generali, anche processualistici (si pensi alla dilatazione inevitabile dei tempi del giudizio, in palese spregio di quanto previsto dall'art. 111 c. 2 parte II Cost.), di economia dei mezzi giuridici possa essere oggetto di un apposito sindacato da parte della Corte costituzionale (per contrasto con gli artt. 3 e 111 c. 2 parte II Cost.), in quanto trattasi di norma del tutto irragionevole. Nessun motivo plausibile, dunque, può porsi a fondamento di questa disposizione.

13. Nullità dei patti che impediscono o rendono onerosa la facoltà di surrogazione

Come ogni legge che tende a incentivare l'impiego di un determinato nuovo istituto o, come in questo caso, l'ammodernamento e la vivificazione di un istituto già da tempo presente nell'ordinamento, anche la normativa della c.d. surrogazione Bersani "sponsorizza" il ricorso ad essa, facendo largo uso di meccanismi di incentivazione (mantenimento dei benefici fiscali ottenuti con il finanziamento originario, previsto dall'art. 120 *quater* c. 8 T.U.B. e gratuità dell'opera per le particolari fattispecie, di cui all'art. 2 c. 1*bis* d.l. 185/2008) e dei meccanismi sanzionatori. Per fare ciò, da un lato si predispone una rafforzata tutela obbligatoria con il rimedio del risarcimento del danno in favore del contraente debole (coefficiente calcolato sull'ammontare del finanziamento residuo, *ex art.*

120 *quater* c. 7 T.U.B.), dall'altro si confezionano una serie di sanzioni negoziali, tendenti alla declaratoria della nullità di quelle clausole, un tempo largamente diffuse, aventi lo scopo di impedire o comunque restringere l'esercizio di determinate facoltà di surrogazione per il debitore.

Tali clausole, anche prima dell'emanazione del divieto di cui all'art. 120 *quater* c. 6 erano oggetto di una normazione da parte del legislatore, non già una formazione diretta e immediata della liceità in astratto, bensì calata all'interno della disciplina del codice del consumo, limitatamente ai contratti stipulati tra il consumatore e il professionista, così come definiti dall'art. 3 d.lgs. 206/2005. Siffatte clausole, infatti, concretando quelle "restrizioni alla libertà contrattuale del consumatore nei confronti dei terzi", di cui all'art. 33 c. 2 lett. t del codice del consumo, rientravano pienamente entro quelle disposizioni determinative di un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto, ai danni del consumatore. È ben vero che, giova ripeterlo, anche alla luce della novella del 2011 (di cui al precedente paragrafo 4.1 della presente sezione), anzi soprattutto in seguito a questa novella, non si può ritenere che l'art. 120 *quater* rientri nel complesso sistema del diritto consumeristico, tuttavia è logico ritenere che, laddove nella concreta negoziazione si rientri entro i presupposti soggettivi di applicazione di quest'ultimo sistema, esso debba essere fonte di regolazione del rapporto e che, quindi, la medesima situazione, ossia la surrogazione nei rapporti di finanziamento bancario, possa essere regolata sia dall'art. 120 *quater* T.U.B., quanto all'operazione di surrogazione e al subentro nelle garanzie annesse al rapporto di credito, sia dal diritto del consumatore, quanto agli aspetti dei contratti di finanziamento prodromici all'operazione surrogatoria.

È bene altresì ricordare che il più delle volte la normativa in tema di clausole abusive nei contratti con il consumatore viene solo parzialmente applicata, nel caso in cui il contratto di prestazione di servizi finanziari in favore di questi venga stipulato con forma pubblica, il che accade molto frequentemente nella contrattazione ordinaria, si pensi ad esempio alla stipulazione di un mutuo bancario per l'acquisto di una casa di abitazione. Si ritiene, infatti, che l'opera del notaio, quale pubblico ufficiale garante della conformità a legge delle clausole di un testo contrattuale, nonché quale presidio di un'accurata indagine delle volontà delle parti, in sede di contrattazione (si pensi al disposto dell'art. 47 c. 2 l. 89/1913 che prevede il dovere del pubblico ufficiale di indagare la volontà delle parti e sotto la propria direzione e responsabilità di curare la compilazione integrale dell'atto, oltre che l'obbligo di lettura personale dell'atto da parte del notaio, ai sensi dell'art. 51 n. 8 della medesima legge professionale) sia sufficiente per ritenere che l'atto non possa essere a rigore di provenienza di una sola delle parti, bensì sia frutto della loro comune volontà e, quindi, sia, per definizione insita nello stesso atto pubblico, assolto il dovere delle trattative individuali

specifiche che l'art. 34 c. 4 d.lgs. 206/2005 indica quale rimedio per evitare la nullità (relativa) della clausola⁵⁶⁶.

Questo orientamento è stato fatto proprio dalla giurisprudenza della Cassazione specialmente in sede di analisi dei rapporti tra atto pubblico e onere di specifica approvazione per iscritto delle clausole vessatorie di cui all'art. 1341 c.c.. I giudici, con l'avallo di una parte della dottrina⁵⁶⁷, si sono sempre espressi in senso contrario all'applicabilità delle norme di cui all'art. 1341 c.c. all'atto pubblico⁵⁶⁸, nonostante il parere difforme di un'altra parte della letteratura, specie quella di origine notarile che ha segnalato le differenze tra gli oneri di lettura dell'atto da parte del pubblico ufficiale, di sottoscrizione dello stesso da parte dei paciscenti, di indagine della volontà delle parti da parte del notaio e le formalità richieste dalla normativa codicistica (art. 1341 c.c.) e dal codice del consumo (la trattativa)⁵⁶⁹.

Non deve pertanto stupire, alla luce di queste considerazioni, che il contenzioso in tema di rapporto tra atto pubblico e clausole abusive di cui al codice del consumo e, soprattutto, di validità o meno delle clausole ostative alla facoltà di surrogazione del debito da finanziamento bancario sia estremamente scarso.

Avendo presente questo "stato dell'arte" della pratica negoziale, il legislatore, fin con il d.l. 7/2007, denotando ciò l'essenzialità della disposizione rispetto al disegno riformatore generale, ha voluto dettare una norma estremamente chiara, coerente con la filosofia

566 CONDÒ, *Condizioni generali di contratto, clausole vessatorie, clausole abusive e intervento del notaio*, in *Federnotizie*, 2/1997, 73.

567 MARICONDA, *Condizioni generali di contratto e atto pubblico*, in *Clausole abusive e direttive comunitarie*, a cura di Cesaro, Padova, 1994, 77.

568 Cassazione, 23 aprile 1998, n. 4188 in *Massimario Giurisprudenza Italiana*, 1998 secondo cui "le clausole inserite in un contratto stipulato per atto pubblico, ancorché si conformino alle condizioni poste da uno dei contraenti, non possono considerarsi come "predisposte" dal contraente medesimo ai sensi dell'art. 1341 c.c., e - pertanto - pur se vessatorie, non necessitano di specifica approvazione" (nel medesimo senso cfr. Cassazione, 21 gennaio 2000, n. 675 in *Foro italiano*, 2000, I, 1153).

569 Cfr. in particolare l'approfondito Studio n. 237-2006/C del Consiglio Nazionale del Notariato approvato in data 13 maggio 2006 dal titolo *Codice del consumo: clausole vessatorie nei contratti di mutuo bancario ed intervento del notaio*, a firma di Bevilacqua – Labriola, 13, consultabile sul sito <http://www.notariato.it/it/primo-piano/studi-materiali/contratti-codice-consumo.html>. Si deve infatti considerare che, molto spesso, gli atti notarili di finanziamento bancario siano costituiti dalla sostanziale adesione del notaio alle bozze inviate dall'istituto bancario, salva l'eliminazione di clausole gravemente dubbie e in odore di nullità. Allora non stupisce che "non solo l'atto notarile non esclude il presupposto della predisposizione unilaterale da parte del professionista, ma anche che il notaio non è in condizione, al momento della conclusione del contratto, di conoscere quale sia stata la negoziazione precontrattuale delle clausole e soprattutto se tale negoziazione abbia rappresentato o meno una trattativa ai sensi dell'art. 34 c. 4 del Codice del consumo. Dello stesso avviso, nella dottrina notarile cfr. BARALIS, *Atto pubblico e contrattazione semplificata*, in *Rivista del notariato*, 1978, 752; FAUSTI, *Il mutuo*, in *Trattato di diritto civile* a cura del Consiglio Nazionale del Notariato diretto da Perlingieri, Napoli – Roma, 2004, 18; PICCOLI, *Riflessi sull'attività notarile della normativa di cui alla legge 6 febbraio 1996 n. 52 (Clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori)*, in *Vita notarile*, 1996, 1101.

In generale sul non automatico esonero da parte del notaio del rispetto dell'art. 1341 c.c. (e, quindi, per coerenza, anche sulla non inapplicabilità delle norme sulle clausole abusive del codice del consumo all'atto pubblico) cfr. in generale PATTI, *Della prova documentale*, in *Commentario del codice civile* Scialoja – Branca a cura di Galgano, artt. 2699 - 2720, Bologna – Roma, 1996, 51 e ss..

generale del provvedimento, tesa a impedire qualunque ostacolo alla conclusione della surrogazione.

Qualunque patto, anche seguente alla conclusione del finanziamento, teso a impedire l'esercizio della surrogazione o a renderlo più complesso è, dunque, affetto da radicale nullità. È evidente che un siffatto patto pregiudicherebbe in modo irreversibile l'intero disegno riformatore. Tutto ciò non può, in recepimento dei principi generali dell'ordinamento (cfr. art. 1418 c.c.), che determinarne la nullità per contrasto con norma imperativa⁵⁷⁰.

La nullità radicale *sic et simpliciter* del patto pregiudica qualunque possibilità di mantenimento dello stesso anche se integrato con eventuali norme imperative sostitutive. È infatti noto come le norme imperative che siano meramente proibitive, esattamente come quella in parola, non siano passibili di essere sostituite, ai fini del mantenimento dell'accordo, con clausole differenti⁵⁷¹, in quanto affinché si possa perfezionare il meccanismo della norma del codice è necessario che al divieto si accompagni anche una norma ulteriore che, nel caso di specie, è assente.

Oltre a sancire la nullità del patto negoziale, nel solo caso in cui esso costituisca una clausola, ossia la proposizione contenente l'unità precettiva del negozio⁵⁷², e non già un autonomo contratto, con cui banca e finanziato pattuissero la rinuncia da parte di quest'ultimo ad avvalersi in futuro della facoltà di surrogazione, avente una propria tipica funzione di assestamento di un conflitto di interessi privatistico (nel qual caso la nullità non potrebbe che essere estesa all'intero negozio); il legislatore attribuisce alla nullità in discorso un ulteriore e importante attributo, ossia quello della sua parzialità. Tale soluzione normativa appare coerente anche con gli specifici precedenti, relativi a materie simili, regolate da leggi speciali. Si pensi al codice del consumo, il cui art. 36 c. 1 prevede espressamente che la nullità delle clausole abusive sia parziale. Anche la norma della legge bancaria in commento è, come qualunque nullità parziale, espressione del principio generale di conservazione degli effetti del negozio giuridico, in virtù del quale l'ordinamento predilige il mantenimento degli effetti non viziati dipendenti da un contratto rispetto all'eliminazione completa dell'atto di autonomia privata e del suo conseguente regolamento, al fine di preservare l'espressione della volontà delle parti e di garantire la circolazione della

570 GALGANO, *Trattato di diritto civile*, vol. II cit., 317.

571 FRANZONI, *Degli effetti del contratto – Artt. 1374 – 1381* cit., 18, 19.

572 ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato* Iudica – Zatti, Milano, 2001, 458 e ss.. Cfr. anche FRANZONI, *Degli effetti del contratto – Artt. 1374 – 1381* cit., 39 e ss. il quale sottolinea come il concetto di clausola contrattuale non debba essere confuso con quello di articolo di cui si compone il testo del contratto e che la distinzione, un tempo molto discussa, tra elemento o frazione della clausola e clausola *tout court* non sia più così rilevante, in quanto laddove non sia possibile individuare siffatto elemento che contrasta con norma imperativa e che deve essere sostituita dal precetto contenuto in quest'ultima, si dovrà senz'altro procedere alla sostituzione dell'intera clausola.

ricchezza.

È altresì noto che, e con questo si giunge alla questione che separa la nullità parziale dell'art. 120 *quater* da quella comune dell'art. 1419 c.c., tale principio di conservazione degli effetti del contratto, in presenza di una nullità parziale, soffre di un'eccezione vistosa, nel caso in cui l'inserimento della clausola affetta da invalidità fosse stato necessario ai fini dell'ottenimento dell'accordo delle parti, su tutto il contratto. Tale principio corrisponde anch'esso a un'esigenza di coerenza logica dell'ordinamento, prima ancora che di regolazione da parte del diritto positivo: come si può mantenere in vita un contratto che difettesse di una parte imprescindibile per il conseguimento della causa concreta del negozio stesso, ossia un contratto la cui modifica, determinata dal meccanismo generale della nullità parziale, non consente più alle parti di realizzare i propri interessi⁵⁷³?

Quanto allo statuto della nullità parziale nella legislazione speciale, la domanda che occorre porsi è la seguente: in mancanza di espresse indicazioni si può applicare a tale *corpus* normativo esterno al codice civile, l'eccezione poc'anzi indicata?

La questione è stata esaminata, come noto, in modo particolareggiato in sede di commento della normativa sulle clausole vessatorie dei contratti del consumatore, sia anteriormente sia successivamente all'emanazione del codice del consumo. Ebbene, la tesi di gran lunga prevalente in dottrina⁵⁷⁴ era (ed è) dell'avviso che il contratto quand'anche affetto da clausole nulle in quanto abusive rimarrebbe comunque in essere, derogandosi pertanto al

573 BIANCA, *Diritto civile 3 Il contratto* cit., 639, 640. Nel medesimo senso in giurisprudenza cfr. Cassazione, 1 marzo 1995 n. 2340 in *Massimario Giurisprudenza Italiana*, 1995 “in caso di nullità parziale di un negozio, l'indagine diretta a stabilire, ai fini della conservazione del negozio stesso, se la pattuizione nulla debba ritenersi essenziale va condotta con criterio oggettivo, con riferimento alla perdurante utilità del contratto rispetto agli interessi con esso perseguiti”.

È il caso di aggiungere che questo orientamento non è pacifico sia in dottrina sia in giurisprudenza e risente della contrapposizione fortissima che vi era un tempo, ora tendenzialmente sopita con la prevalenza della seconda delle teorie di cui d'appresso, tra coloro che esaltavano l'aspetto volitivo-soggettivo del contratto e coloro che, al contrario, sottolineandone i caratteri oggettivi, potenziavano gli aspetti di tutela dell'affidamento di buona fede. Non sono poche sono assolutamente autorevoli le voci che nel passato ritenevano che la nullità dell'intero contratto, sancita in caso di invalidità di una clausola dello stesso, fosse da dichiarare a seguito di una rigorosa indagine di tipo soggettivistico, in modo tale che il giudice fosse chiamato a rispondere alla domanda se la volontà delle parti si sarebbe ugualmente indirizzata alla conclusione del contratto, in mancanza della clausola espunta. È questa la tesi fatta propria da MESSINEO, *Il contratto*, vol. II in *Trattato di diritto civile* Cicu – Messineo, Milano, 1972, 387, la cui eco è presente in alcune pronunce, anche non risalenti del Supremo Collegio, cfr. Cassazione, 5 luglio 2000 n. 8970 in *Corriere giuridico*, 2001, 1499 secondo cui “in tema di contratti conclusi mediante utilizzazione di moduli o formulari predisposti da una delle parti, l'inserimento in essi di una clausola non comporta automaticamente la essenzialità della stessa, con la conseguente estensione della sua eventuale nullità all'intero contratto, essendo, invece, necessaria al riguardo un apprezzamento in ordine alla volontà delle parti quale obiettivamente ricostruibile sulla base del concreto regolamento di interessi, rimesso al giudice di merito ed incensurabile in cassazione se adeguatamente e razionalmente motivato”.

574 Cfr. BELLELLI, *La tutela individuale del consumatore: inefficacia o nullità delle clausole vessatorie*, in *Clausole “vessatorie” e “abusiva”* cit., 228 e ss., la quale nota come la *regula iuris* applicabile in Italia, in seguito a tale interpretazione fondata sulla lettera della legge sia più protettiva per il consumatore rispetto a quella prevista dalla direttiva comunitaria 93/13/CE il cui art. 6 n. 1 affermava che il contratto resta vincolante per le parti “sempre che esso possa sussistere senza le clausole abusive”. Nel medesimo senso, cfr. RUFFOLO, *Condizioni generali di contratto, clausole vessatorie e contratto concluso mediante moduli e formulari*, in *Clausole “vessatorie” e “abusiva”* cit., 87 il quale parla esplicita di deroga apportata dall'art. 1469 *quinquies* c. 1 c.c. (ora art. 36 c. 1 cod. cons.) rispetto all'art. 1419 c. 1 c.c..

regime comune di cui all'art. 1419 c.c., in quanto la *ratio* dell'intervento del legislatore è di protezione del consumatore, cosa che verrebbe pregiudicata se venisse travolto, unitamente alla clausola abusiva, l'intero contratto. In questo caso, il consumatore – aderente non avrebbe neppure un'alternativa effettiva per conseguire diversamente il bene o il servizio, a causa della tendenziale uniformità delle condizioni generali praticate in uno stesso settore di mercato. Il meccanismo della nullità necessariamente parziale, in quest'ottica, sarebbe eccezionale del principio generale sulla nullità parziale del contratto di diritto comune, e quindi la specialità della disciplina del codice del consumo in tema di nullità conduce a un'interpretazione in senso strettamente tassativo della regola in questione⁵⁷⁵. Da ciò, a rigore, non potrebbe che ritenersi come laddove il legislatore non abbia inteso dare una regola puntuale si dovrebbe fare applicazione della disciplina generale dettata dal codice civile in tema di nullità parziale, compresa la necessità della stessa prova di resistenza, di cui all'art. 1419 c. 1 parte seconda c.c..

Nella versione originaria del d.l. 7/2007 l'art. 8, nel sancire la nullità di ogni patto che rendesse più difficile l'esercizio della facoltà di surrogazione, non specificava, a differenza di quanto previsto dall'art. 7 in tema di facoltà di estinzione anticipata del mutuo, se la nullità in parola fosse necessariamente parziale, ovvero se fosse applicabile la disciplina di diritto comune.

Nonostante tale mancanza, l'opzione in favore della parzialità necessaria della nullità sarebbe stata possibile anche in sede di ermeneutica. Non si può, infatti, dimenticare che la stessa disciplina di tutela del consumatore, anche se, giova ripeterlo, la disciplina sulla surrogazione non è esclusivamente dedicata ai consumatori, ha conosciuto (e conosce tuttora) delle fattispecie nelle quali la sanzione della nullità per taluni patti con cui il consumatore abdica ai diritti al medesimo riconosciuti dalla legge è parziale, senza specificazione alcuna circa la necessità della prova di resistenza. La dottrina più autorevole⁵⁷⁶ è dell'avviso che, nonostante il silenzio della legge, la nullità in parola non possa essere sottratta alla disciplina specifica di tutela delle parti deboli e che, quindi, anch'essa debba essere annoverata tra le ipotesi di c.d. nullità necessariamente parziale.

Ogni equivoco è stato tuttavia superato in sede di conversione del decreto, in quanto le Camere hanno opportunamente ritenuto di integrare il testo del decreto, inserendo uno specifico riferimento alla necessità della nullità parziale, rendendo il dato normativo certamente più coerente con l'assetto generale del provvedimento.

575 Studio n. 237-2006/C del Consiglio Nazionale del Notariato approvato in data 13 maggio 2006, 16.

576 ROPPO, *Il contratto del Duemila*, Torino, 2011, 71.

13.1 Nullità relativa o nullità assoluta?

Il dettato letterale relativo alla nullità dei patti che inficiano la possibilità di surrogazione nei rapporti bancari è chiaro quanto alla natura giuridica della sanzione, ossia la nullità, al carattere (necessariamente) parziale della stessa; mentre è particolarmente incerto nel definire la legittimazione a far valere in giudizio la nullità: se essa, cioè, sia una tipica nullità assoluta, analoga a quella di diritto comune ai sensi dell'art. 1421 c.c., ovvero una nullità relativa, tipica della normativa speciale in tema di protezione dei contraenti "deboli". È noto come, in sede di teoria generale del diritto privato, la categoria della nullità relativa sia tipica degli ordinamenti giuridici moderni e come essa sia stata plasmata, principalmente, in seno al diritto comunitario dei contratti. Non sono, infatti, così lontani nel tempo i moniti della dottrina più autorevole⁵⁷⁷ che riteneva inammissibile la stessa concezione di una nullità relativa, all'interno del nostro ordinamento, considerandola sostanzialmente un vero e proprio ossimoro. La norma di cui all'art. 1421 c. 2 c.c., secondo questa dottrina⁵⁷⁸, non può essere ricondotta a una pretesa nullità relativa, bensì a un'annullabilità ovvero a una specifica forma di inefficacia.

Epperò il fondamento della nullità relativa si rinviene esattamente nell'art. 1421 c.c., il quale, trattando proprio della nullità, sancisce come "*salvo diverse disposizioni di legge*, la nullità può essere fatta valere da chiunque vi ha interesse e può essere rilevata d'ufficio dal giudice". È ben vero che la categoria ha conosciuto un fiorire incessante, a seguito dello sviluppo della legislazione speciale, grazie all'osmosi con il diritto comunitario, tuttavia talune fattispecie del codice civile già prevedevano una fattispecie assimilabile alla nullità relativa. Si pensi all'art. 190 c.c. abrogato con la l. 151/75 che prevedeva, in tema di dote, come solo il marito potesse opporre la nullità dell'atto di alienazione o dell'obbligazione della dote non permessa nell'atto costitutivo ovvero non autorizzata dal tribunale; nonché all'art. 2913 c.c. in tema di pignoramento e inopponibilità al creditore pignorante e agli altri creditori intervenienti degli atti di alienazioni posti in essere in pendenza del pignoramento⁵⁷⁹.

577 SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1997, 247 e ss.. L'illustre autore riteneva che la nozione di nullità relativa contenesse in sé la conseguenza che si dia vita a un negozio produttivo di effetti per una delle parti, in guisa tale che questa non può sottrarsi, ancora più un negozio produttivo di effetti fra le parti e improduttivo di effetti solo rispetto a certi terzi, non possono considerarsi negozi nulli, senza alterare la nozione di nullità.

578 Nel medesimo senso si è anche espresso CARRESI, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* Cicu – Messineo, Milano, 1987, 627 e ss..

579 Quanto alla natura giuridica della sanzione connessa al negozio di alienazione di un diritto sottoposto a pignoramento è noto che la tesi prevalente nella moderna civilistica rifiuta la riconduzione all'idea della nullità relativa,

Appurato come, in effetti, lo stesso codice civile conoscesse, nella sua versione anche anteriore al fiorire della legislazione speciale degli anni Ottanta - Novanta, almeno *in nuce*, la nullità relativa e come ci fossero talune fattispecie, pur se contestate, di nullità azionabile solo da taluni soggetti, occorre dunque enunciare, anche se brevemente, le caratteristiche di siffatta sanzione.

È noto come la nullità esprima il massimo disvalore nei confronti dell'atto di autonomia privata così sanzionato, in quanto mediante esso vengono lesi, pur se per stipulazione privata, i principi basilari dell'ordinamento giuridico. Ne consegue che tale atto, oltre a non poter essere convalidato, è improduttivo *ab origine* di qualunque tipo di effetto, anche interinale e che la sentenza (meramente dichiarativa) di nullità è opponibile a qualunque terzo abbia acquisito diritti da colui il cui diritto derivava dall'atto nullo. La promozione degli interessi generali che sono sottesi alla sanzione della nullità è garantita, e questo è l'aspetto distintivo rispetto alla nullità relativa, dalla possibilità che chiunque vi abbia interesse sia legittimato all'esperimento dell'azione di nullità predetta, nonché dalla possibilità che, in parziale deroga al generale principio dispositivo che domina il processo civile (cfr. artt. 99 e ss. c.p.c.), il giudice stesso possa rilevare tale vizio, anche se ciò entro limiti particolarmente incisivi predisposti dalla giurisprudenza, per non sacrificare completamente i principi generali del codice di rito⁵⁸⁰.

Ebbene di questi caratteri dell'azione di nullità in generale, la nullità relativa è partecipe di

preferendo il riferimento all'inopponibilità, in modo tale che il contratto, perfettamente valido ed efficace, non ha effetti e, quindi, non è opponibile ai creditori, i quali potranno continuare con la procedura di espropriazione. Per una puntuale ricostruzione dei termini della contestata natura giuridica della sanzione connessa al contratto in pendenza del pignoramento cfr. MICHELI, *Dell'esecuzione forzata* cit., 410 e ss..

580 Cfr. Cassazione, 24 gennaio 1984 n. 596 in *Massimario Giurisprudenza Italiana*, 1984 secondo cui "il potere del giudice di dichiarare d'ufficio la nullità *ex art.* 1421 c.c. con il principio della domanda fissato dagli artt. 99 e 112 c.p.c. con la conseguenza che ove sia in contestazione l'applicazione o l'esecuzione di un atto, la cui validità rappresenti un elemento costitutivo della domanda, il giudice è tenuto a rilevare in qualsiasi stato e grado del giudizio e indipendentemente dall'attività assertiva delle parti, l'eventuale nullità dell'atto stesso, mentre, qualora il "*thema disputandum*" verta sull'illegittimità di questo, è viziata di ultrapetizione la dichiarazione d'ufficio della nullità per causa diversa da quella dedotta dalla parte e costituisce domanda nuova la proposizione per la prima volta in appello della richiesta di declaratoria di nullità per un titolo diverso da quello dedotto in primo grado".

Quanto agli aspetti probatori, cfr. Cassazione 15 settembre 2008, n. 23674 in *Obbligazioni e contratti*, 2009, 318 secondo cui "il principio della rilevanza d'ufficio della nullità dell'atto non ha limiti (oltre a quelli costituiti dal principio dell'intangibilità del giudicato; e dal principio dell'onere e della disponibilità delle prove, dal quale deriva che la nullità può essere rilevata d'ufficio solo quando risulta dagli atti e non invece quando il relativo accertamento richieda indagini di fatto) nell'ambito dell'indagine che il Giudice deve svolgere d'ufficio nell'esercizio del suo potere-dovere di verificare la sussistenza delle condizioni dell'azione, ed in particolare la sussistenza o meno degli elementi costitutivi del diritto vantato dall'attore; e quindi nell'ipotesi che sia stata proposta azione di adempimento; ed anche se sia stata proposta azione di annullamento o di risoluzione o di rescissione del contratto. Invece nel caso in cui l'attore non propone una domanda che presuppone la validità di un negozio giuridico ma chiede invece proprio l'accertamento della nullità predetta, il principio della rilevanza d'ufficio della nullità del negozio giuridico in ogni stato e grado del giudizio, emergente dall'art. 1421 c.c. va necessariamente coordinato (oltre che con i suddetti principi dell'intangibilità del giudicato e dell'onere e della disponibilità delle prove) sia con la regola della corrispondenza tra chiesto e pronunciato, sia con il carattere dispositivo del gravame; ne consegue che il giudice di primo grado o dell'impugnazione non può dichiarare d'ufficio la nullità di un atto negoziale per un motivo basato su fatti diversi e nuovi rispetto a quelli dedotti da chi agisce, e quindi estranei alla materia del contendere".

tutti, eccezion fatta per la legittimazione ad agire che viene attribuita, analogamente a quanto accade per la sanzione meno grave dell'annullamento, solo a coloro per i quali l'ordinamento ha previsto la specifica disposizione. Nel diritto dei consumatori, in particolare, le nullità relative sono poste in favore di chi è in condizioni di subalternità economica o sociale verso l'altro contraente nel momento in cui stipula contratti particolarmente importanti per la propria vita quotidiana. Mal si concilierebbe, quindi, con la *ratio* di una sanzione posta al servizio di una sola parte, il carattere assoluto della nullità, in quanto potrebbe sortire effetti premianti proprio in favore del soggetto titolare dell'interesse contrapposto a quello protetto dal legislatore (è il caso del professionista che, rilevata la non fruttuosità del contratto, se ne voglia liberare, rilevando l'invalidità di una specifica clausola determinante, predisposta dal medesimo contraente "forte").

Premessa, quindi, questa digressione sulla nullità, così come risultante dal codice civile e dalla legislazione speciale, in particolare quella consumeristica, occorre dunque rispondere alla domanda se la nullità di cui all'art. 120 *quater* c. 6 T.U.B. sia da classificare come nullità relativa, ricompresa quindi entro lo schema innovativo sviluppatosi negli ultimi anni e con ciò stabilendo come la sanzione sia stata posta unicamente a vantaggio del debitore, ovvero come nullità assoluta.

In un primo momento, non si può fare a meno di notare come la *ratio* principale, ma non esclusiva, della sanzione disposta dalla norma della legge bancaria sia la protezione del debitore, in quanto possibile vittima dei comportamenti anticoncorrenziali delle banche, tale da poter rimanere prigioniero, a causa di ciò, di un contratto di mutuo troppo oneroso o poco vantaggioso. Questo significa che la nullità in oggetto può rientrare nell'altro concetto, altrettanto moderno e specifico della legislazione speciale, di "nullità di protezione". Non vanno, però, confuse, come talvolta capita, la nullità relativa, che attiene alla semplice legittimazione all'azione, con la nullità di protezione, in quanto con essa si intende solo individuare lo scopo, cioè la tutela di un determinato interesse o di una determinata categoria di soggetti che ne sono titolari. Infatti, sostenere che una determinata patologia sia da classificare come nullità di protezione non implica automaticamente che essa sia una nullità relativa, in quanto, sebbene più rare, l'ordinamento conosce fattispecie di nullità assoluta di protezione⁵⁸¹ e, quindi, si rende necessario individuare quali siano gli interessi protetti dalla legge, con l'art. 120 *quater* c. 6 T.U.B..

Di primo acchito, infatti, si potrebbe essere tentati di ritenere che gli interessi protetti siano solo quelli del debitore, titolare del diritto di modificare, in senso migliorativo, le condizioni per la restituzione della somma finanziata, tenendo ferma la garanzia preesistente. Ne

581 Studio n. 237-2006/C del Consiglio Nazionale del Notariato approvato in data 13 maggio 2006, 21.

conseguirebbe come la sanzione della nullità sia relativa e azionabile solo da parte dell'unico soggetto detentore dell'interesse protetto dalla norma. Dal punto di vista della natura giuridica, inoltre, si tratterebbe di una tipica nullità relativa di protezione, sul modello di quelle contenute nel codice di consumo o anche dell'art. 2 c. 1 d.lgs. 122/2005⁵⁸².

Nonostante ciò, non possono essere sottaciuti taluni aspetti che non consentono di ritenere soddisfacente questa ricostruzione. Anzitutto c'è un aspetto meramente formale – letterale che non può non essere preso in considerazione a questi fini. A differenza, infatti, di quanto avviene nel caso in cui la legge prevede una nullità relativa, primo tra tutti proprio il codice del consumo, con l'art. 36, nessuna norma di legge dispone una restrizione della legittimazione attiva all'impugnazione dei patti limitativi della facoltà di surrogazione, in quanto il testo si limita a stabilire che la sanzione applicabile sia quella della nullità (necessariamente parziale). Da ciò non può che opinarsi, in difetto di una disposizione specifica della legge, in favore dell'applicazione dello statuto generale della nullità di cui al codice civile, ivi compresa la stessa legittimazione attiva⁵⁸³. Inoltre, a ben vedere è lo stesso fondamento della nullità in commento a dover essere criticamente rivisto, rispetto all'immediata riconduzione alla tutela del debitore. In realtà, coerentemente a quanto si è precedentemente sostenuto (in particolare trattando delle finalità della normativa e dello stesso ambito soggettivo di applicazione della novella Bersani *bis*), l'intenzione del legislatore non era limitata alla sola tutela degli interessi privatistici del debitore, ma era (ed è) primariamente la promozione (che sia opportuno che intervenga il legislatore con proprio atto normativo a imporre condizioni di mercato è un altro discorso di politica economica e industriale, non pertinente alla presente trattazione giuridica) di interessi generali, coincidenti con lo sviluppo di un ordinato e competitivo mercato concorrenziale bancario. La tutela di interessi generali, ulteriori e poziori rispetto a quelli meramente privatistici, non sembra compatibile che con la ricostruzione in termini di assolutezza della nullità in commento⁵⁸⁴.

Ciò detto, si potrebbe aggiungere che la legittimazione all'esperienza dell'azione da parte di "chiunque vi abbia interesse" potrebbe aprire il varco alla possibile impugnativa del patto, oggetto del divieto, proprio da parte della banca originaria creditrice, magari interessata a incentivare una possibile futura surrogazione e, quindi, a "sbarazzarsi" di un

582 Questa è la tesi sostenuta da FAUSTI, *Mutui e clausole vessatorie* cit., 537.

583 In questo senso cfr. CEOLIN, *La c.d. portabilità dei mutui e la cancellazione semplificata delle ipoteche nel decreto Bersani bis*, *ibidem*; *contra* cfr. MONTICELLI, *Il sistema delle nullità contrattuali e la funzione notarile*, in *Notariato*, 2010, 692 il quale ammonisce come non si possa inferire l'assolutezza della nullità di una determinata clausola laddove il legislatore sancendo siffatta invalidità ometta di stabilirne la legittimazione attiva a farla valere. Ciò perché la nullità relativa non può essere considerata come ipotesi eccezionale (essendo al contrario del tutto residuale la nullità assoluta del codice). L'autore prosegue ritenendo come solo a seguito di un'approfondita analisi su quali siano gli interessi protetti dalla sanzione si possa addivenire alla qualificazione, in termini assoluti o relativi, della nullità in parola.

584 Questa è la tesi di TASSINARI, *Portabilità del mutuo e surrogazione dopo l'articolo 8 del d.l. sulla concorrenza* cit..

debitore non più solido o, comunque, poco gradito. La disposizione di cui all'art. 120 *quater* c. 6 T.U.B. verrebbe in tal modo impiegata per fini ultronei rispetto a quanto voluto dal legislatore. Appare perciò opportuno che si affermi in questo caso la regola generale, di coerenza giuridica dei comportamenti, fondata sul principio generale dell'esecuzione in buona fede dei contratti, che va sotto il nome del "divieto di venire contro il fatto proprio"⁵⁸⁵. È evidente, infatti, che la nullità del patto, dipendente da una clausola sostanzialmente imposta dalla banca (anche laddove ci sia stato l'intervento del notaio e, quindi, si sia formato un atto pubblico che, per definizione, è un atto non certo qualificabile come "unilateralmente predisposto", le cose non cambierebbero, in quanto è noto come i contratti bancari stipulati davanti al pubblico ufficiale siano in larghissima misura predisposti dagli appositi uffici degli istituti di credito e l'apporto del notaio sia di scarsa rilevanza), non può essere eccepita proprio dal soggetto autore di fatto della medesima⁵⁸⁶.

Questa soluzione non sembra essere stata intaccata dalle modifiche introdotte nel 2011 (di cui al precedente paragrafo 4.1 della presente sezione) che hanno ridotto in modo considerevole l'ambito soggettivo di applicazione della normativa. È ben vero che la nuova normativa pare essersi indirizzata verso una sostanziale rivisitazione in senso specialistico dell'art. 120 *quater* T.U.B., tuttavia permangono ancora indizi di consistente rilevanza che lasciano supporre che, in realtà, le cose non siano cambiate. Anzitutto, l'aver ristretto l'ambito applicativo della disciplina alle sole persone fisiche e alle c.d. micro imprese non intacca certamente la conclusione che, dietro alla sanzione della nullità in commento, non vi siano solo la volontà di tutelare interessi privatistici bensì anche posizioni giuridiche di ordine pubblico economico, afferenti al mercato della concorrenza e tali da giustificare un interesse generale alla sanzione del patto. Inoltre, a ben vedere, il perimetro di delimitazione soggettiva della disciplina *ex latere debitoris* non coincide con il concetto di consumatore e anzi coinvolge specificamente imprenditori, anzi esattamente soggetti agenti proprio nell'ambito della propria attività di impresa, pur se degno di speciale protezione, così come si ricava dal testo letterale dell'art. 120 *quater* c. 9 lett. a *bis* T.U.B..

Un appiglio a sostegno di questa tesi, per quanto controverso, può essere rinvenuto in un'altra normativa di settore, non specificamente rivolta ai soli consumatori, anzi dedicata esclusivamente a imprenditori legati da particolari vincoli contrattuali con altre imprese. Il riferimento è al contratto di subfornitura nelle attività produttive, di cui alla l. 192/98, per il quale il legislatore ha inteso proteggere categorie di imprenditori in stato di soggezione giuridica ed economica, mediante l'utilizzo di svariate nullità di protezione. Tali sanzioni,

585 Per una ricognizione sul principio, sul suo fondamento, da sempre oggetto delle più vive discussioni e sul suo esteso ambito di applicazione, si rimanda a FREZZA, *Il divieto di "venire contro il fatto proprio"*, Milano, 2007.

586 FREZZA, *Il divieto di "venire contro il fatto proprio"* cit., 177 e ss..

oltre a speciali caratteristiche che derogano agli effetti generali della nullità⁵⁸⁷, sono poste anche alla base di interessi generali, si pensi soprattutto al divieto di dipendenza economica, (posto a garanzia dell'imprenditore subfornitore, ma anche dell'intero mercato) e, quindi, norma anch'essa espressione di quell'ordine pubblico economico che ne giustifica la qualificazione in termini di nullità. Ebbene, stante il silenzio della legge circa la qualificazione della natura giuridica di tale nullità, in dottrina non sono mancati, e si tratta di voci certamente non isolate, che l'hanno ricondotta proprio al genere ordinario della nullità assoluta, pur se temperata, esattamente come si ritiene avvenga per la nullità del patto sanzionato dalla norma della legge bancaria in commento, da speciali correttivi che impediscano al committente di trarre un indebito vantaggio dalla predetta caratteristica della sanzione⁵⁸⁸.

In conclusione non si può negare che l'esame della nullità dei patti che tendano a svuotare l'intento del legislatore di favorire il ricorso alla surrogazione per pagamento nei contratti bancari sia alquanto complesso e che, in attesa ovviamente dell'attività interpretativa della giurisprudenza, ne emerga un'incertezza tale da lasciare dubbi di non poco momento sul regime giuridico della sanzione in parola. I fattori interpretativi che depongono in favore della nullità assoluta, non da ultimo lo stesso tenore letterale della norma che non fa alcun cenno a limitazioni del regime di legittimazione attiva all'azione, paiono una pluralità. Del resto tale sanzione apparirebbe da un lato, maggiormente in armonia con i principi generali dell'ordinamento, stante anche la gravità del patto vietato, dall'altro più in sintonia con gli interessi generali e non meramente privatistici posti a fondamento dell'intervento del legislatore. Non vanno tuttavia dimenticati quei correttivi resi necessari dall'interpretazione dei principi generali della legge che impediscono che sia il soggetto "forte" a potere ottenere indirettamente vantaggi dalla normativa.

587 Il riferimento è ovviamente al diritto in capo al subfornitore, nel caso in cui il contratto sia dichiarato nullo per difetto di forma al pagamento delle prestazioni già effettuate e al risarcimento delle spese sostenute in buona fede ai fini dell'esecuzione del contratto (cfr. art. 2 c. 1 parte II l. 192, con evidente riecheggiare di quanto previsto dall'art. 2126 c.c. in tema di contratto di lavoro subordinato nullo o annullato e mantenimento degli effetti del rapporto per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione).

588 La preoccupazione che il rimedio della nullità potesse essere il cavallo di Troia per impieghi abusivi della sanzione a danno del subfornitore perpetrati proprio dal medesimo committente, soggetto titolare del potere economico dominante che il legislatore aveva proprio inteso limitare, ha spinto parte autorevole, e probabilmente maggioritaria, della dottrina a ritenere che la nullità in parola potesse essere azionata esclusivamente dal subfornitore (cfr. in questo senso ROPPO, *Il contratto* cit., 928; BERTI – GRAZZINI, *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive: commento alla Legge 18 giugno 1998, n. 192 come modificata dalla Legge 5 marzo 2001, n. 57 e dal Decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231*, Milano, 2005, 191 e ss.; LONGU, *Il divieto di abuso di dipendenza economica nei rapporti tra imprese*, in *Rivista di diritto civile*, 2000, II, 375 e ss.). Ciò nonostante da altra parte della dottrina si è sottolineato come tale impostazione, pur condivisibile per l'intenzione di impedire che sia proprio colui il cui potere deve essere moderato dalla legge venga ad approfittarne della stessa, giunga alla confusione della legittimazione ad agire con l'interesse ad agire e conduca ingiustificatamente a impedire che la violazione di interessi particolarmente gravi possa essere sanzionata nel processo (cfr. MUSSO, *La subfornitura*, in *Commentario del codice civile* Scialoja – Branca a cura di Galgano, Bologna – Roma, 2003, 353 e ss. ove ampi dettagli).

14. La rinegoziazione del finanziamento

Una delle questioni maggiormente rilevanti, all'interno della riforma della surrogazione per pagamento nei contratti di finanziamento bancario, inerisce alla rinegoziazione del contratto in essere tra le parti originarie. È di tutta evidenza che la rinegoziazione, in quanto contratto stipulato tra le parti originarie per risolvere meglio un conflitto di interessi tra esse, si pone come vera e propria alternativa, caldeggiata dal legislatore, per consentire al debitore di ottenere condizioni migliorative della propria esposizione nei confronti degli istituti di credito.

Anche in questo caso, non si può tacere come la riforma non abbia inteso confezionare istituti nuovi, bensì ravvivare istituti fondamentali del diritto civile, poco impiegati per l'ostruzionismo bancario e per eventuali disarmonie fiscali che penalizzano il loro impiego.

La disposizione è contenuta nell'art. 120 *quater* c. 5 T.U.B..

Come si diceva precedentemente, la rinegoziazione del contratto è fattispecie già nota all'ordinamento, essendo del resto presente *in nuce* fin dalla definizione di contratto, fornita dall'art. 1321 c.c. (il riferimento è ovviamente al verbo "regolare"). Dal punto di vista della natura giuridica, quindi, la rinegoziazione non può che essere un nuovo contratto di secondo grado, accessorio rispetto a un precedente accordo.

Esso è informato al principio di simmetria formale, in base al quale la forma del successivo contratto viene stabilita *per relationem* con quella del primo (il problema della forma del contratto di rinegoziazione è trattata anch'essa dalla legge bancaria, di ciò si darà conto nel proseguo della trattazione del presente paragrafo).

La causa di tale accordo consiste nella modificazione del precedente contratto. Si tratta, perciò, di un'autonoma funzione economico-sociale, coincidente con il miglioramento della disciplina del regolamento anteriore⁵⁸⁹.

È evidente che un siffatto congegno negoziale non può che essere impiegato nell'ambito dei contratti ad esecuzione continuata ovvero dei contratti ad esecuzione differita, in quanto per essi si pone il problema, da sempre sentito nell'ordinamento giuridico, della regolazione delle sopravvenienze, ossia di quegli eventi che producono uno squilibrio nel sinallagma funzionale durante l'esecuzione del contratto⁵⁹⁰.

La domanda che occorre porsi nel momento in cui si dibatte di rinegoziazione del contratto

589 MARASCO, *La rinegoziazione del contratto*, Padova, 2006, 160.

590 FAUSTI, *La rinegoziazione dei mutui*, in *Banca borsa titoli di credito*, 2008, 747.

è la seguente: esiste un diritto, coercibile in sede giudiziaria, alla rinegoziazione in presenza di predeterminate condizioni?

Come si è precedentemente notato, non si può che ribadire l'ammissibilità di un contratto di rinegoziazione liberamente concluso dalle parti, in virtù del principio di autonomia, tanto che la pratica commerciale conosce numerosi esempi di clausole di rinegoziazione predeterminata, inserite nel corpo di un contratto (la cosa non è infrequente nei contratti di vendita dei pacchetti azionari di controllo di S.p.A., entro i quali le parti pattuiscono espressamente una revisione delle condizioni di prezzo, nel caso in cui si verificano eventi rilevanti che diano vita a modificazioni consistenti della patrimonializzazione e, quindi, del valore economico delle azioni oggetto della convenzione). Le cose si fanno più complesse, nel caso in cui mancasse la volontà di una delle parti e non fosse stata inserita alcuna clausola che prevedesse un obbligo coercibile di rinegoziazione (nel qual caso ci sarebbero numerosi indici che determinerebbero l'applicazione del rimedio della sentenza costitutiva, di cui all'art. 2932 c.c.).

Fondamento della rinegoziazione contrattuale, istituto giuridico molto importante nella contrattualistica contemporanea, sono varie norme generali dell'ordinamento giuridico, oltre a specifiche disposizioni che hanno enucleato, proprio con particolare attenzione all'ambito dei contratti di finanziamento bancario, un vero e proprio diritto alla rinegoziazione.

Si cominci, dunque, con l'analizzare i primi.

Una delle norme che giustificano la rinegoziazione si rinviene nella disciplina della risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta, di cui agli artt. 1467 e ss. c.c.. Senza entrare nel particolare, trattandosi di argomento che richiederebbe ben altra attenzione e un maggiore approfondimento, la *ratio* della norma viene individuata nel rispetto del principio della tendenziale commutatività dei contratti (non è un caso che i contratti aleatori siano esclusi dall'applicazione della disposizione, cfr. art. 1469 c.c.), ossia quegli accordi che tendono ad attuare uno scambio tra prestazioni economicamente equivalenti, in modo tale che le vicende successive alla formazione del contratto, che modificano il valore di una prestazione, provocando uno squilibrio economico fra le prestazioni, influiscono sulla misura della controprestazione o sulla stessa sorte del contratto⁵⁹¹. Siffatte condizioni vengono, anche drammaticamente, modificate in base a eventi, spesso indipendentemente dalla volontà delle parti. In questo senso, il riferimento alla c.d. riconduzione ad equità delle condizioni del contratto realizza, dal punto di vista della natura giuridica dell'accordo che le contiene, un vero e proprio contratto, avente la causa di rinegoziazione del precedente.

591 GALGANO, *Trattato di diritto civile*, vol. II cit., 524.

Un ruolo importante è giocato *in subiecta materia* dall'art. 1375 c.c.. La clausola generale di buona fede ivi contenuta potrebbe essere impiegata, se valorizzata appieno, per giustificare l'ammissibilità di un diritto alla rinegoziazione. Non si può infatti dimenticare, e se ne darà conto in seguito, come nell'ottica del c.d. "governo giudiziario della discrezionalità contrattuale"⁵⁹², non si possa ritenere un attentato all'autonomia privata un dovere di rinegoziazione imposto dal giudice. Se un preciso diritto alla rinegoziazione elaborato dal legislatore italiano è assente almeno come istituto di diritto generale, tuttavia, non mancano parametri normativi, anche di rango internazionale e comparatistico (specie nell'ambito dell'integrazione comunitaria e dell'armonizzazione dei sistemi giuridici) che ne sanciscono la presenza. I principi *Unidroit*, infatti, prendono in considerazione la frequente clausola di rinegoziazione anche *ope iudicis (hardship)*⁵⁹³. Nel paragrafo § 313 del B.G.B. esiste una norma, la c.d. "alterazione della base contrattuale" che attribuisce al giudice il potere di modificare le condizioni del contratto, nel caso in cui le circostanze alla base del contratto si siano notevolmente mutate dopo la sua conclusione, in modo tale che le parti non avrebbero concluso il contratto o lo avrebbero concluso con un contenuto diverso, se avessero previsto questi mutamenti.

Altro dato da non sottovalutare allorché si parla di rinegoziazione obbligatoria si ha allorché si prendano in considerazione varie norme dell'ordinamento giuridico che, specialmente per quanto riguarda i contratti speciali, prevedono norme che contengono una rivisitazione degli elementi essenziali dell'accordo, tra essi tipicamente il corrispettivo. Un primo esempio è fornito dalle azioni edilizie nell'ambito della compravendita e specialmente all'azione estimatoria che consente al giudice di ridurre il prezzo in caso di vizi della cosa venduta, cfr. art. 1492 c. 1 c.c. (e analogamente ai contratti affini alla vendita come la permuta cfr. art. 1555 c.c. o la somministrazione, cfr. art. 1561 c.c.), ma si pensi anche al contratto di appalto per il quale l'art. 1668 c. 1 c.c. prevede il diritto da parte del committente di richiedere la riduzione del prezzo in caso di difformità o vizi della cosa. Altro esempio particolarmente diffuso di rinegoziazione che entra in vigore automaticamente al momento del verificarsi del presupposto oggettivo, è costituito dai meccanismi di indicizzazione, previsti dall'art. 1277 c.c. che consentono di rendere inoperante il principio nominalistico che danneggia le ragioni

592 GALGANO, *Trattato di diritto civile*, vol. I cit., prefazione XXVI.

593Ecco il testo del principio 6.2.3 dei principi *Unidroit*: "In caso di *hardship* la parte svantaggiata ha diritto di chiedere la rinegoziazione del contratto. La richiesta deve essere fatta senza ingiustificato ritardo e deve indicare i motivi sui quali è basata.

(2) La richiesta di rinegoziazione non dà, di per sé, alla parte svantaggiata il diritto di sospendere l'esecuzione.

(3) In caso di mancato accordo tra le parti entro un termine ragionevole, ciascuna delle parti può rivolgersi al giudice.

(4) Il giudice, se accerta il ricorrere di una ipotesi di *hardship*, può, ove il caso,

(a) risolvere il contratto, in tempi e modi di volta in volta da stabilire,

oppure

(b) modificare il contratto al fine di ripristinarne l'originario equilibrio."

del creditore, in caso di inflazione⁵⁹⁴.

Nonostante ciò, all'affermazione piena di un diritto alla rinegoziazione osta un ulteriore e importante principio. Si tratta dell'art. 1372 c. 1 c.c. che prevede enfaticamente, sulla scorta dei principi conosciuti dal pensiero giuridico ottocentesco, che "il contratto ha forza di legge tra le parti. Non può essere sciolto che per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge". Principio generale dell'ordinamento è quello efficacemente sintetizzato dal latinetto *pacta sunt servanda*.

Un atteggiamento particolarmente riottoso all'affermazione del principio di necessità della rinegoziazione si è registrato da parte della giurisprudenza di merito. Si legge, infatti, come non violi "il dovere di buona fede l'istituto di credito che non fornisca informazioni su fatti notori o che non predisponga la rinegoziazione di contratti divenuti per il cliente eccessivamente onerosi"⁵⁹⁵ o, ancor più esplicitamente, come "nel caso una delle prestazioni previste da un contratto preliminare divenga, nelle more del definitivo, onerosa al punto da alterare l'originario equilibrio del sinallagma - in difetto dei presupposti e della domanda per la risoluzione nonché di clausole di adeguamento, indicizzazione e rinegoziazione - non è consentito al giudice, sia esso arbitro d'equità, adeguare le prestazioni, contrapponendo un assetto di interessi ispirato all'equità contrattuale, a quello divisato dai contraenti"⁵⁹⁶ o, per quanto concerne il tema (che ha avuto e ha una ricaduta pratica ancora più estesa della rinegoziazione dei contratti, stabilita dal decreto Bersani *bis*) degli interessi usurari entro i contratti di mutuo bancario, come "considerato che deve escludersi la nullità delle clausole relative agli interessi contenute in un contratto di mutuo concluso nell'anno 1989, poiché esso non è stato stipulato successivamente all'entrata in vigore della legge n. 108 del 1996, non si apprezza alcuna violazione dei principi generali di correttezza e buona fede per non aver la banca mutuante aderito alla richiesta di rinegoziazione del mutuo formulata dai mutuatari"⁵⁹⁷.

Non è questa la sede per trattare *ex professo* di un tale complesso istituto del diritto privato

594 FAUSTI, *La rinegoziazione dei mutui* cit., 750 e MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, 169 e ss.. Per quanto riguarda le clausole di indicizzazione e il loro rapporto con il principio nominalistico cfr. BIANCA, *Diritto civile 4 L'obbligazione* cit., 156 e ss., in particolare (p. 162) allorché l'illustre autore sostiene che "le clausole di indicizzazione non sono un attentato alla valuta ma piuttosto una conseguenza della sua inaffidabilità, ossia uno dei mezzi attraverso i quali i privati rimediano agli effetti discorsivi che le crisi monetarie, e soprattutto l'inflazione, producono sui crediti pecuniari a termine".

595 Tribunale Pescara, 24 gennaio 1997, in *Giustizia civile*, 1997, I, 1093 e ss.. Il caso riguardava i mutui in ECU (la valuta virtuale anteriore all'euro) per i quali il fortissimo deprezzamento della lira, entro la cornice della gravissima tempesta valutaria abbattutasi sulla nostra valuta nazionale che aveva spinto il Governatore della Banca d'Italia, il futuro Presidente della Repubblica, Carlo Azeglio Ciampi, ad innalzare i tassi di interesse fino al 15% (su questo vedi oltre) e aveva in conseguenza di ciò determinato l'uscita della lira dal c.d. serpente monetario comunitario (il c.d. S.M.E.).

596 Tribunale Milano, 9 gennaio 1997, in *Rivista dell'arbitrato*, 1999, 67 e ss..

597 Tribunale Roma, 6 giugno 2005, in *Diritto e pratica delle società*, 2005 n. 22, 75. Sempre per i contratti bancari divenuti usurari, quanto agli interessi passivi, cfr. Tribunale Cassino, 27 settembre 2000, in *Gius*, 2001, 517.

moderno: ciò sarebbe manifestamente ultroneo rispetto ai propositi della dissertazione e si correrebbe il rischio di sviare l'attenzione rispetto al vero campo di indagine, ossia i rapporti tra le modificazioni del rapporto obbligatorio e le garanzie reali, nel contesto dei nuovi istituti della legislazione speciale, tuttavia, vista l'importanza dell'istituto della rinegoziazione, non si possono che riportare le posizioni espresse dalla migliore dottrina, in sede di teoria generale.

Il ragionamento di quest'ultima ha preso le mosse dal presupposto che il canone di buona fede che permea il diritto privato in ogni fase dello stesso non può essere una mera petizione di principio, ma deve essere una costante condizionante l'intero assetto di un moderno sistema di diritto contrattuale. Questo principio impone alle parti di eseguire anche prestazioni non derivanti dal contratto, a cui le stesse non sono tenute letteralmente; così come impone alle stesse di tenere indenne l'altra parte da danni che potrebbero prodursi in dipendenza dell'esecuzione della prestazione, dando a tale proposito le più opportune informazioni di cui si dispone, ovvero, nell'ambito del diritto societario, in cui si fa un uso molto ampio e incisivo di questa clausola generale, vietando ai soci di maggioranza di una società di capitali di deliberare modificazioni statutarie (tipicamente operazioni sul capitale sociale), utili solo per danneggiare le ragioni di indesiderati soci di minoranza⁵⁹⁸. Gli obblighi di buona fede impongono alle parti con sempre maggiore frequenza la ridefinizione

598 Copiose sono le sentenze della giurisprudenza di legittimità che si sono occupate di definire nel modo più approfondito il requisito del comportamento secondo buona fede, in sede di esecuzione del contratto. A conferma di quanto sostenuto nel testo cfr. *ex multis* Cassazione 10 aprile 1986 n. 2500 in *Massimario Giurisprudenza Italiana*, 1986 secondo cui "poiché nella fase di esecuzione del contratto le parti, al fine di conservare integre le reciproche ragioni, devono comportarsi con correttezza e secondo buona fede, anche la mera inerzia cosciente e volontaria, che sia di ostacolo al soddisfacimento del diritto della controparte, ripercuotendosi negativamente sul risultato finale avuto di mira nel regolamento contrattuale degli opposti interessi, contrasta con i doveri di correttezza e di buona fede e può configurare inadempimento". Nel medesimo senso cfr. Cassazione 9 marzo 1991 n. 2503 in *Foro Italiano*, 1991, I, 2077 secondo cui "in tema di esecuzione del contratto (o del rapporto obbligatorio) la buona fede si atteggia come un impegno od obbligo di solidarietà, che impone a ciascuna parte di tenere quei comportamenti che, a prescindere da specifici obblighi contrattuali e dal dovere extracontrattuale del "*neminem laedere*", senza rappresentare un apprezzabile sacrificio a suo carico, siano idonei a preservare gli interessi dell'altra parte". Per quanto riguarda le implicazioni del principio dell'esecuzione del contratto secondo buona fede in ambito societario, cfr. Cassazione 3 novembre 2006 n. 23599 in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2007, 1043 e ss., secondo cui "in tema di aumento del capitale sociale nelle società a responsabilità limitata (nella disciplina anteriore alle innovazioni introdotte dal d.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6), nonostante il silenzio dell'art. 2495 c.c. in ordine al termine minimo da riconoscere al socio per l'esercizio del diritto di opzione e l'omissione, in esso, di ogni richiamo al secondo comma dell'art. 2441 c.c. (che, per le società per azioni, stabilisce il termine minimo in trenta giorni dalla pubblicazione dell'offerta), il termine per l'esercizio del suddetto diritto non può essere tanto ristretto da rendere eccessivamente difficile ai soci la possibilità di fatto di avvalersene. Pertanto, ove la delibera assembleare di aumento del capitale sociale preveda, accanto a un termine per l'esercizio del diritto di opzione stabilito in una data fissa, un'autorizzazione agli amministratori ad interpellare i soci assenti, priva tuttavia di un'espressa specificazione sia in ordine al termine entro il quale effettuare detta comunicazione, sia in relazione alla data finale per l'esercizio, da parte di costoro, del diritto di sottoscrizione, correttamente il giudice del merito - allorché motivatamente ritenga sussistente un'oscurità nel tenore complessivo della volontà assembleare in base al solo operare del criterio letterale - ricorre al canone ermeneutico della buona fede, interpretando la delibera nel senso della previsione di un termine per l'esercizio del diritto di opzione eguale per tutti i soci (e pari allo spazio temporale che separa la data della delibera da quella di scadenza per l'esercizio del diritto di opzione), decorrente, per i soci assenti, dal giorno della comunicazione; e ciò, onde evitare che, per coloro i quali non presero parte all'assemblea, la congruità dello "*spatium deliberandi*" (e, con essa, la possibilità concreta di avvalersi del termine per l'esercizio dell'opzione) sia rimessa alla tempestività della comunicazione in loro favore effettuata dagli amministratori".

dei termini del loro accordo previgente, in quanto non sia più rispondente alle esigenze di entrambe, ovvero, come più frequente, determina un sacrificio così imponente delle ragioni di una di esse che un ordinamento moderno, basato su una lettura costituzionale del diritto privato, alla luce degli obblighi di solidarietà contenuti nell'art. 2 Cost., non può consentire che manchi un intervento modificativo delle condizioni del contratto. In questo caso, quindi, due possono essere le strade che il legislatore può prescegliere. La prima, per la quale l'art. 1467 c.c. mal cela una certa preferenza⁵⁹⁹, è costituita dalla risoluzione del contratto; la seconda strada, invece, è rappresentata dalla rinegoziazione del contratto, al fine di attualizzare il nuovo assetto di interessi. Nello scontro tra un rimedio distruttivo del contratto e uno conservatore del medesimo, tuttavia, la dottrina, anche in base agli studi di analisi economica del diritto⁶⁰⁰, ha evidenziato come sia in atto una tendenza latente nel codice civile a riconoscere che spesso il rimedio "negativo" della rimozione del vincolo risulta poco adatto a soddisfare le esigenze della parte stessa nel cui interesse è disposto, e che tali esigenze sono servite molto meglio da un qualche rimedio "positivo" tendente alla riformulazione del regolamento contrattuale⁶⁰¹. Un tale rimedio, infatti, appare coerente con la filosofia stessa del codice, orientata alla promozione di affari, alla circolazione della ricchezza e alla sicurezza di tale circolazione. Tutti valori che subirebbero un colpo di non poco conto, specie in un periodo di forti (se non fortissime) turbolenze nei mercati finanziari, nel valore della moneta e nella stessa solvibilità dello Stato, nel caso in cui si prediligesse un orientamento maggiormente sanzionatorio, come quello delineato dall'art. 1467 c.c.. In dottrina, inoltre, si è ritenuto che questa norma non possa fungere da ostacolo a un'interpretazione evolutiva del principio di buona fede, quale fondamento di un rinnovato principio di rinegoziazione al sopraggiungere di determinate condizioni. È infatti l'art. 1467 c.c. ad essere una norma derogabile, mentre è l'art. 1375 c.c. ad essere risolutamente indisponibile alle parti⁶⁰², con il che la regola di cui alla risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta può essere disapplicata dal giudice nel rispetto comunque del principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato (art. 112 c.p.c.), allorché questi ritenesse che fosse maggiormente rispondente alla dovuta buona fede che il contraente avvantaggiato

599 Nell'individuare quale sia la soluzione che la legge ritiene migliore in questo caso, si ritiene che occorra riferirsi a quale sia il rimedio che il legislatore impone alle parti, mediante l'intervento del giudice. Ebbene l'art. 1467 c.c., norma cardine per valutare i profili di positività di un obbligo alla ricontrattazione, in quanto destinata a regolare la fattispecie che maggiormente cadrebbe sotto la scure di tale obbligo, ossia l'onerosità sopravvenuta incolpevole, stabilisce espressamente che l'unico rimedio coercibile in sede giudiziaria è rappresentato dalla risoluzione del contratto, mentre la rinegoziazione, ossia quella che viene definita come riconduzione ad equità del contratto può, ma non già deve, essere offerta dalla parte contro cui è richiesta la risoluzione.

600 Cfr. FAUSTI, *La rinegoziazione dei mutui* cit., 748.

601 ROPPO, voce *Contratto*, in *Digesto delle discipline privatistiche – Sezione civile*, Torino, 1989, consultabile mediante le banche dati di Ateneo, nella banca dati *De Agostini Professionale*.

602 MARASCO, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, in *Contratto e impresa*, 2005, 539 e ss..

ristipuli un nuovo accordo più rispondente a quell'equo contemperamento degli interessi delle parti, quale è la meta cui, come noto, deve approdare una giusta interpretazione del contratto (art. 1371 c.c.). Tale orientamento, inoltre, parrebbe coerente con lo stesso orientamento giurisprudenziale, negli ultimi anni molto sensibile alle applicazioni del principio di buona fede, si pensi all'applicazione dello stesso in sede di sindacato giudiziario della legittimità di un recesso, pur se contrattato come libero dalle parti⁶⁰³. È anche il caso di aggiungere che un siffatto innovativo orientamento prende corpo in modo ancor più convincente, alla luce della sempre maggiore erosione del principio *pacta sunt servanda*, messo in discussione dalla moderna civilistica e dalla prassi contrattuale internazionale⁶⁰⁴.

Nell'ambito dei contratti di finanziamento bancario la questione relativa alla rinegoziazione dei mutui e soprattutto del tasso di interesse loro applicato non è certamente nuova. Un primo caso in cui se ne parlò, fu in occasione della proposta di abbassamento generalizzato del tasso applicato ai mutui, all'indomani dell'entrata in vigore della normativa di cui alla l. 108/96 che ridefinì la disciplina dell'usura. Si faccia l'esempio di un mutuo ordinario decennale (come noto, si è trattato per lunghi anni di una delle durate più frequenti previste dalle parti per l'ammortamento del finanziamento) iniziato nel 1992 e con scadenza nel 2002. Ebbene, in questo caso, il combinato disposto dalla maggiore severità della nuova legge e dalla rapida discesa del tasso ufficiale di sconto (così come era definito l'attuale tasso di riferimento) fissato all'epoca dalla Banca d'Italia (ora, come noto, dalla Banca Centrale Europea), dal 15% del 4 settembre 1992 al 6,25% del 30 giugno 1997 (all'indomani dell'ingresso dell'Italia nella moneta unica europea)⁶⁰⁵ evidenziò un problema

603 Il riferimento è alla ben nota sentenza della Cassazione 18 settembre 2009, n. 20106 in *Obbligazioni e contratti*, 2010, 172 e ss. secondo cui “qualora un contratto preveda il diritto di recesso *ad nutum* in favore di una delle parti, il giudice del merito non può esimersi, per il semplice fatto che i contraenti hanno previsto espressamente quella clausola in virtù della loro libertà e autonomia contrattuale, dal valutare se l'esercizio di tale facoltà sia stato effettuato nel pieno rispetto delle regole di correttezza e di buona fede cui deve improntarsi il comportamento delle parti del contratto. La mancanza della buona fede in senso oggettivo, espressamente richiesta dagli artt. 1175 e 1375 c.c. nella formazione e nell'esecuzione del contratto, può rivelare, infatti, un abuso del diritto, pure contrattualmente stabilito, ossia un esercizio del diritto volto a conseguire fini diversi da quelli per i quali il diritto stesso è stato conferito. Conseguenzialmente, accertato l'abuso, può sorgere il diritto al risarcimento dei danni subiti. Tale sindacato, da parte del giudice di merito, deve pertanto essere esercitato in chiave di contemperamento dei diritti e degli interessi delle parti in causa, in una prospettiva anche di equilibrio e di correttezza dei comportamenti economici”.

604 In questo senso, interessanti appaiono le considerazioni di ROPPO, *Il contratto del Duemila* cit., 4 secondo cui il principio *pacta sunt servanda* attraversa una grave crisi anche in virtù delle riflessioni svolte in sede di analisi economica del diritto, disciplina presso la quale sono sempre più frequenti i riferimenti alla figura del c.d. “inadempimento efficiente” che sancirebbe, se definitivamente affermatasi, la fine o la forte messa in discussione del principio per il quale il contratto è fonte di obblighi da adempiere e l'ammissibilità, sempre in una concorrente dimensione economicistica, del principio della migliore allocazione delle risorse, il quale comprende anche l'idea dell'inadempimento, e del conseguente risarcimento del danno, quale migliore strumento di allocazione di risorse economiche. Ne uscirebbe, quindi, sconvolta l'idea molto ottocentesca, come si notava precedentemente nel testo, del contratto avente forza di legge tra le parti. In questo senso cfr. ancora ROPPO, *Il contratto del Duemila* cit., 30, 31 il quale riconferma come alla pubblicistica statunitense in tema di analisi economica del diritto non sia ignoto come la scelta tra l'adempimento e il mancato adempimento corrisponda a criteri esclusivamente di convenienza economica.

605 Un quadro storico dell'andamento dei tassi di sconto praticati dalla Banca centrale competente per il nostro Paese può essere consultato sul sito <http://www.rivaluta.it/tabellatus.htm>

evidente di tenuta di contratti ormai altamente sperequativi per il mutuatario. In dottrina, si parlò, per evitare la dichiarazione di sopraggiunta usurarietà del prestito e per mantenere in essere il contratto, di rinegoziazione del medesimo⁶⁰⁶.

Nella normativa più recente in tema di finanziamenti da parte di operatori professionali del mercato creditizio, due sono gli istituti che sono maggiormente al centro della riflessione: il primo, che più riguarda da vicino la presente dissertazione, è la c.d. rinegoziazione facoltativa quale alternativa al procedimento di surrogazione e portabilità del mutuo, come prevista dall'art. 120 *quater* c. 5 T.U.B.; il secondo è la rinegoziazione obbligatoria prevista per speciali categorie di mutuatari dall'art. 3 d.l. 93/2008 come convertito dalla l. 126/2008. Per quanto concerne proprio questa seconda rinegoziazione, di cui si tratteggeranno solo taluni aspetti essenziali, in quanto trattasi di questione ultronea rispetto all'economia del lavoro. Il legislatore del 2008, preso atto del rialzo dei tassi di interesse posto in essere dalla Banca Centrale Europea per finalità anti-inflattive (il tasso praticato nel giugno 2003, pari al 2%, era aumentato fino a più che raddoppiarsi al 4,25% del luglio 2008 allorché venne approvata la norma in commento), riconosciuto che la crisi economica non solo italiana ma estesa a tutte le economie più sviluppate aveva reso difficile, per larghe fasce di cittadini, riuscire a pagare le rate dei mutui stipulati con tasso variabile che si erano logicamente apprezzate⁶⁰⁷, è intervenuto con una disciplina particolarmente invasiva, tale da vincolare le parti e soprattutto le banche al rispetto di disposizioni, per lo più contrassegnate dalla loro imperatività. Il Governo in sede di decretazione di urgenza prima, e le Camere in sede di legge di conversione successivamente, hanno ritenuto opportuno procedere a confezionare un provvedimento eccezionale, di tutela minima (è anche previsto che le condizioni contenute nella legge e nella successiva Convenzione di cui successivamente possano essere migliorate da disposizioni specifiche attuate dalle singole banche, con la finalità di promozione della maggiore concorrenza, il tutto riecheggiando le considerazioni alla base dello stesso intervento Bersani *bis* che si è visto essere spinto da motivi specificamente concorrenziali). La normativa in questione ha un ambito di applicazione ben definito e più ristretto di quello della rinegoziazione facoltativa, di cui all'art. 120 *quater* c. 5 T.U.B., soggetta invece a quei parametri soggettivi, di cui si è discusso nei precedenti paragrafi 4 e 4.1 della presente sezione. Infatti, l'esigenza di un intervento invasivo *ope legis*

606 PRESTI, *La rinegoziazione dei mutui ipotecari. Qualificazione e disciplina*, in *Mutui ipotecari. Riflessioni giuridiche e tecniche contrattuali*, Atti del convegno di Bergamo promosso dal Consiglio Nazionale del Notariato il 13 novembre 1998, Milano, 1999, 65 e ss..

607 Che la *ratio* dell'intervento normativo consista proprio in ragioni per lo più di politica economica generale e non già di intervento a sostegno dei singoli mutuatari è tendenzialmente riconosciuto in dottrina, ove si sottolinea come siano proprio le ripercussioni generali create da molteplici insolvenze private ad avere spinto un siffatto intervento (in questo senso cfr. VIOTTI, *I nuovi strumenti giuridici di modifica dei contratti di mutuo*, in *Giurisprudenza di merito*, 2008, 3084 e ss.).

nell'autonomia contrattuale non poteva che essere limitato a casi particolari di specifica e indiscutibile rilevanza costituzionale, coincidenti con la tutela di chi acquista, costruisce o ristruttura (nel testo della legge è evidente che la congiunzione “e” debba essere intesa come disgiunzione “o”) l'abitazione principale (evidentemente solo per sé e per la propria famiglia, non già per conto di terzi, anche se legati da vincoli parentali stretti, così come invece previsto dall'art. 10 decreto T.A.I.C., in tema di esenzione dall'azione revocatoria per i contratti di acquisto a giusto prezzo di immobili da costruire). Si tratta di un soggetto che potremmo definire tendenzialmente come consumatore (per quanto rari possono comunque essere presenti casi nei quali l'abitazione principale funge anche da bottega adibita alla propria attività professionale: si faccia il caso delle piccole imprese artigianali a carattere familiare, non così poco diffuse in Italia, specie nei piccoli centri). È altresì chiaro che l'estrema incisività dell'intervento normativo ha reso necessaria anche una delimitazione temporale di applicazione della disposizione, in modo tale che si possano rinegoziare, mercè la disposizione della legge in commento, solo quei mutui, naturalmente a tasso variabile, conclusi in data anteriore alla data di entrata in vigore del decreto. La normativa prevede inoltre un obbligo a carico delle banche di avanzare ai clienti rientranti nell'ambito soggettivo individuato una proposta di rinegoziazione. Nel caso in cui la banca non ottemperasse all'obbligo di formulare la proposta (che, in astratto, potrebbe anche essere respinta dal consumatore), si fa questione in dottrina se si tratti di un obbligo coercibile o meno in sede giudiziaria⁶⁰⁸. La Convenzione stipulata dall'ABI con il Ministero delle Finanze⁶⁰⁹ ha predisposto un'analitica modalità di adempimento da parte degli istituti di credito all'obbligo di comunicare la proposta di conclusione di una rinegoziazione rispettosa delle disposizioni di legge e stabilito anche il contenuto di tale proposta.

Taluni elementi di questa forma di rinegoziazione obbligatoria meritano di essere segnalati, in quanto comuni anche alla rinegoziazione facoltativa, ossia il divieto di imporre spese di qualunque genere a carico del cliente (anche attraverso la possibilità di recupero della

608 Nonostante non manchino opinioni per le quali non esista un diritto del cliente alla prestazione verso la banca verso cui si rivolge la legge e la Convenzione MEF-ABI e, quindi, il primo non abbia a disposizione alcun tipo di tutela giurisdizionale a sua disposizione (cfr. DOLMETTA, *Dai decreti Bersani alla Convenzione Tremonti. Filosofie e rinegoziazione*, in *Atti del Convegno Paradigma*, Milano 3 e 4 luglio 2008, 3), a parere di chi scrive occorre tra le interpretazioni prospettabili di una norma prediligere quella che consente alla norma di dare effetti i più ampi possibili e non già quella che non consente di darne. In questo senso, pare doversi condividere la tesi per la quale il cliente, in quanto evidente destinatario della normazione primaria e della disciplina pattizia conseguente, dispone della tutela offerta dal medesimo dall'art. 2932 c.c., di cui ricorrono tutti gli estremi per la sua applicazione nel caso di specie, e, quindi, potrà chiedere al giudice la sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso. Questa è la tesi di TUCCI, *La rinegoziazione dei mutui per la prima casa: le problematiche aperte*, in *Atti del Convegno Paradigma*, Milano 3 e 4 luglio 2008, 8. In senso sostanzialmente contrario cfr. VIOTTI, *I nuovi strumenti giuridici di modifica dei contratti di mutuo* cit., il quale riferisce come il solo rimedio che possa essere individuato per comportamenti siffatti deve essere il risarcimento del danno, per violazione da parte della banca obbligata alla rinegoziazione del canone di buona fede, di cui al combinato disposto dagli artt. 1175 e 1375 c.c..

609 La Convenzione è consultabile sul sito <http://www.tesoro.it/primo-piano/primo-piano.asp?ppid=19239>

somma impiegata dalla banca per la pratica di istruzione del nuovo accordo) e la forma meramente scritta della rinegoziazione, non essendo quindi necessario l'intervento del notaio, con conseguente risparmio di spese e onorari richiesti dal professionista per l'assolvimento della propria opera.

Veniamo dunque alla trattazione dell'aspetto maggiormente centrale ai fini del presente lavoro, ossia alla rinegoziazione facoltativa posta in essere tra le parti del finanziamento originario al fine di prevenire la conclusione di una surrogazione per volontà del debitore con altro istituto bancario. Ci si potrebbe chiedere per quale motivo si debba analizzare in una dissertazione il cui principale interesse è riposto nell'analisi delle modificazioni soggettive del rapporto obbligatorio, di origine codicistica e soprattutto extracodicistica e della loro ripercussione sulle garanzie reali che assistono il credito così modificato. La rinegoziazione è, per definizione, un contratto che regola un rapporto giuridico patrimoniale rimanendo invariate le persone dei titolari dello stesso e che, sempre per definizione, non può avere alcuna ripercussione sulle garanzie reali accessorie. Nonostante ciò, talune esigenze logiche e sistematiche consigliano di non tralasciare siffatto istituto, in quanto concorrente con fattispecie tipicamente modificativa dei soggetti del rapporto obbligatorio, quale la surrogazione Bersani, di cui condivide anche la stessa *sedes* normativa, ma anche perché l'illusione per la quale la rinegoziazione non possa sortire alcun tipo di effetto sull'ipoteca non è così scontata.

Si proceda quindi con l'analisi del quinto comma dell'art. 120 *quater* T.U.B. che, come già anticipato, è stato inserito nella versione convertita in legge del decreto Bersani, attraverso le aggiunte apportate dalla Finanziaria per l'anno 2008.

La rinegoziazione del contratto, come si è più volte ricordato, non è certamente una novità scoperta dal legislatore. L'intervento di quest'ultimo nell'ambito dei contratti di finanziamento bancario si è reso necessario, limitatamente alla rinegoziazione facoltativa, non già a quella obbligatoria che segue principi suoi propri assimilabili a quelli di una normativa di tipo emergenziale, al fine di prevenire e combattere posizioni della gran parte degli istituti di credito che, forti di una giurisprudenza che, come si è notato, è ancora particolarmente lontana dal coniare un principio generale di rinegoziazione, avevano sempre opposto una forte resistenza a tale opzione. Anzi, in seguito alla riforma Bersani *bis* e alle successive modificazioni della stessa, che hanno previsto il rimedio della rinegoziazione volontaria, si può porre il problema della liceità delle clausole contenute nei contratti di finanziamento che, conformemente a prassi diffusa nel settore almeno prima del 2007, vietassero qualunque forma di rinegoziazione del proprio prestito. Ebbene, sul punto la

legge è muta, a differenza delle clausole che impediscono la surrogazione. In dottrina⁶¹⁰, i primi commentatori della novella hanno sostenuto che, dal punto di vista strettamente giuridico, una tale clausola non aggiungerebbe (*rectius*: non toglierebbe) granché all'autonomia delle parti, in quanto per principio generale dell'ordinamento alle parti di un rapporto di durata è sempre consentito un successivo riesame dell'accordo tra loro concluso, anche solo limitatamente alla clausola relativa al divieto di rinegoziazione. In questo caso, tuttavia, dando la clausola un indubbio vantaggio alla banca, in quanto sicuramente renderebbe ben più timoroso il cliente nel richiedere la revisione del piano di pagamento del debito; si ritiene che ciò nondimeno la stessa possa venire sanzionata con la nullità virtuale, anch'essa parziale.

Continuando nell'analisi del quinto comma dell'articolo della legge bancaria in commento, esso presenta in tutta evidenza una serie di criticità che debbono essere esposte con ordine.

Dal punto di vista logico – giuridico, esiste un insopprimibile contrasto tra la surrogazione che determina la sostituzione della persona del creditore e la rinegoziazione del medesimo. Il primo istituto è espressione tipica della sollecitazione alla concorrenza ed è il rimedio più favorevole al mercato, in quanto consente di stimolare una “gara” tra imprese di credito per individuare le condizioni migliori per i consumatori. Inoltre, lo strumento della surrogazione pare lasciarsi preferire, in un'ottica di tutela del debitore, in quanto consente a quest'ultimo di trattare direttamente con la banca subentrante condizioni migliori, anche relativamente al tasso di interesse, partendo di fatto da un foglio bianco, in cui l'unico parametro di riferimento è costituito dall'ammontare del debito pregresso che deve essere rilevato, mentre con la rinegoziazione si assiste il più delle volte a un semplice allungamento dei tempi del rientro del prestito, con un conseguente aggravio del pagamento degli interessi e un appesantimento del peso dell'onere per interessi⁶¹¹.

Epperò, obiettivo ulteriore del legislatore non è soltanto quello di incentivare la concorrenza, la qual cosa avrebbe effetti solo indirettamente favorevoli per i clienti, ma anche fornire in via diretta strumenti di immediata spendibilità per conseguire risparmi sull'esposizione debitoria del finanziato. In questo senso, la rinegoziazione del mutuo è una procedura che consente al cliente di ottenere preziosi “sconti” sul tasso di interesse applicato sul proprio finanziamento, ovvero la fissazione di un periodo di ammortamento più favorevole per rientrare in modo più sicuro dal proprio debito⁶¹². Non deve, perciò, stupire, come si riferiva in principio di questa sezione, come ci sia stata, almeno all'indomani dell'entrata in vigore del provvedimento, una sorta di gara tra banche per migliorare le

610 FAUSTI, *La rinegoziazione dei mutui* cit., 762.

611 BOSCO, *Portabilità e rinegoziazione dei mutui*, in *Giurisprudenza di merito*, 2010, 265 e ss..

612 FAUSTI, *La rinegoziazione dei mutui* cit., 753.

proprie condizioni di prestito anche oltre i limiti della rinegoziazione imposta dalla legge, al fine di mantenere il proprio cliente, il quale, come noto, il più delle volte oltre ad essere semplice mutuatario è anche un correntista. Vale la pena sottolineare come perdere il mutuatario significhi anche perdere il correntista e ciò sarebbe un danno grave per ogni istituto di credito, specie se ciò si ripetesse per altri clienti.

Il testo letterale del quinto comma dell'art. 120 *quater* T.U.B. offre subito taluni motivi di dubbio. La procedura di rinegoziazione pare essere realizzata sulla base di una sorta di procedura difensiva, similmente a quanto accade in caso di o.p.a. ostile. Se in quest'ultimo caso, il consiglio di amministrazione della società *target* può deliberare talune manovre per impedire o comunque contenere la "scalata" della parte che ha lanciato l'offerta; similmente, il cliente che abbia intenzione di avvalersi e che sia giunto a un accordo per definire una procedura di surrogazione con altro istituto finanziario può essere oggetto di una "controffensiva" della banca titolare del prestito originario, sulla base di una rinegoziazione complessiva del finanziamento.

Se così fosse, vari sarebbero i profili di criticità e di tenuta dell'ordinamento, di un'operazione che può apparire anche decisamente spericolata. Come ritenere legittimo un siffatto comportamento, nel momento in cui già si sia realizzato un vero e proprio accordo di massima tra il cliente e la banca subentrante, tale da determinare in capo ad essa un affidamento legittimo che il contratto sia ormai concluso? A rigore di diritto, siffatti comportamenti integrano, ad ogni effetto di legge, i presupposti della rottura ingiustificata di trattative, di cui all'art. 1337 c.c. vieppiù che, come insegna la Cassazione, "agli effetti della configurabilità della responsabilità precontrattuale per interruzione delle trattative, a norma dell'art. 1337 c. c., non rileva, in contrario, l'eventuale breve durata od il numero minimo degli incontri intervenuti tra le parti"⁶¹³ e che, di conseguenza, anche lo stesso comportamento della banca originaria potrebbe determinare una sua stessa responsabilità per cooperazione all'inadempimento da parte del debitore. Come giustificare un siffatto comportamento alla luce degli obblighi di collaborazione tra intermediari e la celerità delle procedure di surrogazione, improntate a criteri stringenti di applicazione della correttezza professionale, di cui parla il quarto comma della disposizione in commento? Certamente, la normativa è spinta dall'esigenza di dare maggiore rilievo alle esigenze del debitore di conseguire un piano di rientro del proprio debito che sia il più possibile confacente con la propria situazione economica ma ciò non può e non deve tradursi in una sorta di anarchia giuridica, pena la perdita di efficacia della normativa stessa che non può che caratterizzarsi

613 Cassazione 12 novembre 1986, n. 6629 in *Massimario Giurisprudenza Italiana*, 1986.

per l'imposizione di obblighi, per lo più modellati sulla clausola generale di buona fede, a carico di tutti gli attori della vicenda, ivi compreso lo stesso debitore.

Il testo letterale della norma deve essere letto, dunque, in modo più coerente con i principi generali dell'ordinamento. L'intervento della banca per rinegoziare il contratto troverà la propria giusta collocazione, solo prima della conclusione di un apposito patto tra il debitore e il nuovo istituto di credito, nel momento preciso in cui sia stata manifestata, con interpretazione quindi assolutamente letterale del comma 5, la volontà da parte del debitore di avvalersi del procedimento di surrogazione. È solo in tale momento, non già oltre, che non si è formato alcun legittimo affidamento da parte del nuovo istituto di credito. La richiesta del debitore potrà essere resa in modo informale e potrà anche essere generica, nel senso che non dovrà necessariamente essere seguita da un'indicazione del nuovo istituto prescelto o delle condizioni che il medesimo applicherebbe. È tuttavia possibile che tale richiesta sia corroborata da siffatte informazioni, ben inteso che non sarà ammissibile che le trattative con il nuovo istituto di credito siano giunte a un tale livello di approfondimento che il medesimo possa avere tratto da ciò quel legittimo affidamento nella conclusione della procedura.

È inoltre ammissibile e rispondente a esigenze meritevoli di tutela che il debitore sia sollecitato dalla banca stessa a procedere alla rinegoziazione, in modo tale che essa possa prevenire qualunque tentativo di richiedere una surrogazione da parte del primo, con le ulteriori negative conseguenze che si potrebbero determinare in capo all'istituto di credito.

Detto questo, non resta che trattare dell'argomento maggiormente discusso in tema di rinegoziazione del contratto, ossia quello della forma del contratto modificativo.

È bene ricordare, a tale proposito, che il contratto di mutuo non necessita di forma solenne, essendo informato al principio di libertà delle forme⁶¹⁴.

Una prima eccezione si è segnalata in precedenza e si tratta del mutuo, per alcuni trattasi di mutuo di scopo, contratto nell'ambito della procedura di surrogazione sia di diritto comune sia Bersani *bis*, per la quale la legge richiede la forma scritta *ad substantiam* (cfr. art. 1202 n. 2 c.c.). Un'altra fattispecie ancor più rilevante, a livello pratico, vista la scarsissima applicazione registratasi per la surrogazione per volontà del debitore, è rappresentata dalla richiesta forma scritta per la contrazione di tassi di interesse ultra-legali, ai sensi dell'art. 1284 u.c. c.c.⁶¹⁵.

614 G. TRABUCCHI, *commento all'art. 1814 c.c.*, in *Commentario breve al codice civile* Cian – Trabucchi, Padova, 2004, 1822.

615 Cfr. Cassazione 19 maggio 2010, n. 12276 in banca dati *De Agostini Professionale*, secondo cui "in tema di contratti di mutuo, affinché una convenzione relativa agli interessi sia validamente stipulata ai sensi dell'art. 1284, terzo comma, cod. civ., che è norma imperativa, deve avere forma scritta ed un contenuto assolutamente univoco in ordine alla puntuale specificazione del tasso di interesse; tale condizione, che nel regime anteriore all'entrata in vigore della legge n. 154 del 1992 può ritenersi soddisfatta anche "per relationem", attraverso il richiamo a criteri prestabiliti ed

Per quanto concerne i mutui bancari, l'art. 117 T.U.B. detta una disciplina formale ben più stringente di quella ordinaria, in quanto prevede che il negozio sia stipulato con forma scritta, sotto pena di nullità (solo il Comitato Interministeriale per il Credito e il Risparmio C.I.C.R. può prevedere la fissazione di altre forme per i contratti bancari). Inoltre, la forma solenne dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata e, quindi, l'intervento del notaio è richiesto per finalità ulteriori connesse alle caratteristiche di siffatti contratti, ossia per la pre-stituzione di un titolo esecutivo (cfr. art. 474 c.p.c.) e per le formalità ipotecarie, di cui agli artt. 2821 e ss. c.c.⁶¹⁶.

Il principio di simmetria delle forme contrattuali, che domina il sistema dei formalismi negoziali nelle fattispecie in cui la legge è muta, impone che i contratti modificativi di un precedente contratto bancario di finanziamento siano conclusi mediante atto scritto. Non stupisce quindi che l'art. 120 *quater* c. 5 T.U.B. preveda espressamente, in coerenza con questi principi che la forma scritta, anche senza autentica, sia sufficiente per concludere un contratto modificativo del precedente mutuo.

Oltre alla questione della forma dell'atto necessario per la modificazione del precedente prestito, si pone anche un problema causale molto importante, la cui risoluzione può determinare serie conseguenze in tema di garanzie accessorie al credito. Ebbene, la rinegoziazione, si è detto precedentemente, è un contratto che determina la modificazione di talune clausole del prestito originario: il concetto di modificazione del contratto (e dunque del rapporto obbligatorio conseguente) apre la porta a una possibile interferenza del negozio con la fattispecie della novazione (oggettiva). Come è noto, tuttavia, la novazione per essere identificata come tale necessita della "volontà ("*animus novandi*") e dal comune interesse ("*causa novandi*") delle parti di sostituire ad un'obbligazione originaria (che si estingue) un'obbligazione nuova (che si costituisce), e, quindi, ne sono elementi essenziali l'"*animus novandi*", che, rispecchiando lo specifico intento negoziale dei contraenti, dev'essere in concreto provato, e l'"*aliquid novi*", inteso come mutamento sostanziale dell'oggetto della prestazione o del titolo del rapporto"⁶¹⁷, così che, come ricorda l'art. 1231 c.c., ogni modificazione accessoria dell'obbligazione non può concretare novazione. Integrano, pertanto, novazione solo quelle modificazioni che diano vita ad una nuova obbligazione

elementi estrinseci, purché obiettivamente individuabili, funzionali alla concreta determinazione del saggio di interesse, postula, nel caso di rinvio alle condizioni usualmente praticate dalle aziende di credito sulla piazza, l'esistenza di discipline vincolanti fissate su scala nazionale con accordi di cartello, restando altrimenti impossibile stabilire a quale previsione le parti abbiano inteso riferirsi in presenza di diverse tipologie di interessi; ove il tasso convenuto sia variabile, è idoneo ai fini della sua precisa individuazione il riferimento a parametri fissati su scala nazionale alla stregua di accordi interbancari, mentre non sono sufficienti generici riferimenti, dai quali non emerga con chiarezza quale previsione le parti abbiano inteso richiamare con la loro pattuizione".

616 Cfr. RINALDI, *La rinegoziazione del mutuo tra le parti contraenti*, in *La nuova disciplina dei mutui ipotecari. Il ruolo del notaio e la prassi bancaria* cit., 88.

617 Cassazione 7 marzo 1983 n. 1676, in *Massimario Giurisprudenza Italiana*, 1983.

incompatibile con il persistere dell'obbligazione originaria⁶¹⁸. Nel nostro caso, il più delle volte la rinegoziazione del contratto originario potrà consistere in un allungamento del periodo di ammortamento del mutuo ovvero in una diminuzione del tasso di interesse applicato al finanziamento, ossia di quel corrispettivo a favore del creditore giustificato dalla messa a disposizione da parte del medesimo di una somma di denaro a favore del mutuatario.

La situazione è simile alla questione trattata con maggiore approfondimento in giurisprudenza, per la modificazione del corrispettivo (il prezzo) di una vendita. La Corte di legittimità ha, infatti, sostenuto come non sussiste novazione nel caso in cui in un contratto di vendita vi sia la semplice modificazione del prezzo, fermi restando gli altri elementi, in quanto, a tale fine, sono necessari cambiamenti riguardanti l'oggetto della prestazione o la natura giuridica dell'obbligazione che trasformino questa in una nuova obbligazione incompatibile con la prima⁶¹⁹. Ancor più rilevante ai fini della dissertazione è altra pronuncia del Supremo Collegio per la quale "l'atto con il quale le parti convengono la modificazione quantitativa di una precedente obbligazione ed il differimento della scadenza per il suo adempimento, non costituisce una novazione e non comporta, dunque, l'estinzione dell'obbligazione originaria, restando assoggettato, per la sua natura contrattuale, alle ordinarie regole sulla validità; la novazione oggettiva esige invero l'"*animus novandi*", cioè l'inequivoca, comune, intenzione di entrambe le parti di estinguere l'originaria obbligazione, sostituendola con una nuova e l'"*aliquid novi*", inteso come mutamento sostanziale dell'oggetto della prestazione o del titolo del rapporto"⁶²⁰. Alla luce della copiosa giurisprudenza citata vi sono fondati motivi per ritenere che il più delle volte le modificazioni al rapporto obbligatorio originatesi dalla rinegoziazione non sono sufficienti per dare vita a una novazione del rapporto⁶²¹.

La rinegoziazione è, inoltre, una procedura che non incide su quegli elementi che rendono necessaria l'adozione della forma rinforzata dell'atto pubblico e della scrittura privata autentica, *in primis* sull'ipoteca e sui dati della nota ipotecaria⁶²².

Preso atto di ciò, non si può dimenticare come le parti possano, a loro insindacabile giudizio, essendo però necessario l'intervento del notaio coi relativi costi, optare per la forma solenne.

618 Cassazione 22 maggio 1998 n. 5117 in *Massimario Giurisprudenza Italiana*, 1998.

619 Cassazione 12 settembre 2000 n. 12039 in *Massimario Giurisprudenza Italiana*, 2000.

620 Cassazione 21 gennaio 2008 n. 1218 in *Massimario Giurisprudenza Italiana*, 2008.

621 FAUSTI, *La rinegoziazione dei mutui cit.*, 772.

622 In questo senso cfr. PADOLECCHIA, *Nessun obbligo di annotazione degli atti di rinegoziazione dei mutui bancari*, in *Notariato*, 2008, 704.

Oltre a tale possibilità, naturalmente soltanto libera e non già imposta, non mancano voci, provenienti soprattutto dalla dottrina di origine notarile⁶²³, che, preso atto dell'estrema complessità del meccanismo di iscrizione del gravame reale e, in particolare, considerato che l'art. 2839 c.c., nel descrivere il contenuto della nota di iscrizione, prevede anche l'indicazione della misura degli interessi e delle annualità che il credito produce (n. 5), l'intervento notarile ben lungi dall'essere completamente inutile, come apparirebbe *prima facie*, sarebbe non solo opportuno per motivi di certezza dell'espressione della volontà delle parti, ma anche necessario per consentire che sia svolta un'annotazione a margine dell'iscrizione ipotecaria⁶²⁴, avente non solo funzione di completamento della pubblicità dei registri immobiliari, ma anche di chiarimento verso gli altri creditori circa modificazioni relative a un aspetto del contenuto del diritto di garanzia, ma che potrebbe avere implicazioni decisive, considerando anche che un'eventuale rinegoziazione che determinasse un semplice allungamento del periodo di ammortamento avrebbe, quale conseguenza immediata, quella di appesantire il carico complessivo degli interessi. Altre fattispecie, inoltre, che possono essere prese in considerazioni sono quelle relative a una rinegoziazione che conduca a un'ulteriore concessione di somma a prestito, che non potrebbe essere garantita dall'ipoteca originaria, in base al principio di specialità dell'ipoteca⁶²⁵.

Da ciò può dedursi che per motivi di certezza dei pubblici registri, anche in base alla gravità degli effetti connessi all'ipoteca, non sempre e non necessariamente si possa prescindere dall'apporto intellettuale del notaio.

Inoltre, un ulteriore problema si potrebbe porre nel caso in cui la rinegoziazione si limiti, al fine di consentire un minor aggravio delle singole rate a carico del mutuatario, soltanto a prevedere un allungamento del periodo, in modo tale che il periodo di ammortamento superi il ventennio (nella pratica negoziale non sono rari i casi di mutui trentennali) di durata dell'iscrizione ipotecaria. Nella fattispecie si farà applicazione del combinato disposto degli artt. 2847 e 2850 c.c. e, quindi, si dovrà riportare una nota di doppio originale conforme a quella precedente, con la dichiarazione di voler rinnovare l'iscrizione originaria. È stato

623 In questo senso RINALDI, *La rinegoziazione del mutuo tra le parti contraenti* cit., 88 e ss..

624 Interpretazione questa resa possibile dal prevalente orientamento giurisprudenziale, per il quale l'elenco dei negozi che debbono essere soggetti ad annotazione ipotecaria non è tassativo (cfr. Cassazione 9 settembre 2004, n. 18188 in *Guida al diritto*, n. 45/2004, 41).

625 RINALDI, *La rinegoziazione del mutuo tra le parti contraenti* cit., 89 il quale ricorda come siano soltanto due le eccezioni al principio di specialità ipotecaria, ossia le somme pari agli interessi derivanti dalla somma per la quale era stata presa l'ipoteca originariamente, di cui si è già fatto cenno, nonché per le somme iscritte alle spese dell'atto di costituzione di ipoteca, iscrizione, rinnovazione e a quelle ordinarie per l'intervento nel processo di esecuzione (art. 2855 c. 1 c.c.), mentre per le maggiori somme le parti possono estendere l'ipoteca con patto espresso, purché sia presa la corrispondente iscrizione.

altresì notato⁶²⁶ come l'allungamento della durata del periodo di restituzione della somma mutuata potrà in concreto condurre a un complessivo incremento del carico complessivo degli interessi a carico del debitore. In questo caso, si ripropone la possibilità che sia reso noto siffatto effetto giuridico, mediante apposita annotazione, in quanto si tratta di una modificazione *in peius* dell'originario gravame, per il quale i creditori hanno un interesse obiettivo alla pubblicità.

Una conclusione siffatta deve essere corroborata dalle considerazioni in tema di oneri per l'attività prestata dal pubblico ufficiale. A carico di chi debbono essere? Orbene, una previsione normativa che preveda, sul modello di quanto avviene per la surrogazione stipulata ai sensi dell'art. 2 c. 1**bis** d.l. 185/2008 convertito con la l. 2/2009, la gratuità dell'opera del notaio è assente nella nostra fattispecie. Il quinto comma della norma in commento si limita a prevedere che la variazione del prestito debba essere conclusa "senza spese", ovviamente, si sottintende, a carico del cliente. Nell'ipotesi ordinaria prevista dal legislatore, in cui siano la banca e quest'ultimo a stipulare un negozio che dia luogo alla rinegoziazione non si può che concludere che le spese di istruzione della pratica e di realizzazione dell'accordo debbono essere sopportate unicamente dall'istituto di credito. *Quid iuris* per quanto riguarda gli eventuali costi notarili, laddove fossero richiesti dalle parti ovvero fossero necessitati per annotare le modificazioni a margine dell'iscrizione ipotecaria?

Ebbene, in questo caso, stante la mancanza di una normativa che prevede la gratuità e vista l'ordinaria (e doverosa) onerosità dell'opera del pubblico ufficiale, la questione è quella dell'allocazione del peso. Al fine di dare una risposta esauriente alla domanda, due sono gli indici normativi che lasciano supporre che la risposta non possa che essere quella di fare gravare il peso economico di tali incombenze in capo alla banca. In primo luogo non può che farsi applicazione analogica, per evidente identità di *ratio*, della disposizione sulla surrogazione, che prevede il divieto di porre a carico del debitore le spese per la realizzazione della stessa. Si è notato come il legislatore abbia inteso comunque porre su un piano quanto meno di parità di dignità la pratica della rinegoziazione con quella della surrogazione. Se di pari dignità si tratta, ovviamente essa non si potrà ritenere mantenuta nell'ipotesi in cui vi sia una diversa allocazione dei costi notarili delle due procedure: l'una (la rinegoziazione) a carico del cliente, l'altra (la surrogazione) a carico della banca.

Il secondo indice normativo che consente di ritenere che, anche in questo caso, il debitore non sia gravato dall'onere di versare alcunché per la realizzazione della rinegoziazione è fornito dall'art. 3 c. 8 d.l. 93/2008, la disposizione che ha introdotto la c.d. rinegoziazione

626 FAUSTI, *La rinegoziazione dei mutui* cit., 758.

obbligatoria, il quale prevede che “le operazioni di rinegoziazione dei mutui sono esenti da imposte e tasse di alcun genere e per esse le banche e gli intermediari non applicano costi nei riguardi dei clienti”. Sempre in tema di rinegoziazione obbligatoria la risposta più incisiva che costituisce un punto di riferimento certo per la soluzione del problema dell’allocazione dei costi è rappresentata dall’art. 6 c. 3 della Convenzione MEF-ABI, cui si è precedentemente fatto riferimento. Tale clausola della Convenzione così recita: “le operazioni di rinegoziazione dei mutui e di portabilità sono esenti da imposte e tasse di qualsiasi genere. La clientela interessata non sostiene alcun costo amministrativo, ivi incluse commissioni bancarie, conseguenti alle operazioni di rinegoziazione e per tutta la durata residua del mutuo, anche sulle eventuali rate aggiuntive finali. *La clientela interessata non sostiene altresì costi notarili, ove mai necessario l’intervento del notaio*” (corsivo mio). Si tratta, pertanto, di clausola che consente non solo di sancire il divieto di allocazione a carico del debitore di qualunque peso connesso, ma anche di intravedere come, pure per il Ministero delle Finanze e la controparte bancaria, un possibile intervento del notaio possa essere, oltre che opportuno, anche necessario.

15. Aspetti tributari della surrogazione Bersani e comma 10 dell’art. 120 quater

Nei precedenti paragrafi si è notato, ma questo, come noto, è aspetto *tranchant* che accomuna tutti gli istituti di diritto privato, che una legislazione di favore e di tutela dei protagonisti più deboli o con asimmetrie contrattuali o economiche non può limitarsi all’elaborazione di un istituto avente meri risvolti civilistici, essendo necessario il varo di un’adeguata legislazione tributaria accessoria che consenta un impiego il più conveniente possibile dello strumento normativo. Con riferimento alla surrogazione Bersani, quindi, a nulla sarebbe valso rimuovere gli ostacoli di natura contrattuale, connesse alla maggiore influenza economica e giuridica degli istituti finanziari, che impedivano la sostituzione del mutuo originario con altro contratto con diverso operatore, se a ciò non si fosse accompagnata anche una legislazione fiscale di favore.

Questa, come noto, è stata una delle preoccupazioni più sentite dal legislatore. Fin dalla prima stesura del tessuto normativo che si è andato sedimentando in materia, e ci riferiamo ovviamente all’art. 8 del d.l. 7/2007, gli aspetti fiscali furono trattati con sollecitudine dal legislatore. Come si è precedentemente ricordato, il testo del Governo in sede di decretazioni di urgenza presentava un evidente errore, ossia il riferimento al mantenimento

dei benefici connessi all'acquisto di prima casa. È logico come non fosse il mutuo originario ad avere ottenuto siffatti incentivi, bensì il precedente e collegato contratto di compravendita.

Non resta che ritenere come il riferimento al mantenimento dei benefici fiscali sia connesso con i vari incentivi che contraddistinguono la contrazione di un mutuo, ossia la deducibilità dal reddito degli interessi passivi, il tutto come già garantito dall'art. 15 lett. *b* T.U.I.R.

Per quanto concerne il regime tributario della nuova concessione di credito, la dottrina prevalente⁶²⁷ è dell'avviso che esso non sconterà le imposte tipiche previste per siffatto contratto, variabili a seconda della finalità dell'operazione e delle caratteristiche soggettive delle parti del contratto, bensì sarà esente da qualunque tributo.

Il regime fiscale dell'annotazione ipotecaria, richiesta per il perfezionamento della portabilità della garanzia, sconterà l'imposta ordinaria del 2%, rimanendo tuttavia anch'essa esente da qualsiasi prelievo fiscale nel caso, pressoché totale nella pratica, in cui il soggetto surrogante sia una banca e se il mutuo sarà di medio-lungo periodo⁶²⁸.

Infine, l'ultimo comma dell'art. 120 *quater* T.U.B. mantiene salve le norme contenute nell'art. 8 comma 4 *bis*, *ter* e *quater* d.l. 7/2007, convertito con la legge 40/2007. Un'importanza di un certo peso, dal punto di vista civilistico, racchiude il comma 4 *bis*, il quale ha previsto che all'operazione di surrogazione non si applicano né l'imposta sostitutiva di cui all'art. 17 D.p.R. 601/73, né le imposte di cui all'art. 15 dello stesso decreto.

16. Considerazioni conclusive sulla surrogazione per pagamento regolata dalle liberalizzazioni Bersani

L'istituto di cui all'art. 120 *quater* T.U.B. è, alla luce delle pagine precedenti, gravido di complessi problemi applicativi.

Le questioni giuridiche su cui dibattono i commentatori riguardano proprio gli aspetti più critici dell'istituto. Su essi, non si può tacere come il legislatore abbia perso (soprattutto in sede di conversione del decreto legge e ancor più di aggiustamenti successivi che si sono caratterizzati per la mancanza di afflato sistematico) l'occasione per sciogliere tutti quei nodi gordiani che caratterizzavano la disciplina codicistica del pagamento con surrogazione

627 FAUSTI, *Anticipata estinzione del mutuo e portabilità dell'ipoteca (articoli 7, 8 e 8bis della legge 2 aprile 2007 n. 40)* cit., 61.

628 FAUSTI, *Anticipata estinzione del mutuo e portabilità dell'ipoteca (articoli 7, 8 e 8bis della legge 2 aprile 2007 n. 40)* cit., 60.

per volontà del debitore. Ebbene la risoluzione di tali nodi non può che essere demandata al legislatore, il solo a potere eliminare quelle resistenze che la dottrina e la giurisprudenza hanno mosso nei confronti dell'operatività dell'istituto.

Da un lato si pongono i problemi relativi al regime delle eccezioni opponibili dal debitore al nuovo creditore. Non è questa la sede per disquisire ulteriormente su tale argomento, dovendosi qui solo rimarcare quelle difficoltà che possono pregiudicare una completa riuscita della riforma. In questo caso, l'intervento del legislatore avrebbe dovuto essere decisamente massiccio e "sconvolgente" di principi fondamentali, al fine di rendere il più appetibile possibile la riforma. La dottrina e la giurisprudenza, inquadrata la fattispecie entro il più ampio contesto delle modificazioni del rapporto obbligatorio dal lato attivo, non possono che inferire automaticamente come il regime delle eccezioni sia quello dettato dal mantenimento del precedente rapporto giuridico e, conseguentemente, ogni eccezione fondata sul rapporto anteriore non può che persistere, anche a seguito della modificazione soggettiva, relativa alla persona del creditore. Una tale soluzione è quindi insuperabile, alla luce dei principi generali che presiedono alla materia della modificazione soggettiva dei rapporti obbligatori dal lato attivo: i tentativi che la dottrina più autorevole ha tentato di impiegare, quanto meno per la fattispecie (centrale ai fini della presente esposizione) della surrogazione per volontà del debitore, per valorizzare la volontà del debitore e impedire che questi possa profittare di una stipulazione per la quale ha assunto un ruolo attivo di promozione dell'affare, si sono scontrati con le conseguenze logiche, prima ancora che giuridiche che impediscono di optare per una soluzione diversa.

L'altro ostacolo di natura giuridica che si frappone alla promozione dell'istituto è relativo all'annotazione della vicenda surrogatoria a margine dell'iscrizione ipotecaria originaria e il ruolo che siffatta annotazione assume, con particolare riguardo ai rapporti con gli eventuali ulteriori creditori ipotecari e con il fallimento. In questo caso, si ravvisano margini più ampi per condividere un'interpretazione evolutiva rispetto a quella, rigidamente ancorata al dogma della costitutività dell'annotazione che renderebbe oltre modo complesso il ricorso allo strumento della surrogazione, laddove il debitore avesse un'esposizione debitoria particolarmente ampia ovvero fosse soggetto suscettibile di essere sottoposto a procedura concorsuale.

È ben vero che, i profili soggettivi di applicazione della disciplina, nel fare riferimento alle c.d. micro-imprese, lasciano serpeggiare il dubbio che si tratti di soggetti esclusi dalla sottoposizione alle procedure concorsuali, così come previsto dall'art. 1 c. 2 l. fall., tuttavia è noto come il riferimento alle persone fisiche, senza null'altro aggiungere, possa essere comprensivo anche del caso in cui siffatte persone contraggano un prestito per esigenze differenti rispetto all'esercizio dell'impresa, ma che siano comunque soggette a procedure

concorsuale (si pensi all'ipotesi in cui il debitore sia al contempo imprenditore individuale non piccolo ovvero sia socio di società personale, eccezion fatta per il socio accomandante di s.a.s., cfr. art. 147 l. fall., in tema di estensione del fallimento ai soci della società di persone insolvente): l'universalità della procedura concorsuale non consentirebbe che alla stessa siano frapposti ostacoli di alcun genere alla rigida *par condicio creditorum* che informa la procedura fallimentare.

Un primo passo per superare il dogma della costitutività dell'annotazione ipotecaria è stato fatto dalla giurisprudenza relativamente alle parti della vicenda surrogatoria, per le quali il Supremo Collegio ha ritenuto che l'annotazione della surrogazione non sia necessaria ai fini del trasferimento della prelazione tra le parti della vicenda successoria, ma che sia necessaria ai soli fini dell'opponibilità nei confronti dei terzi e del fallimento.

Nonostante ciò, anche tale orientamento contribuisce a lasciare incertezze applicative che potrebbero pregiudicare in modo massiccio l'area applicativa della riforma. Nella prassi immobiliare non è raro rendersi conto come i debitori per i quali il ceto bancario non opponga strenue resistenze alla concessione del finanziamento sostitutivo di quello precedente siano soltanto soggetti privi di ulteriori iscrizioni o trascrizioni pregiudizievoli sul bene su cui insiste l'ipoteca che deve essere portata al nuovo creditore e che non siano, neanche indirettamente, soggetti a fallimento.

È evidente come il rischio legato alle incertezze applicative della normativa lasci, specie in un periodo di acuta crisi economica e di sofferenze bancarie, dubbi pressoché insormontabili da superare e di fatto restringa in modo rilevante l'applicazione della normativa.

Oltre a questi ostacoli giuridici, la surrogazione Bersani sconta anche le difficoltà del mondo economico nel quale si applica. È noto come i gravi rischi sistemici nell'economia attuale, prima scatenati direttamente dal mondo bancario e dal mercato immobiliare di Oltreoceano con la crisi dei c.d. mutui *subprime* e, quindi, trasferitisi nell'Europa (e in particolare nell'Area Euro) con la crisi dei debiti sovrani (e tra questi anche quello italiano), abbiano scatenato una severa diminuzione degli investimenti bancari e la concessione dei mutui è molto più circoscritta degli anni anteriori alla crisi. Anche in questo caso si può notare come le ragioni dell'economia, in un settore particolarmente influenzato dalle modificazioni cicliche del capitalismo come quello del credito, siano prevalenti e precedano quelle del diritto.

La stessa volontà delle banche di ostacolare per quanto possibile il subentro di terzi istituti di credito, nel rapporto giuridico in essere, che, come si è precedentemente dato atto (paragrafo 10 della presente sezione), sono state oggetto di contenzioso in sede di Autorità Garante e, quindi, in sede giurisdizionale amministrativa, sono indizi che, come spesso accade, la mentalità di mercato molto difficilmente può essere imposta con strumenti

legislativi che possono solo imporre sanzioni e non già formare una vera cultura competitiva, anche all'interno del mondo bancario.

QUINTA SEZIONE

CONCLUSIONI

1. Premessa

A conclusione delle precedenti sezioni, ove si sono trattate le principali caratteristiche del rapporto vigente tra le garanzie reali (e soprattutto l'ipoteca) e le modificazioni soggettive del rapporto obbligatorio, occorre proporre alcune riflessioni finali inerenti al mercato delle garanzie immobiliari.

Com'è noto, per lungo tempo la ricchezza si ritenne essere connessa alla sola proprietà fondiaria, in virtù delle istanze fisiocratiche che vedevano nell'agricoltura e, quindi, nella terra, il vero motore dell'economia. In questo contesto non stupisce come il ruolo dell'ipoteca fosse decisamente preminente e come la produzione giuridica, in tema di garanzie, fosse concentrata sulla trattazione di tale istituto (cfr. prima sezione paragrafo 4.2, ove si ricorda come lo stesso Troplong evidenziasse la primazia della garanzia ipotecaria nel sistema civilistico).

A porre le basi per un distacco sempre più marcato tra garanzia ipotecaria e promozione degli affari di massa fu lo sviluppo incessante dei mercati finanziari, estesosi dai soli mondi anglosassone e olandese a tutto l'Occidente, e oggi dominante anche negli Stati asiatici e latino-americani di recente e rapido sviluppo.

La garanzia reale, oltre ai casi residuali dei negozi che danno vita all'ipoteca legale (art. 2817 c.c.) e ai provvedimenti giudiziari che ne giustificano la genesi (artt. 2818 e ss. c.c.) è, infatti, notoriamente impiegata per gli affari isolati aventi tendenziale attinenza con la contrattazione immobiliare, essendo la tipica forma di garanzia richiesta dal ceto bancario per i contratti di finanziamento concessi per l'acquisto di un immobile (questa è la tipica tipologia contrattuale, pur non essendo la sola possibile, investita dalla disciplina del decreto Bersani *bis*). Altro settore in cui è ancora esteso l'impiego di tale garanzia è quello dell'accesso al credito bancario per l'incremento dell'attività di impresa delle società, specie di piccole o medie dimensioni. È noto infatti, con particolare riguardo per le società di capitali, come esse siano dotate di risorse finanziarie proprie spesso insufficienti per avviare effettivamente l'impresa (è il fenomeno endemico, italiano ma non solo, della c.d. sottocapitalizzazione delle società) e, dunque, come sia essenziale per i soci e per l'organo amministrativo, in mancanza della possibilità concreta di accesso ai mercati finanziari, ricorrere ai proventi dei finanziamenti bancari. Il ceto bancario, tuttavia, sfruttando la propria forza contrattuale, non essendo ovviamente sufficiente il solo patrimonio della società per rispondere del debito contratto, ottiene garanzie dai soci o anche da stretti congiunti degli stessi su propri beni personali.

Per quanto riguarda i contratti del mondo finanziario e dei rapporti di alta finanza tra imprese e tra banche, l'ipoteca soffre un ritardo strutturale rispetto alle dominanti forme di

garanzia personale. Fideiussione e contratto autonomo di garanzia, in virtù della loro agilità, meglio si prestano a essere impiegati nell'ambito di settori commerciali per i quali il più rapido e certo realizzo è richiesto dagli operatori.

Occorre perciò porsi una domanda, ossia se la crisi che sta affrontando l'ipoteca possa essere risolta attraverso la rimozione di taluni vincoli, forse eccessivi, che ne dominano lo statuto. Si vedrà che l'ammodernamento delle norme in tema di ipoteca non potrà intaccare, pena lo stravolgimento completo della garanzia e, con essa, dell'affidabilità dei traffici giuridici e dei Registri Immobiliari, ma solo calmierare talune eccessive rigidità del sistema. La principale delle rigidità di cui si discorre consiste certamente nel principio di necessaria accessorietà del rapporto ipotecario rispetto a quello di credito verso il quale l'ipoteca svolge un naturale ruolo ancillare, cui è connessa la necessità che ogni vicenda negoziale che coinvolga il credito garantito sia oggetto di pubblicità presso i pubblici Registri, ai sensi dell'art. 2843 c.c., con tutti gli effetti ulteriormente penalizzanti e rigidi che la giurisprudenza riconduce alla normale "costitutività" della formalità.

Prima di cominciare con l'analisi dei cambiamenti che possono essere proposti, anche in chiave comparatistica, per ammodernare il sistema delle garanzie reali e immobiliari in particolare, occorre porsi un'ulteriore domanda preliminare, ossia se il codice civile prevede già fin d'ora delle disposizioni che possano costituire uno spunto di ulteriori riflessioni e una conferma del fatto che già nel sistema civilistico esiste, almeno *in nuce*, una fessura nella rigida diga normativa che avvolge l'ipoteca.

2. La cambiale ipotecaria quale deroga all'annotazione delle vicende relative al credito ipotecario

Alla questione che ci si è posti sul finire del precedente paragrafo occorre dare risposta tendenzialmente positiva.

L'istituto della cambiale ipotecaria (*rectius*: dell'ipoteca a garanzia dei titoli di credito, la denominazione di cambiale ipotecaria è connessa solo al fatto che la cambiale è il titolo di credito più frequentemente garantito con tale diritto reale) consente la circolazione più rapida, sicura ed economica possibile per la garanzia, in quanto con la cessione del titolo di credito si attua automaticamente anche la cessione della garanzia.

Tale istituto giuridico, già noto alla prassi notarile anche prima dell'emanazione del codice del 1942 che ha fornito, insieme alla legge cambiaria del 1933, all'istituto una normazione

più approfondita di quella precedentemente prevista nel codice di commercio del 1882, si fonda sulla considerazione, ad un tempo elementare e decisiva, secondo cui anche i crediti derivanti da obbligazione cartolare, come qualsiasi altro credito, possono essere garantiti con l'ipoteca⁶²⁹. L'ipoteca garantisce il solo rapporto cartolare, ma non si estende al rapporto sottostante all'emissione del titolo di credito (a meno che la volontà delle parti non abbia così disposto)⁶³⁰.

Essa si costituisce, ai sensi dell'art. 2839 c. 2 c.c., oltre che con il rispetto delle formalità tipiche dell'ipoteca mediante iscrizione nel rispetto di quanto previsto da tale disposizione del codice, anche con l'annotazione dell'iscrizione del gravame sul titolo ad opera del Conservatore dei Registri Immobiliari. Sul valore giuridico di tale annotazione, la tesi prevalente in dottrina⁶³¹ e anche in giurisprudenza è dell'avviso che "l'annotazione dell'iscrizione dell'ipoteca da parte del conservatore, a norma dell'art. 2839 c. 2 n. 1 c.c., sul titolo all'ordine, essendo diretta ad attestare che l'ipoteca iscritta riguarda e garantisce soltanto l'obbligazione risultante dal titolo presentato al conservatore, è una forma di pubblicità che completa quella propria dell'iscrizione e ha, come questa, valore costitutivo, essendo condizione di efficacia della costituzione d'ipoteca, anche nei diretti rapporti tra le parti"⁶³².

L'utilità giuridica che contraddistingue questo strumento è ben evidenziata dalla considerazione che l'ipoteca si trasmette ai successivi titolari del titolo di credito garantito senza necessità che si proceda alla pubblicità, di cui all'art. 2843 c.c.. In sostanza, attraverso le modalità di circolazione previste dalla disciplina generale dei titoli di credito (ossia la consegna del titolo per gli effetti al portatore, ai sensi dell'art. 2003 c.c., ovvero la girata per quelli all'ordine, come la cambiale, ai sensi dell'art. 2008 c.c.⁶³³) si consente che unitamente al titolo circolino anche l'ipoteca.

E proprio due sono le caratteristiche essenziali della cambiale ipotecaria che ne rendono un *unicuum* all'interno delle garanzie ipotecarie previste dalla legge.

629 RAVAZZONI, *Le ipoteche*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu-Messineo-Mengoni continuato da Schlesinger, Milano, 2006, 380.

630 In questo senso cfr. Cassazione 14 marzo 1980 n. 1724 in *Codice civile annotato con la giurisprudenza* a cura di Garofoli-Chinè-Iannone, Roma, 2010, 3756.

631 CAMPOBASSO, *Diritto commerciale 3 Contratti Titoli di credito Procedure concorsuali*, Torino, 2008, 291; RAVAZZONI, *Le ipoteche* cit., 384, 385; PAOLINI, *Ipoteca cambiaria*, in *Contratto e impresa*, 1991, 425.

632 Cassazione 15 febbraio 1967 n. 391 in *Codice civile annotato con la giurisprudenza* cit., 3759.

633 L'art. 2831 c.c. non fa cenno alla possibilità che l'ipoteca sia posta a garanzia di titoli nominativi e non già all'ordine o al portatore. Nonostante ciò, tale silenzio non è considerato ostativo alla liceità dell'operazione (in questo senso cfr. RAVAZZONI, *Le ipoteche* cit., *ibidem*). Maggiori dubbi si pongono quanto alla circolazione dell'ipoteca in confronto di un titolo di credito particolarmente complesso il cui regime di legittimazione e trasferimento è contraddistinto dall'intestazione a favore del possessore del titolo sullo stesso e sul registro dell'emittente, ai sensi dell'art. 2021 c.c.. In dottrina si è chiarito come per l'iscrizione dell'ipoteca si applichi la disciplina prevista per i crediti ordinari, non essendo necessaria l'annotazione né sul titolo né sul registro dell'emittente, mentre per il trasferimento del titolo con la relativa garanzia ipotecaria, occorre solo l'annotazione di cui all'art. 2843 c.c., senza alcuna annotazione sul registro dell'emittente (RAVAZZONI, *Le ipoteche* cit., 392).

In primo luogo, si tratta, come si è già anticipato, della non necessità (ma non l'inutilità, in seguito si comprenderà il perché) di annotazione nei pubblici Registri Immobiliari di qualunque trasferimento del titolo di credito garantito. Ove ciò fosse richiesto, infatti, si vanificherebbe la volontà del legislatore di non rendere macchinosa la circolazione del diritto cartolare e della garanzia annessa. Tale disposizione normativa, inoltre, costituisce deroga al principio della necessaria nominatività dell'iscrizione ipotecaria, e fa sì che la legge di circolazione del titolo regoli anche la circolazione del diritto reale di garanzia⁶³⁴ che perverrà al titolare del titolo di credito garantito con il medesimo grado per la quale era stata iscritta originariamente.

In secondo luogo, non può che porsi il problema della considerazione se la garanzia ipotecaria sia partecipe dei caratteri di astrattezza, autonomia e letteralità che contraddistinguono la disciplina dei titoli di credito. È evidente come la risposta positiva a questo interrogativo sortirebbe effetti dirompenti in tema di accessorietà dell'ipoteca rispetto al credito garantito. Due sono i principi che si contrappongono: il primo, tipico del diritto ipotecario, vuole che ogni vizio inerente al credito non potrebbe che determinare ripercussioni sulla stessa ipoteca; il secondo, caratterizzante i titoli di credito, li informa al diverso principio in base al quale le eccezioni opponibili sono solo quelle inerenti al contesto letterale del titolo e ai rapporti personali tra debitore e possessore attuale del titolo (art. 1993 c.c. e art. 21 l. camb.). Se anche l'ipoteca fosse partecipe di questo principio è evidente come ne uscirebbe ulteriormente rafforzata la sua indipendenza rispetto al credito incorporato nel titolo.

Orbene, lo stato del dibattito in dottrina sulla questione può essere così esposto.

Una prima tesi è dell'avviso che l'ipoteca sia esattamente incorporata, come il credito sottostante, nel titolo all'ordine⁶³⁵ con la conseguenza logica che l'acquisto dell'ipoteca da parte del prenditore avverrebbe a titolo originario e non già derivativo⁶³⁶ e che le eccezioni pertinenti all'ipoteca potranno essere sollevate entro i principi previsti dal diritto cambiario. A supporto di questa tesi non si può omettere di fare presente come un seppur vago fondamento positivo si possa rinvenire nell'art. 18 l. camb. (e prima ancora nell'art. 256 c.com. 1882) il quale dispone come "la girata" (e si deve ritenere con tutti gli effetti giuridici tipici della girata del titolo all'ordine, ossia con l'astrattezza che li caratterizza)

634 In questo senso cfr. LUCATELLI, *Le vicende dell'ipoteca cambiaria. Il ruolo dell'annotazione sul titolo cambiario*, in *Notariato*, 2010, 163; nel medesimo senso anche CAMPOBASSO, *Diritto commerciale* 3 cit., 291.

635 DE MARTINI, *Girata di cambiale ipotecaria e trasferimento dell'ipoteca*, in *Banca borsa titoli di credito*, 1949, II, 11; GORLA – ZANELLI, *Del pegno delle ipoteche Art. 2784-2899 c.c.*, in *Commentario del codice civile* Scialoja-Branca, a cura di Galgano, Bologna-Roma, 1992, 338 e ss.. Questa tesi è sostenuta anche in giurisprudenza, cfr. Cassazione 11 maggio 1953 n. 1324, in *Foro italiano*, 1953, I, c. 1445; Cassazione 2 giugno 1978 n. 2754 in *Banca borsa titoli di credito*, 1979, II, 160.

636 In questo senso GALGANO, *Trattato di diritto civile*, vol. III, Padova, 2010, 353.

trasferisca “tutti i diritti inerenti alla cambiale”, compresi dunque i diritti di garanzia del caso.

Una seconda tesi, all’opposto, è dell’avviso che l’ipoteca, ben lungi dall’essere partecipe dei caratteri dei titoli di credito, sarebbe una mera garanzia extracartolare, ragione per cui per essa potrebbero essere dedotti tutti i vizi relativi al negozio di concessione della garanzia o all’atto di iscrizione nei Registri Immobiliari⁶³⁷.

Ammessa anche la cartolarizzazione dell’ipoteca cambiaria con la sua conseguente astrazione, la nominatività del diritto di garanzia, tuttavia, riemerge in modo prepotente in sede di cancellazione. L’art. 2887 c.c., infatti, come novellato dalla l. 52/85 (fonte normativa di rilevante importanza per il sistema della pubblicità immobiliare), ha posto fine a un annoso e complesso dibattito circa la legittimazione attiva alla richiesta di cancellazione del gravame⁶³⁸, sancendo come solo colui il quale risulta essere creditore ipotecario nei pubblici Registri e non già colui che è legittimato alla pretesa in virtù delle regole dei titoli di credito può richiedere validamente la cancellazione del diritto di garanzia. In tal modo si sancisce come le girate cambiarie, oltre agli effetti propri del diritto cartolare, sortiscano l’effetto di trasferire l’ipoteca accessoria verso le parti e i terzi, con l’eccezione del Conservatore⁶³⁹.

È perciò evidente, e in questo senso emerge la non inutilità della pubblicizzazione delle varie girate cambiarie quanto all’ipoteca che garantisce l’adempimento della prestazione cambiaria. Tale formalità consente di rendere noto l’effettivo titolare del titolo di credito in modo tale che questi possa legittimamente prestare il consenso necessario alla cancellazione del gravame⁶⁴⁰.

Un’analisi più attenta del diritto cambiario e dei potenziali effetti dirompenti che esso può produrre sulla concezione accessoria tradizionale rispetto al credito garantito dall’ipoteca conduce a conclusioni sorprendenti. A ben vedere, infatti, le estreme conseguenze dell’astrattezza cartolare consentono di giungere a costruzioni giuridiche raffinate che rendono tenuissimo il dogma dell’accessorietà quanto alle garanzie reali connesse a debiti cartolari. L’ipotesi⁶⁴¹ è quella della cambiale tratta emessa direttamente a favore dello stesso

637 Cfr. GUGLIELMUCCI, *L’ipoteca cambiaria come garanzia extracartolare*, Milano, 1966, 87 e ss.; PAVONE LA ROSA, *La cambiale*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu-Messineo continuato da Mengoni, Milano, 1994, 455 e ss.; CAMPOBASSO, *Diritto commerciale* 3 cit., 291 nota 44; RAVAZZONI, *Le ipoteche* cit., 382 il quale ritiene come l’ipoteca costituisca “un accessorio del credito; questo si trasmette sulla base delle norme cambiarie; ma l’ipoteca, con gli adattamenti alla particolare fattispecie, di cui all’art. 2831 c.c., non muta la sua natura e riceve la disciplina della cambiale solo per quanto attiene alla circolazione della stessa; non agli altri effetti.

638 Per i termini del dibattito si rimanda a PAOLINI, *Ipoteca cambiaria* cit., 434, 435 ove ampi riferimenti.

639 LUCATELLI, *Le vicende dell’ipoteca cambiaria* cit., 165, 166.

640 In questo senso cfr. BOERO, *Le ipoteche*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale* a cura di Bigiavi, Torino, 1999, 107.

641 Tale costruzione è riferita da CHIANALE, *L’ipoteca, Trattato di diritto civile – I diritti reali* vol. VI, a cura di Sacco, Torino, 2010, 59, il quale tuttavia sottolinea come vi sia una notevole differenza tra l’ipoteca del proprietario tedesca, di cui al prossimo paragrafo 2 che è completamente autonoma e astratta rispetto al credito, e la cambiale ipotecaria tratta in favore del medesimo emittente, in quanto, per quest’ultima, è comunque necessario che vi sia un rapporto cartolare in

traente, così come consente l'art. 3 c. 2 l.camb., garantita da ipoteca: l'emittente la cambiale, dunque, fornirebbe una garanzia verso un titolo ancora nella sua disponibilità che potrà essere messo in circolazione al momento ritenuto più opportuno dal medesimo emittente.

In conclusione del paragrafo, si può sottolineare come l'ipoteca cambiaria costituisca un importante esempio di istituto nel quale i caratteri tipici della garanzia reale, in particolare l'accessorietà e la pubblicità (costitutiva) di qualunque negozio relativo al credito principale, subiscono una moderazione e, talvolta, una vera ablazione, al fine di garantire al meglio le istanze di libera circolazione del titolo e di pronto smobilizzo della ricchezza che presiedono alla disciplina propria dell'istituto. Naturale conseguenza di tale considerazione è la difficoltà di calare tali principi in un sistema, come quello ipotecario "ordinario", basato sulla certezza delle risultanze dei Registri Immobiliari e sul principio di accessorietà.

3. L'ipoteca quale forza propulsiva del credito: il caso del *reverse mortgage*

Nel corso delle pagine precedenti si è chiarito come l'ipoteca svolga una funzione che solo per principi generali può essere considerata come meramente ancillare e servente rispetto al credito che garantisce. Nella prassi negoziale, infatti, molto spesso è essa stessa a fungere da vero e proprio catalizzatore della stipulazione di affari.

Un esempio di recente introduzione nell'ordinamento giuridico italiano, sulla scia di quanto già da tempo si è sviluppato specie negli Stati di *common law*, di un istituto nel quale l'ipoteca acquista un'importanza dominante e funge da motore per lo sviluppo degli affari è costituito dal c.d. prestito ipotecario vitalizio, ovvero, per impiegare un'espressione anglofona, *reverse mortgage*.

Tale istituto è regolato dall'art. 11 *quaterdecies* c. 12 d.l. 203/2005 come convertito dalla l. 248/2005, articolato peraltro dedicato in prevalenza a norme di diritto amministrativo poco coerenti con l'istituto che si commenta. La norma così recita: "Il prestito vitalizio ipotecario ha per oggetto la concessione da parte di aziende ed istituti di credito nonché da parte di intermediari finanziari, di cui all'articolo 106 del testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, di finanziamenti a medio e lungo termine con capitalizzazione annuale di interessi e spese, e rimborso integrale in unica soluzione alla scadenza, assistiti da ipoteca di primo grado su immobili residenziali, riservati a persone fisiche con età

superiore ai 65 anni compiuti”.

La *ratio* dell'intervento legislativo consiste nello stimolo all'incremento della liquidità da parte di soggetti tendenzialmente poco propensi al consumo (gli anziani) a causa della limitatezza delle somme percepite quali provvidenze previdenziali. Accade tuttavia che costoro siano titolari di un diritto di proprietà immobiliare che potrebbe essere diversamente e più dinamicamente impiegato rispetto alla mera confluenza dello stesso nell'asse ereditario al momento del decesso del titolare.

Un intervento normativo, dunque, di evidente incentivazione alla promozione dei consumi in una fascia di età che riveste, in dipendenza del sempre più inarrestabile incremento dell'anzianità della popolazione, un'importanza strategica nell'aumento della ricchezza nazionale.

Tale istituto, dal punto di vista soggettivo, è esclusivo appannaggio, dal lato attivo dell'erogazione del credito, degli operatori qualificati del credito⁶⁴² e della finanza, di cui all'art. 106 T.U.B.⁶⁴³; mentre per quanto concerne la persona del debitore – finanziato si tratta di colui che abbia compiuto almeno 65 anni di età anagrafica al momento della stipulazione del contratto. Inoltre, dal punto di vista oggettivo, il contratto di prestito deve avere un periodo di durata medio-lungo. Esso può essere determinato in base all'art. 15 c. 3 d.p.r. 601/73 per il quale, anche se solo ai fini fiscali previsti da tale provvedimento, “si considerano a medio e lungo termine le operazioni di finanziamento la cui durata contrattuale sia stabilita in più di diciotto mesi”⁶⁴⁴.

Dal punto di vista formale la legge non prevede alcun tipo di onere, tuttavia l'incidenza del contratto su un diritto immobiliare e l'iscrizione di un'ipoteca a garanzia delle obbligazioni di restituzione che scatteranno al momento della scadenza del finanziamento, oltre che le disposizioni formali previste dalla legge bancaria con riferimento ai contratti di concessione del credito (cfr. art. 117 c. 1 T.U.B. che richiede la forma scritta e la consegna di una copia al cliente) spingono non solo a ritenere che sia necessaria la redazione dell'atto scritto, ma anche che sia necessario l'intervento del notaio, ovvero l'accertamento giudiziale della sottoscrizione, al fine di procedere validamente all'iscrizione del gravame nei Registri Immobiliari (cfr. artt. 2821 e 2835 c.c.).

La causa del contratto è tipicamente di finanziamento, seppure differisce da quella del

642 Sul punto non si può non sottolineare l'imprecisione con cui il legislatore, nel riferirsi alle banche, impieghi ancora i termini, propri della precedente legislazione bancaria del 1936, di “aziende” e “istituti” di credito.

643 In dottrina si ritiene che l'esclusiva prevista in favore di tali operatori economici qualificati si spieghi per motivi di tutela del contraente debole che potrebbe fare affidamento sulla maggiore serietà riconosciuta a tali istituti e sulla maggiore solidità patrimoniale degli stessi, rafforzata da una serie di stringenti vincoli all'esercizio della loro attività economica e alla vigilanza prudenziale della Banca centrale (in questo senso cfr. GIGLIOTTI, *Il prestito vitalizio ipotecario: un reverse mortgage all'italiana?*, in *Il Corriere del Merito*, 2011, 677 e ss.).

644 In questo senso cfr. GIGLIOTTI, *Il prestito vitalizio ipotecario* cit., nota 6.

mutuo bancario ordinario, in quanto nel prestito vitalizio ipotecario il debitore, anziché dovere subito provvedere al rientro dal prestito percepito, finché è in vita, non è tenuto né alla restituzione del prestito né al pagamento degli interessi che saranno corrisposti, alla scadenza del finanziamento, dal finanziato ovvero dagli eredi dello stesso se il contratto prevede la conclusione del medesimo al momento della morte del defunto⁶⁴⁵. A tal fine, il pagamento di quanto dovuto all'istituto finanziatore potrà essere corrisposto, a scelta degli eredi, con quanto ricavato dall'immobile o con altre sostanze⁶⁴⁶.

La legge italiana è particolarmente scarna, a differenza del diritto formatosi sull'istituto negli ordinamenti anglosassoni e della regolazione che l'importante legge francese di riforma delle garanzie reali (di cui ci si intratterà diffusamente in seguito, trattandosi di intervento organico particolarmente rilevante e denso di significato anche per il nostro sistema) ha dato all'istituto (*ordonnance n. 2006/346* del 23 marzo 2006).

Non si prevede, in primo luogo, come debba essere erogato il finanziamento. È evidente che un ruolo dirimente sarà assunto dalla volontà dei paciscenti e, quindi, ben potrà essere prevista un'erogazione immediata dell'intero importo del finanziamento, ma anche un importo scaglionato nel tempo, in modo da rendere il meccanismo del prestito vitalizio molto simile a quello della rendita vitalizia, introducendo quindi evidenti profili di aleatorietà nel congegno negoziale voluto dalle parti⁶⁴⁷.

A differenza di quanto accade in altri ordinamenti (specificamente quello francese per il quale l'art. 314-9 dell'ordinanza citata dispone che il debito nei confronti del finanziatore non possa mai superare il valore dell'immobile al momento della scadenza del prestito), nulla si prevede per l'ipotesi in cui il valore del bene offerto in garanzia venisse a essere superato dall'ammontare del capitale finanziato maggiorato degli interessi. Negli ordinamenti giuridici anglosassoni si prevede che tale rischio (c.d. *cross over*) debba essere posto a carico del finanziatore e non già al finanziato, in quanto il primo si tratta di soggetto professionalmente qualificato e in grado di prevedere e sopportare al meglio il rischio connesso alla propria attività di finanziamento⁶⁴⁸.

Per giungere all'ipoteca, che è il tratto caratteristico del nuovo istituto, la legge non prevede, almeno a livello letterale, che il soggetto datore della stessa debba necessariamente essere il

645 RAZZINO, *Il prestito ipotecario vitalizio (reverse mortgage)*, in *Notiziario CNN* del 7 marzo 2006.

646 È il caso di aggiungere che, nel modello anglosassone originario, in facoltà degli eredi è anche la possibilità di trasferire all'istituto finanziatore direttamente la proprietà dell'immobile su cui insiste l'ipoteca. Nel nostro ordinamento, la presenza del divieto del patto commissorio, di cui all'art. 2744 c.c., interpretato, come noto, in modo estremamente estensivo dalla giurisprudenza, impedisce di estendere questa possibilità di adempimento dell'obbligazione derivante dal prestito vitalizio ipotecario.

647 Risvolti aleatori che, a tutela delle parti del rapporto, vengono moderati dall'apporto di apposite polizze assicurative.

648 In questo senso cfr. CERINI, *Il prestito vitalizio ipotecario: legal transplant in cerca di definizione*, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 2006, 503 e ss..

medesimo soggetto titolare del finanziamento. Legittima apparirebbe, dunque, in omaggio ai principi generali del diritto ipotecario (art. 2808 c. 2 c.c.), una dazione di ipoteca da parte del terzo⁶⁴⁹. In verità, una soluzione come questa appare poco coerente con la funzione economico-sociale dello schema negoziale predisposto dal legislatore, che può essere sicuramente rinvenuta nella liquidazione del proprio patrimonio immobiliare, al fine dell'incentivazione dei consumi privati.

Quanto, invece, all'iscrizione dell'ipoteca così perfezionata, l'analisi prende le mosse dal momento del perfezionamento dell'obbligazione di restituzione della somma ricevuta, non immediatamente successivo all'erogazione della somma, come avviene invece per il mutuo bancario ordinario, bensì nel momento successivo dello spirare del termine del contratto ovvero della morte del contraente finanziato. L'ipoteca in oggetto è, dunque, presa ad ogni effetto per un debito futuro. Per essa si pone il problema generale dell'ammissibilità dell'iscrizione della garanzia per siffatti debiti, in quanto ciò striderebbe con i principi generali della determinatezza del credito per il quale l'ipoteca è posta a cautela (artt. 2808 e 2839 c.c.) e di accessorietà del diritto reale di garanzia rispetto al credito garantito.

Una soluzione generale è fornita dall'art. 2852 II parte c.c. secondo cui l'ipoteca prende il grado dal momento della sua iscrizione anche "per i crediti che possono eventualmente nascere in dipendenza di un rapporto già esistente".

La norma, come noto, esprime il principio della generale inammissibilità della costituzione di ipoteca per qualunque specie di credito futuro⁶⁵⁰, potendosi derogare a tale principio nella sola ipotesi in cui il credito, per quanto verrà a costituirsi successivamente, sia dipendente da un rapporto già in essere tra specifici soggetti⁶⁵¹, a pena di nullità dell'iscrizione ipotecaria⁶⁵².

649 GIGLIOTTI, *Il prestito vitalizio ipotecario* cit..

650 BOERO, *Le ipoteche* cit., 65 e ss..

651 In questo senso cfr. la giurisprudenza, in particolare Cassazione, 3 aprile 2000 n. 3997 in *Massimario Giurisprudenza Italiana*, 2000 secondo cui "il titolo costitutivo dell'ipoteca, al fine di soddisfare il requisito della specialità in riferimento al credito garantito, deve contenere, a pena di nullità, l'indicazione dei soggetti, della fonte e della prestazione che individuano il credito, così da assicurare la sua originaria determinatezza, presupposto fondamentale della fattispecie ipotecaria; deve pertanto escludersi la possibilità di un'ipoteca per crediti futuri, determinata unicamente in relazione ai soggetti del rapporto, e ammettersi, a norma dell'art. 2852 c.c., la costituzione di ipoteca per crediti eventuali che possano nascere in dipendenza di un rapporto già esistente, dovendo però in tal caso il titolo indicare gli estremi idonei ad individuare "il rapporto già esistente" dal quale il credito può nascere" (nel medesimo senso cfr. anche Cassazione, 6 ottobre 1995 n. 10521 in *Giustizia civile*, 1996, I, 67; per i pronunciati di merito, cfr. Appello Genova, 5 febbraio 2002 in *Fallimento*, 2002, 1211). Nel medesimo senso cfr. Cassazione, 23 marzo 1994, n. 2786 in *Giurisprudenza Commerciale*, 1996, II, 224 secondo cui "i diritti di credito derivanti ad un istituto bancario dalle prestazioni di firma possono beneficiare della garanzia ipotecaria solo se si pongono in dipendenza immediata e diretta col contratto di apertura di credito "di firma". Conseguentemente è nulla l'ipoteca concessa a garanzia del credito spettante al fideiussore in via di regresso in forza di fideiussione prestata in esecuzione di un obbligo "di firma", in quanto detto credito, oltre ad essere futuro ed eventuale, può qualificarsi solo come indirettamente dipendente dal contratto di apertura del credito "di firma".

652 In questo senso cfr. Tribunale Nuoro, 25 gennaio 1963 in *Rivista Giuridica Sarda*, 1963, 412 secondo cui "per il principio di specialità si è deciso che l'atto di concessione di ipoteca, se non consente l'individuazione dei crediti garantiti, è nullo. Tale principio vale anche per l'ipoteca a garanzia di un credito futuro".

Ai fini della disamina dei rapporti tra l'ipoteca e il rapporto obbligatorio, si può apprezzare come siffatto istituto possa rappresentare, pur entro i dubbi e le preoccupazioni che lo circondano e che si coagulano intorno al rischio che il proprietario possa con troppa superficialità concludere contratti che possano pregiudicare il proprio patrimonio (che troveranno ovviamente una cautela anche nella normativa del consumatore), un esempio nel quale l'ipoteca acquista un'importanza dirimente nell'economia del contratto, in quanto è in confronto al valore dell'immobile che si baserà verosimilmente l'ammontare del finanziamento concesso dall'istituto di credito che, per tutelare al meglio i propri interessi e per scongiurare i rischi di *cross over*, di cui si è precedentemente fatto cenno, procederà a far redigere perizia dell'immobile, anteriormente all'accensione dell'ipoteca. Il mercato stabilirà se questo strumento, che costituisce una vera sfida alle pratiche negoziali e ai costumi sociali degli italiani e, in particolare, delle persone più anziane, potrà essere accolto, anche se al momento i segnali paiono essere poco confortanti e la prassi applicativa e giurisprudenziale sull'argomento è piuttosto scarna⁶⁵³.

La funzione propulsiva del credito riconosciuta all'ipoteca nel contratto in oggetto non giunge, tuttavia, a minare il principio dell'accessorietà, anzi ne è una chiara conferma, in quanto essa funge da supporto a un credito sì non attuale ma comunque futuro e certo. L'ipoteca non accessoria o astratta è, al contrario, presa proprio per spezzare il legame con un credito, del tutto eventuale e non necessariamente collegato con il negozio costitutivo della garanzia.

4. Il dogma dell'accessorietà dell'ipoteca in un'ottica comparatistica

La crisi dell'ipoteca è crisi sistemica, in quanto affonda le proprie radici non già, in ragioni di tipo giuridico, bensì in esigenze di natura essenzialmente economica. Innanzi a questa realtà, che vede affermata prepotentemente la forza della globalizzazione, appare ovvio come la rivitalizzazione delle garanzie reali sia un obiettivo o comunque un dato di fatto proprio non solo dell'Italia, ma di ogni ordinamento giuridico, specialmente di *civil law*. Non stupisce, pertanto, che un ordinamento molto vicino al nostro, ossia quello francese, sia

653 Già in dottrina si segnala come siano “scarse prospettive di successo di profilano per il *reverse mortgage* all'italiana, in quanto l'incitamento agli anziani a vivere come cicale, tanto gli eredi venderanno la casa di abitazione per saldare il debito, non fa breccia nei costumi italiani, non tanto per l'onerosità complessiva dell'operazione finanziaria, quanto per la saggezza dei destinatari della norma, ovvero per il desiderio di trasmettere i propri beni, che costituisce anche la ragione, per la quale gli anziani sono poco inclini a cedere a terzi la nuda proprietà dell'abitazione in danno dei propri discendenti” (CHIANALE, *L'ipoteca* cit., 4 nota 5).

intervenuto in modo organico e complesso sull'intero sistema delle garanzie reali, attraverso l'elaborazione di una riforma lungamente discussa, culminata nell'approvazione dell'*ordonnance n. 2006/346* del 23 marzo 2006 che, peraltro, pur avendo l'ipoteca come istituto di principale rivisitazione, ha rimodellato l'intero sistema delle garanzie reali, con l'eccezione però dei privilegi⁶⁵⁴. In effetti, ciò che chiede il mercato e che anche la stessa Unione europea si è fatta carico di chiarire, come si noterà nel prossimo paragrafo, al fine di ottenere una globale riaffermazione del sistema delle garanzie reali, è maggiore flessibilità del vincolo ipotecario rispetto al credito e su questo aspetto la riforma francese, come si cercherà di dare conto, è intervenuta, fornendo risposte ritenute significative.

Anche nell'ordinamento transalpino dunque, i principi generali in tema di ipoteca e, più in generale, di tutte le garanzie reali erano informati, in virtù della comune matrice romanistica, all'accentuato formalismo della costituzione, alla necessaria accessorietà della garanzia rispetto al credito⁶⁵⁵, alla specialità quanto al credito garantito e al bene oggetto di

654 Si noterà come, dal punto di vista legislativo e di diffusione dell'ipoteca, il ricorso massiccio, in Italia così come in Francia, al privilegio, basato come noto sulla causa del credito e direttamente imposto per legge, può fungere da remora, specie per gli istituti bancari, alla concessione di finanziamenti, essendo connaturato al privilegio la regola, ben espressa dall'art. 2748 c. 2 c.c., secondo cui "i creditori che hanno privilegio sui beni immobili sono preferiti ai creditori ipotecari se la legge non dispone diversamente" e ciò anche nell'ipotesi in cui l'ipoteca venga iscritta anteriormente alla genesi del privilegio (in questo senso cfr. PAVARIN, *commento art. 2748 c.c.*, in *Commentario breve al codice civile* Cian-Trabucchi, Padova, 2004, 3081). È noto come, in una prospettiva critica di tale principio (già considerato da tempo a giudizio di una parte della dottrina come incongruo e incoerente con il sistema delle garanzie, cfr. CICCARELLO, *voce Privilegio (dir. priv.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXV, Milano, 1986, 727) la giurisprudenza abbia già fornito il proprio contributo, in una particolare situazione, ossia quella del conflitto tra il c.d. privilegio iscrizionale (PAVARIN, *commento art. 2748 c.c. cit.*, 3109), di cui all'art. 2775 bis c.c., previsto per il mancato adempimento delle obbligazioni derivanti dal contratto preliminare immobiliare (a patto che il medesimo venga trascritto nei Registri Immobiliari, ai sensi dell'art. 2645 bis c.c.), e l'ipoteca iscritta anteriormente alla costituzione del privilegio (facendosi ovviamente eccezione per le ipoteche iscritte a garanzia di mutui erogati al promissario acquirente per l'acquisto del bene immobile, per le quali la prevalenza è testuale, ai sensi dell'art. 2775 bis u.c.). La tesi della prevalenza del privilegio iscrizionale, in recezione dell'art. 2748 c. 2 c.c., è stata fatta propria dalla giurisprudenza sia di merito (Tribunale Genova, 25 gennaio 2001, in *Archivio delle Locazioni e del Condominio*, 2001, 572) sia di legittimità (Cassazione, 14 novembre 2003, n. 17197 in *Giurisprudenza Italiana*, 2005, 285 per cui "il privilegio speciale previsto dall'art. 2775 bis c.c. per il credito del promissario acquirente sul bene immobile oggetto del contratto preliminare, prevale rispetto alle ipoteche gravanti sullo stesso immobile, pur se iscritte anteriormente alla trascrizione del contratto preliminare") è stata successivamente smentita, anche in considerazione delle critiche vivaci avanzate dalla dottrina (LUMINOSO, *La trascrizione del contratto preliminare: regole e dogmi*, a cura di Luminoso - Palermo, Padova, 1998, 85) a tale orientamento, dalla più autorevole giurisprudenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite 1 ottobre 2009, n. 21045 in *Giurisprudenza Italiana*, 2010, 1049 secondo cui "il privilegio speciale sul bene immobile, che assiste (ai sensi dell'art. 2775 bis cod. civ.) i crediti del promissario acquirente conseguenti alla mancata esecuzione del contratto preliminare trascritto ai sensi dell'art. 2645 bis c. c., siccome subordinato ad una particolare forma di pubblicità costitutiva (come previsto dall'ultima parte dell'art. 2745 c.c.), resta sottratto alla regola generale di prevalenza del privilegio sull'ipoteca, sancita, se non diversamente disposto, dal secondo comma dell'art. 2748 cod. civ., e soggiace agli ordinari principi in tema di pubblicità degli atti. Ne consegue che, nel caso in cui il curatore del fallimento della società costruttrice dell'immobile scelga lo scioglimento del contratto preliminare (ai sensi dell'art. 72 della legge fall.), il conseguente credito del promissario acquirente - nella specie, avente ad oggetto la restituzione della caparra versata contestualmente alla stipula del contratto preliminare - benché assistito da privilegio speciale, deve essere collocato con grado inferiore, in sede di riparto, rispetto a quello dell'istituto di credito che, precedentemente alla trascrizione del contratto preliminare, abbia iscritto sull'immobile stesso ipoteca a garanzia del finanziamento concesso alla società costruttrice". Tuttavia, per una critica a questo orientamento da ultimo sposato dalla medesima autorità giudiziaria, cfr. RICCIO, in *Contratto e impresa*, n. 6/2010, 1235 e ss..

655 Indicativo di tale tendenza è l'espressione di Pothier (in *Oeuvres de R.J. Pothier contenant les traites du droit français* a cura di Dupin Ainé, tomo V, Bruxelles, 1831, 443), richiamata in CHIANALE, *L'ipoteca cit.*, 55, secondo cui

garanzia e al principio generale, anche se quest'ultimo tradizionalmente meno radicale che in Italia, del divieto del patto commissorio⁶⁵⁶, senza considerare i costi, fiscali, amministrativi e notarili, che fanno capo alla garanzia immobiliare. Non solo. In Francia, lo sviluppo dell'ipoteca, a differenza di quanto accade nella nostra economia, è proporzionalmente poco diffuso, in quanto nell'ordinamento transalpino estremamente impiegati nella prassi sono anche i *privilèges de prêteur des deniers* quale garanzie reali e, soprattutto, i *cautionnements*, ossia le garanzie personali, in modo tale che nel sistema francese il credito ipotecario è solo una frazione neppure maggioritaria del complesso insieme del credito immobiliare⁶⁵⁷.

Anche per l'ipoteca, tuttavia, questi principi non sono monolitici nel panorama giuridico europeo, anzi, come spesso accade per altri istituti, il diritto privato continentale è segnato da un solco che separa due grandi famiglie che entrambe affondano le loro radici nel pensiero giuridico romano, ma che successivamente si biforcano e forniscono soluzioni differenti a medesimi problemi. Si tratta, come noto, del sistema romano-francese e di quello romano-germanico. Le differenze, talvolta profondissime, che segnano questi due sistemi sono note. Senza alcuna pretesa di completezza, si pensi all'istituto del negozio giuridico, assente nella trattazione scientifica romana, da sempre estremamente concreta e lontana dall'astrazione, rifiutato dal codice napoleonico, ma centrale nel B.G.B. e che tanto ha condizionato e tuttora condiziona la dottrina italiana; si pensi al problema della causa del contratto, sconosciuto al codice tedesco ma rientrante tra gli elementi essenziali del contratto per il *code civil* (cfr. art. 1108) e ancor più essenziale nell'ordinamento giuridico italiano (ove si parla di meritevolezza della causa e non già di mera liceità della stessa, come invece nell'ordinamento transalpino); al principio del consenso traslativo, tipico dell'ordinamento francese (cfr. art. 1583 c.c. e anche il nostro art. 1376) ma rifiutato dal codice germanico che, invece, in coerenza con le note considerazioni formulate dai giuristi classici distingue tra *titulus acquirendi* (tipicamente il contratto) e *modus acquirendi* (il trasferimento del bene), in modo tale che solo al momento della consegna del bene il proprietario diviene titolare del diritto compravenduto; da ultimo, si pensi alle differenze in tema di illecito aquiliano, con particolare riferimento alle posizioni giuridiche la cui lesione

“il ne peut y avoir d'hypothèque, s'il n'y a une dette qui subsiste, pour laquelle l'hypothèque ait été contractée” [non ci può essere un'ipoteca, se non c'è un debito che sussiste, per il quale l'ipoteca era stata contrattata].

656 Cfr. FIORENTINI, *La riforma francese delle garanzie reali*, in *Notariato*, 2006, 494. Quanto al divieto del patto commissorio in Francia, che si segnala essere ordinamento intermedio tra quello italiano, informato al principio della massima estensione del divieto, e quello tedesco in cui, invece, è diffuso il modello della proprietà-garanzia, quale più diffusa tecnica di garanzia mobiliare (v. p. 502 e ss.). La riforma delle garanzie reali in Francia è intervenuta in modo significativo anche su tale istituto, optando decisamente per una soluzione di tipo germanico, anche se in continuità con la tradizione romanistica, prevedendo una cautela analoga al c.d. patto marciano che permette al creditore di fare proprio il bene dato dal debitore in garanzia, salva la corresponsione da parte del creditore di una somma pari al maggior valore del bene rispetto al credito (v. p. 503).

657 VARI, *La riforma dell'ipoteca convenzionale in Francia*, in *Rivista di diritto civile*, 2009, 256.

dà vita a obbligazione risarcitoria, concorrendo le altre condizioni, oggettive e soggettive, perché possa aversi il delitto: probabilmente *in subiecta materia* si registra la massima divaricazione tra i due sistemi, con quello francese improntato al principio della massima atipicità delle posizioni giuridiche la cui lesione dà vita all'obbligazione risarcitoria e quello tedesco, invece, notoriamente ancorato al principio della massima tipicità dell'*iniuria*, limitata ai soli diritti assoluti, ponendosi l'Italia in posizione intermedia tra i due sistemi optando, dopo alterne e complesse vicende giurisprudenziali che non è il caso di riproporre, per un sistema fondato sull'atipicità temperata dell'illecito (in cui peso determinante ha il concetto di ingiustizia del danno), comunque maggiormente tendente a quello francese, invece che a quello tedesco verso il quale l'orientamento dominante pendeva fino alla fine degli anni Sessanta (norme di riferimento sono in Francia, l'art. 1382 e in Germania il §823 B.G.B.)⁶⁵⁸.

Orbene, anche il sistema delle garanzie reali è informato a principi che, partendo dal presupposto comune di un generale riferimento ai caratteri tipici della comune esperienza romanistica, sviluppano soluzioni differenti, determinando, specie per quanto concerne l'ordinamento germanico, soluzioni decisamente difformi rispetto a quelle dei sistemi giuridici vicini.

Nel diritto germanico, infatti, la tendenza normativa è quella della coesistenza di garanzie reali accessorie al credito (è il caso della *Sicherungshypothek*, di cui al §1184 B.G.B.) con garanzie astratte. Si pensi all'istituto dell'ipoteca del proprietario (c.d. *Eigentümergrundschuld*), di cui al §1196 B.G.B., il cui statuto normativo contiene delle divagazioni tanto marcate rispetto ai principi che sono ormai internizzati per il giurista di *civil law*, tanto da legittimare la domanda se si sia di fronte effettivamente a un istituto afferente alle garanzie reali o se sia un istituto talmente eccentrico da essere distinto da queste. Vale la pena di descrivere, almeno per sommi capi, il funzionamento di questo istituto, al fine di riallacciarsi alla descrizione delle innovazioni apportate dalla riforma del 2006 al sistema delle garanzie transalpine⁶⁵⁹.

Anzitutto, occorre porsi la questione del nome. Perché si tratta dell'ipoteca del proprietario? Perché tale garanzia viene costituita direttamente da questi su bene di cui il medesimo è titolare, in previsione della contrazione futura di debiti, in modo tale che essa possa essere

658 Per una rapida analisi delle differenze tra i due sistemi giuridici *leaders* dell'Europa continentale si fa rinvio a AA. VV. *Atlante di diritto privato comparato*, a cura di Galgano con l'assistenza di Ferrari, Bologna, 1992 (in particolare p. 53 e ss. per la disamina del concetto di negozio giuridico; p. 89 e ss. per la causalità e l'astrattezza del contratto; p. 103 e ss. per il principio del consenso traslativo nel trasferimento dei diritti; p. 135 per la tipicità o atipicità del fatto illecito).

659 In tema di ipoteca del proprietario si rimanda anche al saggio, risalente ma estremamente interessante, di DUCCESCHI, *L'ipoteca del proprietario*, Milano, 1904, consultabile sul sito http://ia600407.us.archive.org/load_djvu_applet.php?file=18/items/lipotecadelprop00duccgoog/djvu.

impiegata più volte, a garanzia di creditori diversi nel corso della sua esistenza così che essa verrà meno solo al momento della sua cancellazione, la qual cosa avverrà indipendentemente dall'estinzione del credito in concreto garantito⁶⁶⁰. Appare perciò evidente come l'istituto di cui ci si è occupati sia radicalmente estraneo al concetto di accessorietà dell'ipoteca rispetto al credito.

Nel paragrafo precedente, dedicato alla trattazione della funzione propulsiva del rapporto obbligatorio che può essere svolta senz'altro dal gravame reale, ci si era imbattuti nell'istituto del prestito vitalizio ipotecario, ossia di un'ipoteca che garantirà un credito futuro che si avrà al momento della morte del vitaliziato. Si era fatto presente come tale istituto, in realtà, non potesse affatto essere sussunto entro le categorie delle garanzie reali non accessorie e che, al contrario, esso rappresentasse un ulteriore conferma di questo principio, in quanto l'ipoteca viene iscritta a fronte di un rapporto già perfetto per il quale l'obbligazione di restituzione della somma, maggiorata degli interessi, viene differita a un successivo momento cronologico (la morte del vitaliziato), ma che trova ugualmente la propria fonte nel prestito vitalizio, inserendosi l'ipoteca in perfetta coerenza con quanto previsto dall'art. 2852 c.c..

Nel caso dell'ipoteca del proprietario, invece, il diritto di garanzia nasce e si costituisce in mancanza di qualunque rapporto obbligatorio anteriore, determinando uno iato evidente tra esso e il credito: la più solenne affermazione dell'irrelevanza del nesso di accessorietà del primo rispetto al secondo.

Altra caratteristica che evidenzia ulteriormente le peculiarità dell'ipoteca del proprietario è rappresentata dal fatto che, nel momento in cui essa è posta a garanzia di un credito, essa sarà impiegata da un soggetto diverso dal costituente ma che, nel momento in cui non fosse posta a garanzia di alcun debito, la stessa non si estinguerebbe automaticamente (come invece avverrebbe applicando i principi di accessorietà), continuando a persistere in capo al costituente/proprietario del bene⁶⁶¹.

Non stupisce, pertanto, che una siffatta ed eclettica forma di garanzia sia stata concepita in un sistema giuridico nel quale la causa non è elemento essenziale del negozio giuridico.

Il legislatore francese, a seguito di un dibattito sorto in occasione dei festeggiamenti per il bicentenario del codice napoleonico, teso ad ammodernare l'impianto dello stesso documento normativo sulla base degli studi di un'autorevole commissione di esperti di diritto civile (c.d. commissione Grimaldi), aveva ritenuto opportuno che uno dei settori in cui fosse necessario un intervento legislativo, con lo scopo di stimolare il mercato immobiliare e l'intenzione di rendere nuovamente il codice civile un punto di riferimento

660 FIORENTINI, *La riforma francese delle garanzie reali* cit., 500.

661 FIORENTINI, *La riforma francese delle garanzie reali* cit., *ibidem*.

per i legislatori di altri ordinamenti.

La riforma del 2006 ha predisposto un nuovo quarto libro del codice dedicato organicamente alle garanzie dell'obbligazione, sia reali sia personali, spostando nel quinto libro del medesimo codice le disposizioni relative all'isola di Mayotte, anteriormente collocate nel quarto.

I punti di intervento della riforma, come del resto avviene regolarmente in Italia, largamente tributari di una prassi negoziale e giurisprudenziale già consolidata (in questo caso specialmente con riferimento al contratto autonomo di garanzia che trova una disciplina legislativa puntuale) si muovono attorno a taluni pilastri, quali la generalizzata possibilità di concludere un pegno privo di spossessamento e l'allentamento, sul modello tedesco appena esposto, dei principi dell'accessorietà e della specialità dell'ipoteca rispetto al credito e ai beni garantiti. La finalità politica dell'intervento riformatore va rinvenuta nell'esigenza di stimolare la crescita economica, attraverso la valorizzazione del patrimonio immobiliare e, con essa, l'incentivo alla concessione di maggiore credito ipotecario⁶⁶².

In primo luogo, per quanto concerne il pegno, la situazione francese non era dissimile a quella italiana, in cui la figura generale del pegno è rappresentata da un diritto reale di garanzia il cui titolo costitutivo, secondo l'interpretazione dominante, non può che essere un contratto reale, in modo tale che la garanzia si origina solo nel momento in cui il proprietario viene spossessato del bene. A fronte di questo principio generale fioriscono sia in Italia sia in Francia numerose eccezioni rilevanti, in quanto attinenti a settori commerciali centrali per le economie delle due nazioni, ossia le azioni e le quote di società di capitali per le quali, a causa della decisa smaterializzazione dei titoli, non è possibile lo spossessamento del bene oppignorato (si pensi, almeno in Italia, al pegno dei prosciutti, di cui alla l. 401/85 che non richiede, per tutelare le ragioni della produzione, lo spossessamento del bene).

La soluzione proposta dal governo francese è stata quella di prevedere un pegno consensuale, costituito mediante la redazione di un contratto scritto in cui sono riportati i parametri essenziali del credito e del diritto di garanzia, essendo relegate al rango di requisito di opponibilità verso i terzi il trasferimento del possesso e la registrazione del pegno (art. 2333).

Ancora più significative sono state le innovazioni apportate al sistema delle ipoteche: oltre alla normazione del prestito ipotecario vitalizio (*prêt vaiger hypothécaire*), di cui si è trattato in precedenza, una particolare rilevanza si deve attribuire alla messa in discussione del principio di accessorietà della garanzia in confronto al credito.

Un ruolo essenziale in questo senso è svolto dall'ipoteca ricaricabile (*hypothèque*

662 VARI, *La riforma dell'ipoteca convenzionale in Francia cit., ibidem.*

rechargeable). In un'ottica di comparazione e di studio di un possibile trasferimento dell'istituto anche nel nostro ordinamento, abituato ai medesimi riferimenti normativi e dottrinari risalenti alla tradizione romana, non si può fare a meno di tratteggiare i caratteri essenziali del nuovo istituto entrato in vigore nel 2006 nell'ordinamento transalpino.

Fonti normative della nuova ipoteca, che certamente non ha la pretesa di eliminare il ricorso alla garanzia ipotecaria tradizionale informata alla stretta osservanza dei principi di accessorietà e specialità, sono gli artt. 2421 e ss. del *Code*.

Dal punto di vista descrittivo si tratta di un diritto reale di garanzia che può essere posto a garanzia non solo di un credito ma anche di più crediti che vengano a originarsi successivamente rispetto alla costituzione del diritto, sotto la condizione che ciò sia espressamente previsto nell'atto costitutivo della garanzia che viene specificamente riservato, per la correttezza della procedura, alla competenza esclusiva del notaio (art. 2422 c. 3). A seguito dell'adempimento del credito originario per il quale era stata costituita la garanzia (questo è l'aspetto principale che funge da discriminare tra l'ipoteca ricaricabile francese e l'ipoteca del proprietario tedesca che nasce in assenza di un credito preesistente e per la quale parlare di accessorietà è assolutamente fuori luogo), il debitore può decidere di offrire l'ipoteca, espressamente dichiarata ricaricabile nell'atto costitutivo, quale ricarica della stessa a garanzia di un ulteriore credito vantato nei suoi confronti dal precedente creditore, ovvero da un nuovo soggetto. Il grado dell'ipoteca così ricaricata, entro comunque una somma limite che deve essere prevista nell'atto costitutivo del titolo e pubblicata nel Registro (art. 2423), è stabilito in base all'iscrizione originaria della garanzia, al momento della sua costituzione nei pubblici Registri. I terzi sono resi edotti della presenza di un'ipoteca ricaricabile e, dunque, della possibilità che il loro diritto di garanzia per quanto anteriormente iscritto venga ad essere posposto rispetto a quello successivamente inserito nella ricarica, grazie alla necessaria pubblicazione del patto di ricarica nel Registro Immobiliare⁶⁶³.

La caratteristica maggiormente interessante ai fini di una lettura critica del nuovo provvedimento, entro i canoni generali dell'istituto ipotecario, è rappresentato dalla possibilità che, essendo stato soddisfatto il credito per il quale l'ipoteca ricaricabile fungeva da cautela, il debitore possa nuovamente offrire l'ipoteca a un terzo, invariato il suo grado originario. Qui si rileva, per il legislatore francese, l'incentivo allo sviluppo del mercato del credito e, al contempo, si rinviene la più evidente frizione con il principio dell'accessorietà. Nel nostro ordinamento tuttora, ma in Francia la situazione era identica (e tale rimane per le

⁶⁶³ Su questo aspetto cfr. VARI, *La riforma dell'ipoteca convenzionale in Francia* cit., 261 e nota 40 che sottolinea come tale norma non possa essere applicata e, dunque, come prevalga il principio dell'antiorità dell'iscrizione rispetto a quello della ricarica ai crediti ipotecari spettanti in virtù di ipoteche giudiziarie, di ipoteca legale del Tesoro e degli istituti di previdenza obbligatoria.

ipoteche non ricaricabili), il principio di accessorietà impone che l'ipoteca si estingua con l'estinguersi dell'obbligazione, così si esprime il nostro art. 2878 n. 3 c.c.⁶⁶⁴ (nel *Code* la norma di riferimento è l'art. 2488 c. 1 n. 1 che ora pospone la riserva della mancata estinzione dell'ipoteca, per l'ipotesi in cui si tratti di ipoteca ricaricabile). Orbene, la riforma francese intende esattamente porre in dubbio questo principio, ma non in modo radicale, come invece può scorgersi per l'ipoteca del proprietario di origine germanica⁶⁶⁵, tant'è che l'ipoteca ricaricabile nasce accessoria, bensì in una fase necessariamente successiva, essa può perdere o comunque limitare gli effetti connessi all'accessorietà.

Cosa accade nell'ipotesi in cui il creditore originario non sia stato pagato? L'art. 2422 c. 2 *code* pare consentire il ri-utilizzo dell'ipoteca, disponendo in particolare che “*le constituant peut alors l'offrir en garantie, dans la limite de la somme prévue dans l'acte constitutif et mentionnée à l'article 2423, non seulement au créancier originaire, mais aussi à un nouveau créancier encore que le premier n'ait pas été payé*”, ossia “[il costituente può offrire l'ipoteca in garanzia, entro il limite della somma fissata nell'atto costitutivo, di cui all'art. 2423, non solamente al creditore originario, ma anche a un nuovo creditore, anche se il primo non sia stato pagato]”⁶⁶⁶. Talvolta accade che il credito per il quale era stata pattuita l'iscrizione ipotecaria originaria fosse inferiore (anche notevolmente) rispetto all'importo

664 Ai nostri fini poco importa se l'estinzione dell'obbligazione determini senz'altro l'estinzione dell'ipoteca nei confronti dei terzi, oltre che nei confronti delle parti (per le quali tale principio non è mai stato messo in dubbio) o se, al contrario, sia necessario eseguire l'ulteriore formalità della cancellazione del gravame (così si esprime in particolare la giurisprudenza, cfr. Cassazione, 26 luglio 1994 n. 6958 in *Banca borsa titoli di credito* 1996, II, 308 secondo cui “in tema di ipoteca, la natura reale del vincolo ed il valore costitutivo dell'iscrizione comportano che, mentre nei confronti del creditore l'estinzione dell'obbligazione estingue anche la garanzia ipotecaria che l'assiste, nei confronti dei terzi è necessaria anche la cancellazione dell'ipoteca, poiché il permanere dell'iscrizione, nonostante l'estinzione del credito, può essere di pregiudizio per il proprietario, in quanto determina un intralcio al commercio giuridico del bene, potendo i terzi ignorare la reale situazione ed essendo essi generalmente inclini a dare rilevanza all'apparenza del vincolo”).

665 È il caso di aggiungere che, in una chiave prettamente storica, l'ordinamento francese non è addivenuto per la prima volta in assoluto alla normazione di un diritto di garanzia reale estremamente eccentrico rispetto ai parametri tradizionali degli ordinamenti di derivazione romanistica. L'importante legge rivoluzionaria del 9 messidoro anno III, anche se priva di successo in quanto sarà cancellata con la legge 11 brumaio anno VII, nel secondo capitolo regolava la c.d. *hypothèque sur soi-même*. L'art. 36 di tale provvedimento così definiva tale diritto di garanzia come “*la faculté de prendre hypothèque sur lui-même pour un temps déterminé qui ne peut excéder dix années par la voie des cédules hypothécaires jusqu'à la concurrence néanmoins de trois quarts de la valeur capital au prix vénal de ses biens présents désignés dans la cédule, y compris le montant des hypothèques dont il sont déjà gravés*” [“la facoltà di costituire ipoteca su se stesso per un tempo determinato che non può eccedere dieci anni per mezzo di cedole ipotecarie fino alla concorrenza tuttavia di tre quarti del valore capitale al prezzo venale di questi beni presenti indicati nella cedola, in esso compreso l'ammontare delle ipoteche già gravanti [sul fondo]”]. Tali cedole erano suscettibili di circolazione, tanto da essere assimilabili a veri e propri titoli all'ordine e facevano titolo esecutivo ed erano dotate della prelazione tipica dell'ipoteca contro il loro sottoscrittore, ossia contro colui che aveva preso in origine l'ipoteca contro se stesso. A ben vedere il principio di tale istituto, in cui sono evidenti gli intenti di favore verso la commercializzazione dei terreni contro le varie manomorte che avevano bloccato la circolazione della ricchezza, non era difforme rispetto a quello della nostra cambiale ipotecaria, di cui si è trattato al precedente paragrafo 1.1 della presente sezione, con l'unica ma dirimente differenza che nel nostro ordinamento l'ipoteca cambiaria, nel rispetto integrale del principio dell'accessorietà, può essere iscritta solo al sorgere del credito da parte del debitore cartolare; mentre l'ipoteca su se stesso della legge rivoluzionaria precedeva siffatta costituzione del vincolo ipotecario, in quanto la circolazione delle cedole ipotecarie era successiva alla costituzione del gravame. È altresì evidente come l'istituto in commento non sia così lontano rispetto all'ipoteca del proprietario prevista dal B.G.B..

666 In questo senso cfr. FIORENTINI, *La riforma francese delle garanzie reali* cit., *ibidem*.

massimale che può essere garantito con la convenzione di ricarica. In questo caso, non paiono esserci ostacoli affinché il debitore possa offrire in garanzia al nuovo creditore, entro i limiti del massimale di cui all'atto costitutivo, nel rispetto ovviamente della prelazione già acquisita dal creditore anteriore "ricaricabile", limitatamente alla differenza tra massimale e importo del credito anteriormente iscritto e in questo si potrà anche prescindere da eventuali pagamenti già svolti dal debitore, con riferimento al primo debito. Tale soluzione non pare essere che la traduzione pratica di quanto previsto nel comma testè riportato.

Le cose cambiano nell'ipotesi in cui con il primo finanziamento (o anche a seguito di successive ricariche) sia stata già raggiunto l'ammontare massimale di garanzia: in questo caso pare inammissibile consentire un'ulteriore ricarica dell'ipoteca con altri crediti, in quanto tale pratica è in palese contrasto con le disposizioni legislative⁶⁶⁷.

A corredo delle disposizioni inerenti la riforma del diritto ipotecario, ne esce sicuramente rafforzata (e si ritiene che questa debba essere un insegnamento importante anche per la nostra realtà, su cui si svolgeranno alcune riflessioni nei prossimi paragrafi) la figura del notaio, il cui ruolo importante di garanzia e di indipendenza viene confermato in ogni fase della procedura ipotecaria, compresa quella di estinzione⁶⁶⁸.

4.1 L'Unione Europea quale motore per una rivisitazione del diritto ipotecario

L'intervento legislativo francese in tema di garanzie reali si inserisce in un vasto movimento riformatore, stimolato, oltre che dagli studi accademici di ogni singola realtà nazionale, anche da interventi rilevanti della stessa Unione Europea. Quest'ultima, rimosso ogni ostacolo giuridico che avrebbe impedito la sua potestà decisionale⁶⁶⁹, ha prodotto due

667 Cfr. VARI, *La riforma dell'ipoteca convenzionale in Francia* cit., 262 e ss..

668 VARI, *La riforma dell'ipoteca convenzionale in Francia* cit., 259 che sottolinea come al contempo per impedire che i costi notarili possano disincentivare l'impiego di questa misura o dissuadere i debitori il legislatore francese ha disposto, scelta politica già pratica in Italia da tempo per talune fattispecie negoziali particolarmente rilevanti e meritevoli di tutela, una riduzione degli onorari del pubblico ufficiale.

669 Il possibile ostacolo alla comunitarizzazione del diritto delle ipoteche poteva essere giustificato sulla base della lettera dell'art. 295 del Trattato CE che demandava, sulla base dei principi tradizionali, ai singoli legislatori nazionali la potestà normativa sulla proprietà. In contrario si è evidenziato che l'art. 308 consente al Consiglio di intervenire, su proposta della Commissione, previa consultazione del Parlamento europeo, al fine di potenziare il funzionamento del mercato comune, anche nel settore delle garanzie immobiliari.

Va altresì sottolineato come, per tradizione, il diritto ipotecario, per quanto concerne il diritto internazionale privato (ovviamente vanno esclusi i riferimenti al potere di normazione dell'Unione europea che prescinde dalle regole generalmente accolte dal d.i.p. ma fa riferimento a proprie regole definite dai vari Trattati che si sono succeduti) è informato al principio per il quale la *lex rei sitae* resta l'unica fonte normativa in tema di ipoteca, quanto alla sua struttura e alle forme di pubblicità per la sua costituzione e trasferimento.

documenti, al momento non vincolanti, ossia il “Libro verde sul credito ipotecario nell’UE” del 19 luglio 2005⁶⁷⁰ e il “Libro bianco sull’integrazione dei mercati UE del credito ipotecario” del 18 dicembre 2007⁶⁷¹. Entrambi i testi sono piuttosto articolati e complessi e si inseriscono in due fasi storiche che, nonostante la loro relativa vicinanza (in totale l’arco temporale che li divide è di ventotto mesi), sono alquanto contrastanti. Il primo documento, infatti, è anteriore alla crisi finanziaria, tuttora in essere anche se per motivi diversi da quelli che l’hanno scatenata; il secondo, invece, è segnato, sulla scia delle conseguenze della crisi della finanza, da un approccio più prudente nei confronti del mercato del credito immobiliare e in esso paiono essere maggiormente sentite le esigenze di regolarlo e di porre freni all’onnipotenza della finanza⁶⁷².

Nonostante ciò le indicazioni suggerite nei due testi proposti dagli organismi comunitari hanno posto le basi per una rivisitazione critica degli istinti che il giurista latino possiede, in tema di diritti reali di garanzia.

Oltre alle innegabili differenze che sono state evidenziate dettate dai diversi momenti storici in cui sono stati redatti i documenti, taluni aspetti comuni ad essi debbono essere fatti presenti ed essere presi in considerazione, anche in sede di eventuale riforma nazionale del diritto delle garanzie reali e di quella ipotecaria in particolare.

Talune di queste misure sono state in effetti già soddisfatte dal legislatore italiano. In entrambi i documenti europei, infatti, si sottolinea come lo stimolo alla concorrenza tra istituti mutuanti (con le logiche conseguenze favorevoli ai consumatori, in tema di maggiori risparmi connessi al gioco concorrenziale) possa consistere soprattutto nella previsione del contenimento dei costi in caso di rimborso anticipato del mutuo e dell’ammissibilità di meccanismi tali da consentire la libera circolazione dei finanziamenti tra vari operatori finanziari, senza che ciò decreti alcun tipo di penalità a danno del mutuatario. Come si può facilmente arguire, queste due esigenze in Italia sono state sostanzialmente soddisfatte attraverso l’emanazione del decreto Bersani *bis* e successive modificazioni, rimandandosi

670 Testo consultabile al seguente indirizzo http://europa.eu/documentation/official-docs/green-papers/index_it.htm

671 Testo consultabile al seguente indirizzo http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=it&type_doc=COMfinal&an_doc=2007&nu_doc=807

672 A riprova di quanto scritto nel testo, occorre considerare che nel 12esimo capoverso del “Libro verde” del 2005 si poteva leggere come “un altro potenziale e importante vantaggio è la possibilità di accrescere il numero di mutuatari, includendovi coloro che attualmente sono emarginati su numerosi mercati UE di credito ipotecario, come i mutuatari *sub-prime* (ossia coloro ai quali, ai fini della concessione del credito, è attribuito un grado di affidabilità scarso o incompleto). Preso atto della terrificante crisi finanziaria scatenatasi negli Stati Uniti, per il complesso meccanismo delle plurime insolvenze dei mutuatari con bassissimo grado di affidabilità finanziaria che ha determinato il crollo delle quotazioni di svariati fondi e società che avevano investito nei mercati finanziari su questi mutui, nel frattempo cartolarizzati e quotati, la Commissione europea ha corretto radicalmente il tiro e nel Libro bianco di fine 2007 si legge come la Commissione sia del parere che “a beneficio di tutte le parti interessate (consumatori, investitori, azionisti dell’erogatore del mutuo ecc.) gli erogatori e gli intermediari di mutui ipotecari dovrebbero essere tenuti a valutare adeguatamente, con tutti i mezzi appropriati, il merito del credito dei mutuatari prima della concessione di un mutuo ipotecario”.

alla precedente quarta sezione del presente lavoro, per la trattazione dell'argomento.

Altre misure attendono un'attuazione o, comunque, una discussione approfondita a livello di singoli Stati o anche a livello comunitario, pur essendo state oggetto di dibattito nel mondo accademico nazionale ed europeo.

Tra esse, un'importanza preminente è sicuramente da attribuire all'Euroipoteca, ossia un peso fondiario (evidentemente modellato sull'ipoteca del proprietario, da tempo concepita nel codice germanico) non accessorio che legittima il suo titolare a ricevere il pagamento di una somma di denaro, precisandosi che il suo impiego, di regola, sarà accompagnato da un accordo relativo alla garanzia, autonomo rispetto al contratto di finanziamento, ancorché spesso contenuto nel medesimo documento, in pratica una garanzia non accessoria che, in evidente antitesi con i principi storici del diritto privato, prende vita a prescindere dall'esistenza del credito, quindi azionabile dal beneficiario, senza l'onere di provare alcunché circa il credito⁶⁷³.

Punto di partenza per approfondire i suggerimenti proposti in sede comunitaria, almeno a livello dei libri citati, è la considerazione comune a tutta la dottrina europea, fondata su regole economiche, prima ancora che giuridiche, per le quali l'accoglimento rigido del principio di accessorialità dell'ipoteca tutela in modo massiccio il singolo creditore ipotecario, specie in sede di espropriazione forzata dell'immobile, anche se questi non potrà monetizzare il proprio diritto di garanzia, senza che si spogli al contempo del proprio credito. Al contrario, quanto minore è l'accoglimento del dogma dell'accessorialità, come avviene in Germania, più libera - ma, sia detto per inciso, maggiormente rischiosa e poco cautelativa specie verso il debitore in quanto non potrà sapere con anticipo e in modo tendenzialmente definitivo quale sarà il suo creditore avente ipoteca sul suo immobile e anche verso lo stesso creditore ipotecario che potrebbe disfarsi troppo a cuor leggero dell'ipoteca - sarà la circolazione della garanzia e maggiormente ricco il mercato del credito garantito da immobili⁶⁷⁴. Senza contare che le regole attuali dei paesi latini, informati strettamente al principio dell'accessorialità ipotecaria, determinano quale controindicazione la fattuale incommerciabilità del bene così gravato, il tutto con evidente sacrificio di interessi generali alla rapida circolazione della ricchezza, anche immobiliare.

Questo percorso legislativo radicale, come si è precedentemente notato, non è stato fatto proprio, o è stato fatto proprio solo parzialmente, dal riformatore transalpino del 2006, in quanto l'ipoteca ricaricabile non è un'ipoteca astratta, quanto meno nel momento della sua genesi, ma in potenza può diventarla al momento della ricarica.

673 In questo senso cfr. FUSARO, *Le linee di tendenza del diritto europeo dell'ipoteca: euroipoteca e ipoteca ricaricabile*, in *Banca borsa titoli di credito*, 5/2009, 560.

674 Cfr. CHIANALE, *L'ipoteca* cit., 56.

5. È veramente necessaria una riforma dell'ipoteca in Italia?

La domanda, retorica ma non troppo, con cui inizia questo ultimo paragrafo della dissertazione, pone la questione di fondo che si è cercato di sviluppare nelle precedenti pagine. L'ipoteca, come tutte le garanzie reali di derivazione romanistica, lo si è ripetuto varie volte in precedenza, è vincolata in modo estremamente rigido al principio dell'accessorietà. Così l'ipoteca può essere costituita solo in presenza di un credito e, in caso di estinzione di quest'ultimo, anch'essa viene meno; essa non ha un regime autonomo di circolazione, in quanto la cessione di ipoteca è un non senso giuridico per il nostro ordinamento; essa non può essere a sua volta oggetto di ipoteca, essendo vietata la c.d. sub ipoteca.

La forte importanza del principio di accessorietà, inoltre, emerge in modo particolarmente rilevante nell'ambito delle modificazioni soggettive del rapporto obbligatorio. Si è già sostenuto come il passaggio da un sistema, come quello romano, in cui la novazione soggettiva era lo sbocco obbligato per qualunque ipotesi di modificazione della persona del creditore ovvero del debitore a un sistema come quello moderno, tendenzialmente informato all'opposto principio della successione nel rapporto obbligatorio, ha avuto conseguenze non di poco momento limitatamente al diritto ipotecario. La garanzia, invece che estinguersi come avviene invece in qualunque fattispecie novativa, permane (e qui sta l'essenza del principio di accessorietà: la garanzia è strumentale a quel credito, qualunque sia la sua sorte), a condizione che, quanto al pegno (o ai privilegi speciali, c.d. pegno legale), sia trasferito il possesso della cosa data in garanzia, ovvero, quanto all'ipoteca, si proceda ad annotare il subentro nel diritto in virtù della vicenda negoziale del credito.

È dunque necessario per il nostro ordinamento aggiornarsi, eliminare o modificare in modo radicale caratteristiche di questo istituto, sedimentatesi nel corso dei secoli e frutto di una delle migliori tradizioni giuridiche?

Molto spesso si nota come le ragioni dell'economia debbano prevalere sui principi del diritto, per quanto essi siano radicati. Non è qui la sede per ripercorrere talune vicende giuridiche che hanno scosso dalle fondamenta principi condivisi (quasi sacri) del nostro ordinamento e che hanno determinato o possono determinare guasti forse irrimediabili alle sorti economiche nazionali, per il cui sviluppo, in realtà, erano state suggerite. Quante volte, inoltre, si legge che l'ordinamento giuridico italiano, nel settore del diritto privato (ma non

solo), sconta (o scontrerebbe) ritardi rispetto a quelli di ordinamenti limitrofi.

A parere di chi scrive la prudenza è sempre necessaria quando si tratta di scalfire (per non parlare di quando si tratta di demolire) istituti o caratteri essenziali di istituti di così rilevante importanza e di così antica formazione, perché i rischi - accuratamente smussati e talvolta prevenuti dall'opera incessante di affinamento degli stessi condotta dai migliori pensatori che si sono avvicendati nel panorama del diritto - possono riemergere prepotentemente, con conseguenze talvolta anche gravi.

Nell'ambito del settore ipotecario, lo si è precedentemente notato, il mercato chiede, ripetutamente, maggiore flessibilità e tende a sviluppare un mercato delle ipoteche non inferiore a quello delle proprietà. Si prenda l'esempio dell'introduzione dell'ipoteca del proprietario di diritto germanico. Si tratta di un istituto che attribuisce al proprietario, che costituisce sul medesimo, un diritto ipotecario (magari con prelazione di grado maggiore) un potere enorme, ossia quello di offrire il titolo al migliore offerente. Lo sviluppo di un mercato delle ipoteche sarebbe immediatamente costituito, con i rischi che l'attuale crisi finanziaria ha evidenziato in modo chiaro.

Anche l'ipoteca ricaricabile alla francese presenta rischi e controindicazioni di non scarsa importanza. I rischi di abuso, perfettamente leciti, sono incombenti e potenzialmente gravissimi per la stabilità dei Registri immobiliari. Non si può fare a meno di notare come sia semplice riuscire, con l'espedito dell'ipoteca ricaricabile, riuscire a iscriverne una in favore di creditori simulati, al fine di pregiudicare con frode le ragioni dei creditori effettivi. In questo caso, la tutela giurisdizionale assicurata dall'esercizio vittorioso delle azioni poste a sostegno del creditore (tipicamente la revocatoria) potrebbe sì garantire tutele al creditore frodato, ma è evidente come esse sarebbero sottoposte all'inevitabile alea dei giudizi, oltre che ai tempi e ai costi, notoriamente dilatati della giustizia italiana.

Non sembra perciò così peregrina la possibilità che un istituto, come quello in oggetto, che ha come fine quello di sviluppare il mercato immobiliare possa condurre a effetti paradossali, come quello di comprimere lo sviluppo del ricorso al credito, specie quello di origine bancaria, a causa delle minori certezze che si avrebbero in ordine alla garanzia (peraltro in Italia ciò avrebbe conseguenze ancora più gravi che in Francia, ove l'impiego dell'ipoteca nel mercato immobiliare non è massiccio così come nel mercato italiano).

Probabilmente un giusto compromesso è proprio quello che si sta delineando in questi tempi e che sta portando a un sistema bifasico, in virtù del quale si ha una notevole flessibilità quanto alle garanzie personali, aventi quale unico riferimento il patrimonio del garante, che possono essere autonome rispetto all'obbligazione garantita fino al punto dell'astrazione (che contraddistingue il noto contratto autonomo di garanzia), a fronte di una maggiore rigidità delle garanzie reali, connaturata anche alle caratteristiche dell'essere legate a beni per

i quali si pongono in modo prepotente le problematiche relative alla libertà di alienazione e di circolazione della ricchezza⁶⁷⁵.

Alla luce di queste considerazioni, la risposta alla domanda con cui si inaugurava questo paragrafo deve essere probabilmente negativa.

Si ritiene che la strada tracciata dal legislatore con la riforma della portabilità Bersani sia, a parere di chi scrive, probabilmente la strada più giusta per cercare di contrastare, nel rispetto però di principi irrinunciabili di certezza del diritto, quel declino dello strumento delle garanzie immobiliari che si è da più parti denunciato. Non è un caso che il libro bianco del 2007, a differenza del libro verde del 2005 caratterizzato da una più marcata deregolamentazione, ponga la propria attenzione sui meccanismi di circolazione del credito ipotecario, richiedendone una loro diversa regolamentazione, all'insegna dell'incentivo alla stipulazione di contratti. In Italia, la risposta data è stata quella di introdurre la portabilità dell'ipoteca, ai sensi dell'art. 120 *quater* T.U.B..

Tuttavia, il successo solo parziale di questa riforma è legato a due fattori: il primo di natura giuridica, il secondo, invece, di natura esclusivamente economica.

Per correggere il primo sono certamente auspicabili interventi migliorativi da parte del legislatore. Si tratta delle questioni connesse all'opponibilità, generalmente ammessa, da parte del debitore verso il nuovo creditore, delle eccezioni fondate sul rapporto obbligatorio originario con il precedente creditore e della natura giuridica di tipo costitutivo dell'annotazione ipotecaria. Per quanto concerne soprattutto questo secondo profilo di criticità (il primo infatti è generalmente risolto con apposita clausola contrattuale con cui il debitore rinuncia in via preventiva all'opponibilità di eccezioni fondate sul precedente rapporto), il legislatore dovrebbe avere il coraggio di superare un orientamento radicato soprattutto nella giurisprudenza, ma il cui fondamento giuridico è labile. Un intervento normativo di questo tenore, inoltre, avrebbe evidentemente risvolti generali, per tutte le ipotesi negoziali che danno vita ad annotazione dell'ipoteca, e costituirebbe un approdo naturale per il meccanismo meramente successorio delle modificazioni soggettive del rapporto obbligatorio.

Per quanto concerne il secondo profilo, quello economico, che affonda le radici nella

675 Un utile punto di partenza su cui sviluppare un percorso di riforma che sia veramente equilibrato può essere la proposta lanciata da FUSARO, *L'ipoteca a garanzia di crediti eventuali e futuri*, in *La nuova disciplina dei mutui ipotecari. Il ruolo del notaio e la prassi bancari* a cura della Fondazione Italiana per il Notariato, ilSole24ore, 2009, 108. Secondo l'autore una possibile via di mezzo tra l'ipoteca rigidamente accessoria all'italiana e l'ipoteca ricaricabile alla francese potrebbe essere la costituzione di un'ipoteca risultante da un procedimento a formazione progressiva che muova da un atto unilaterale con cui il garante consente l'iscrizione dell'ipoteca a favore di un soggetto, senza indicare credito né somma. Esso verrebbe consegnato al creditore, il quale poi lo potrebbe usare per il titolo che ritiene, depositandolo insieme ad una nota dallo stesso formata, dove menzionerebbe l'obbligazione – inclusiva della sua fonte – e la somma, utilizzando in senso dilatato il potere gestorio di cui l'art. 2838 c. 1 c.c. lo investe (ossia l'affidamento al creditore della fissazione della somma di denaro per cui l'iscrizione è eseguita, nel caso in cui non sia determinata negli atti in base ai quali è eseguita l'iscrizione o in atto successivo.

gravissima crisi del credito bancario e nella restrizione della concessione di prestiti a imprese e consumatori, è evidente come il legislatore difficilmente possa andare oltre una normativa di incentivo, così come solo un miglioramento futuro dell'economia globale (giacché la crisi bancaria attuale è ovviamente sistemica e internazionale) e solo il ritorno della fiducia sulla solvibilità stessa degli istituti bancari potrà migliorare la situazione (in questo senso ben più che le istituzioni costituzionali politiche italiane, un ruolo più incisivo potrà essere svolto dalle autorità creditizie comunitarie e mondiali).

In estrema conclusione del lavoro, si può giungere alle seguenti considerazioni. Le riforme del diritto ipotecario possono essere senz'altro perfezionate e migliorate, partendo, tuttavia, da quanto già è stabilito nel codice, senza assecondare tentazioni di *tabulae rasae*, dietro alle quali si celano pericoli seri da prendere in considerazione.

Si ritiene, da ultimo, che due debbano essere i capisaldi di qualunque intervento riformatore. Il primo è costituito dalla certezza delle risultanze dei pubblici Registri. A tale fine, anche per scongiurare i rischi connessi agli orientamenti giurisprudenziali in tema di annotazione ipotecaria, appare opportuno un incremento delle dotazioni a favore delle Agenzie del Territorio, in modo tale che, specie per le realtà di maggiori dimensioni, l'espletamento delle formalità non sia così lento. È evidente come il puntuale e preciso aggiornamento dei registri sia probabilmente il migliore incentivo allo sviluppo del mercato del credito, entro una cornice di sicurezza e stabilità delle transazioni.

Il secondo, in fondo strumentale al primo, è costituito dalla valorizzazione della funzione notarile⁶⁷⁶. È noto come gli ordinamenti di *civil law*, dotati di un sistema notarile di tipo latino con notaio terzo rispetto alle parti grazie alla sua qualifica di pubblico ufficiale (che lo avvicina al ruolo del *iudex intra volentes*), abbiano conosciuto una minore incidenza di casi di frodi ipotecarie (in Italia, si tratta di ipotesi del tutto marginali) che, invece, hanno falciato i sistemi anglosassoni. Destruire o minare la funzione pubblica esercitata dal notaio, a parere di chi scrive, non sembra essere una politica legislativa tale da consentire alcun miglioramento, duraturo e sano, del mercato immobiliare e ipotecario italiano.

Come si potrà apprezzare non si tratta di alcunché di eclatante e degno di roboanti titoli di quotidiani, facile grimaldello per la conquista del consenso politico, ma di un'amministrazione seria dell'esistente e di miglioramento di quanto già si ha, che non è, come spesso si ha la tentazione di sostenere, soprattutto in Italia, affatto da disprezzare. E,

⁶⁷⁶ Non è un caso che anche negli Stati Uniti si stia studiando, anche con l'ausilio di taluni rappresentanti del notariato italiano, l'introduzione a livello statale (in questo caso alcuni Stati dell'Unione, come la Florida sono già all'avanguardia) e federale di un sistema di controlli preventivo della legalità degli atti di trasferimento dei diritti immobiliari, con l'introduzione di una figura professionale per taluni versi analoga a quella del notaio latino. L'obiettivo politico è quello di impedire le gravi truffe ipotecarie che hanno scatenato la crisi dei mutui *subprime* a partire dal 2006. Si veda in proposito l'articolo apparso sul quotidiano *ilSole24ore* del 12 febbraio 2012, p. 13 a firma di E. DI CARO, *Frodi sui mutui, task force in Usa*.

come insegnava un dotto poeta dell'Ottocento, “lo straordinario ci par grande: se sia poi più grande dell'ordinario astrattamente parlando, non lo so”⁶⁷⁷.

⁶⁷⁷ G. LEOPARDI, *Zibaldone dei pensieri - Pensieri di varia filosofia e di bella letteratura*, consultabile sul sito http://it.wikisource.org/wiki/Pensieri_di_varia_filosofia_e_di_bella_letteratura/14

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *Il contributo del notariato per l'attuazione delle semplificazioni in tema di mutui ipotecari*, collana *I Quaderni della Fondazione italiana per il notariato* ilSole24ore, 2008
- AA.VV., *La nuova disciplina dei mutui ipotecari. Il ruolo del notaio e la prassi bancaria*, collana *I Quaderni della Fondazione italiana per il notariato* ilSole24ore, 2009
- AA.VV., *Mutui ipotecari. Riflessioni giuridiche e tecniche contrattuali*, Atti del convegno di Bergamo promosso dal Consiglio Nazionale del Notariato il 13 novembre 1998, Milano, 1999
- AA. VV. *Trattato breve delle Successioni e Donazioni* a cura di Rescigno, Padova, 2010
- AA.VV., *Tutela dell'acquirente degli immobili da costruire: applicazione del d.lgs. 122/2005 e prospettive*, testo reperibile sul sito <http://elibrary.fondazione-notariato.it/indice.asp?pub=1&mn=3>
- ALLARA, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, vol. I, Torino 1953
- AMORESANO – FERRENTINO – FERRUCCI, *La tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire ed istituti collegati*, Milano, 2008
- ANDREOLI, *Contributo alla teoria dell'adempimento*, Padova, 1937
- ANDREOLI, *Delegazione privativa e delegazione di pagamento*, in *Rivista di diritto civile*, 1934
- ARTIZZU, *La delegazione attiva*, in *Le modificazioni soggettive del rapporto obbligatorio* a cura di Bosetti, Torino, 2010
- AUCIELLO – BADIALI – IODICE – MAZZEO, *La volontaria giurisdizione e il regime patrimoniale della famiglia: manuale e applicazioni pratiche dalle lezioni di Guido Capozzi*, Milano, 2000
- AURICCHIO, voce *Autorizzazione (dir. priv.)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1959, vol. IV
- BALBI, *La donazione*, in *Trattato di diritto civile* diretto da Grosso e Santoro Passarelli, Milano, 1964
- BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, II, Torino, 1965
- BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 1994
- BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, vol. II, Milano, 1953
- BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni – vol. III, 2*, Milano, 1955
- BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni – vol. IV*, Milano, 1955
- BEVILACQUA – LABRIOLA, *Codice del consumo: clausole vessatorie nei contratti di mutuo bancario ed intervento del notaio*, Studio n. 237-2006/C del Consiglio Nazionale del Notariato approvato in data 13 maggio 2006 consultabile sul sito

<http://www.notariato.it/it/primo-piano/studi-materiali/contratti-codice-consumo.html>

BIANCA, *Diritto civile 1 La norma giuridica – I soggetti*, Milano, 2002

BIANCA, *Diritto civile 2 La famiglia – Le successioni*, Milano, 2005

BIANCA, *Diritto civile 3 Il contratto*, Milano, 2000

BIANCA, *Diritto civile 4 L'obbligazione*, Milano, 1993

BIANCA, *Diritto civile 5 La responsabilità*, Milano, 1994

BIANCA, *Il debitore e i mutamenti del destinatario del pagamento*, Milano, 1963

M. BIANCA, *Atto negoziale di destinazione e separazione*, in *Atti di destinazione e trust* a cura di Vettori, Padova, 2008

BIANCHI, *Dei privilegi e delle cause di prelazione del credito in generale*, Napoli, 1907

BIGIAMI, *La delegazione*, Padova, 1940

BIGLIAZZI GERI, *Contributo alla teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Padova, 1967

BIGLIAZZI GERI, *Delle successioni testamentarie (commento agli artt. 587 – 600 c.c.)*, in *Commentario del codice civile Scialoja – Branca*, Bologna – Roma, 1993

BIGLIAZZI GERI, voce *Patrimonio autonomo e separato*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXII, Milano, 1982

BISCONTI, *Fideiussione omnibus*, in *I Contratti*, 1995

BOERO, *Le ipoteche*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale* a cura di Bigiavi, Torino, 1999

BOGGIALI, *Accollo di debito di società in liquidazione da parte dei soci*, in C.N.N. (Consiglio Nazionale del Notariato) *Notizie*, Notiziario del 26 settembre 2007

BOGGIALI- RUOTOLO, *Pegno su quota di società di persone*, Studio n. 152-2008/I approvato dalla Commissione Studi di Impresa del Consiglio Nazionale del Notariato il 19 marzo 2009 reperibile sul sito <http://www.notariato.it/it/primo-piano/studi-materiali/studi-materiali/societa-persone/152I.pdf>

BONILINI, *Autonomia testamentaria e legati: i legati così detti atipici*, Milano, 1990

BOSCO, *Portabilità e rinegoziazione dei mutui*, in *Giurisprudenza di merito*, 2010

BOVE, *La misura coercitiva di cui all'art. 614 bis c.p.c.*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2010

BRANCA, *Delle obbligazioni artt. 1960 – 1991*, a cura di Fragali – D'Onofrio – Salvi – Branca, in *Commentario del codice civile Scialoja – Branca*, Bologna-Roma, 1974

BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato* a cura di Iudica – Zatti, Milano, 1991

BRIGANTI – VALENTINO, *Le vicende delle obbligazioni La circolazione del credito e del debito*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del notariato* diretto da

Perlingieri, Napoli, 2007

CAMPOBASSO, *Diritto commerciale 1 Diritto dell'impresa*, Torino, 2003

CAMPOBASSO, *Diritto commerciale 3 Contratti Titoli di credito Procedure concorsuali*, Torino, 2008

CAPITANT, *De la cause des obligations*, Parigi, 1927

CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano, 2002

CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano, 2009

CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, in *Studi in onore di Chiovenda*, Padova, 1927

CARPINO, *Del pagamento con surrogazione*, Art. 1201 – 1205 c.c., in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja – Bianca, 1988

CARRESI, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* Cicu – Messineo, Milano, 1987

CARRESI, voce “*Debito (successione nel)*”, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1962, vol. XI

CATTANEO, *Mora del creditore*, in *Commentario del codice civile* Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1973

CEOLIN, *La c.d. portabilità dei mutui e la cancellazione semplificata delle ipoteche nel decreto Bersani bis*, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 2008

CERINI, *Il prestito vitalizio ipotecario: legal transplant in cerca di definizione*, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 2006

CHIANALE, *L'ipoteca*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco – *I diritti reali* vol. VI, Torino, 2010

CIAN - TRABUCCHI, *Commentario breve al codice civile* Padova, 2004

CICALA, *L'adempimento indiretto del debito altrui*, Napoli, 1948

CICALA, *Saggi sull'obbligazione e le sue vicende*, Napoli, 2008

CICALA, voce “*Accollo*”, in *Enciclopedia del diritto*, vol. I, Milano, 1958

CICCARELLO, voce *Pegno (dir. priv.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXII, Milano, 1982

CICCARELLO, voce *Privilegio*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1985, vol. XXXIV

CICU, *Il testamento*, Milano, 1951

CONDÒ, *Condizioni generali di contratto, clausole vessatorie, clausole abusive e intervento del notaio*, in *Federnotizie*, 2/1997

COSTI, *Il mercato mobiliare*, Torino, 2000

COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna, 2001

COVIELLO, *Della successione nei debiti a titolo particolare*, in *Archivio giuridico*, 1896

CUFFARO, *Il testamento*, in *Trattato breve delle Successioni e Donazioni*, Padova, 2010

DALLA – LAMBERTINI, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 1996

D'AMELIO, voce *Apparenza del diritto*, in *Nuovo Digesto italiano*, 1937

DELLA CORTE, *Il contratto autonomo di garanzia nella giurisprudenza di legittimità: un passo avanti e due indietro*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2003

DE LUCA – COGLIANDRO – D'AURIA – RONZA, *Dei singoli contratti vol. II*, Milano, 2002

DE MARTINI, *Girata di cambiale ipotecaria e trasferimento dell'ipoteca*, in *Banca borsa titoli di credito*, 1949

DE MATTEIS, *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati : promesse di vendita, preliminari per persona da nominare e in favore di terzo*, Padova, 1991

DE NOVA, *Il contratto alieno*, Torino, 2010

DE RUGGIERO – MAROI, *Istituzioni di diritto privato*, vol. II, Milano - Messina, 1952

DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale*, Padova, 2000

DIANA, *La surrogazione*, in *Giurisprudenza critica*, collana diretta da Cendon, Torino, 2003

E. DI CARO, *Frodi sui mutui, task force in Usa*, ilSole24ore del 12 febbraio 2012, p. 13

DIENER, *Il contratto in generale*, Milano, 2002

DI MAURO, *Le disposizioni testamentarie modificative ed estintive del rapporto obbligatorio*, Milano, 2005

DISTASO, *Modificazioni soggettive e oggettive dell'obbligazione*, in *Banca borsa titoli di credito*, 1967

DONATI, *Causalità ed astrattezza nella delegazione*, Padova, 1973

DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972

DUCCESCHI, *L'ipoteca del proprietario*, Milano, 1904

DUPIN AINÉ, *Oeuvres de R.J. Pothier contenant les traites du droit français* tomo V, Bruxelles, 1831

FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milano, 1947

FALZEA, voce *Apparenza*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. I, Milano, 1958

FAUSTI, *Anticipata estinzione del mutuo e portabilità dell'ipoteca (articoli 7, 8 e 8 bis della legge 2 aprile 2007 n. 40)*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2007

FAUSTI, *Atto di consenso alla surrogazione*, in *Notariato*, 2009

FAUSTI, *La rinegoziazione dei mutui*, in *Banca borsa titoli di credito*, 2008

FAUSTI, *Mutui e clausole vessatorie*, in *Notariato*, 2007

FERRARA JR., *La teoria giuridica dell'azienda*, Milano, 1982

G. FERRI JR. - G. GUIZZI, *Il progetto di fusione e i documenti preparatori. Decisione di fusione e tutela dei creditori*, in *Il nuovo diritto delle società. Vol. IV - Scioglimento. Trasformazione. Fusione. Scissione. Società cooperative*, a cura di Abbadessa – Portale, Torino, 2007

G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966

L. FERRI, *Della trascrizione*, in *Commentario del codice civile Scialoja – Branca*, Bologna – Roma, 1966

FINAZZI, *La cessione del credito*, in *La circolazione del credito. Tomo I - Cessione - 'Factoring' – Cartolarizzazione*, a cura di Alessi – Mannino, facente parte del *Trattato delle obbligazioni* a cura di Garofalo – Talamanca, Padova, 2008

FIorentINI, *La riforma francese delle garanzie reali*, in *Notariato*, 2006

FORCHIELLI, *I contratti reali*, Milano, 1952

FRAGALI, *Del mutuo*, in *Commentario del codice civile Scialoja – Branca*, Bologna – Roma, 1966

FRANZONI, *Degli effetti del contratto – Artt. 1374 – 1381*, in *Il Codice civile. Commentario*, diretto da Schlesinger, vol. II, Milano, 1999

FRANZONI, *Dei fatti illeciti Art. 2043 – 2059*, in *Commentario al codice civile Scialoja – Branca*, a cura di Galgano, Bologna – Roma, 1993

FRANZONI, *Le obbligazioni – I L'obbligazione in generale (1173 – 1320 c.c.)*, Torino, 2004

FREZZA, *Il divieto di “venire contro il fatto proprio”*, Milano, 2007

FUSARO, *Le linee di tendenza del diritto europeo dell'ipoteca: euroipoteca e ipoteca ricaricabile*, in *Banca borsa titoli di credito*, 2009

E. GABRIELLI, *Garanzie rotative, garanzie fluttuanti e trust*, studio reperibile sul sito http://www.il-trust-in-italia.it/Relazioni/Congresso_2002/Gabriellidef.pdf

GALGANO, *Atlante di diritto privato comparato*, Bologna, 1992

GALGANO, *Degli effetti del contratto Della rappresentanza Del contratto per persona da nominare*, in *Commentario del Codice civile Art.1372 – 1405 Scialoja – Branca*, a cura di Galgano, Bologna – Roma, 1993

GALGANO, *Delle persone giuridiche artt. 11 – 35*, in *Commentario al codice civile Scialoja – Branca*, 2006

GALGANO, *Diritto privato*, Padova, 1999

GALGANO, *I fatti illeciti*, Padova, 2008

GALGANO, *Il negozio giuridico*, Milano, 1988

GALGANO, *La società per azioni*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, VII, Padova, 1988

GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna, 2001

GALGANO, *Istituzioni di diritto privato*, Padova, 2010

GALGANO, *Trattato di diritto civile*, vol. I, Padova, 2010

GALGANO, *Trattato di diritto civile*, vol. II, Padova, 2010

GALGANO, *Trattato di diritto civile*, vol. III, Padova, 2010

GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2006

GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645 ter c.c.*, reperibile sul sito http://judicium.it/news/ins_08_04_06/Gazzoni,%20nuovi%20saggi.html

GAZZONI, *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista "non vivente" su trust e trascrizione)*, in *Rivista del notariato*, 2001

GENGHINI, *La volontaria giurisdizione*, Padova, 2006

GENOVESE, *Il contrasto delle pratiche commerciali scorrette nel settore bancario*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2011

GENTILI, *Teoria e prassi nella portabilità dei contratti di finanziamento bancario*, in *I Contratti*, 2007

G. GIACOBBE, voce "Frode alla legge" in *Enciclopedia del diritto*, vol. XVIII, Milano, 1969

G. GIACOBBE – D. GIACOBBE, *Della delegazione dell'espromissione e dell'accollo*, in *Commentario del codice civile Scialoja – Branca*, a cura di Galgano, Bologna – Roma, 1992

GIAMPICCOLO, voce *Mutuo*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXVII, Milano, 1977

GIAMPIERI, *Il decreto sulle liberalizzazioni. La portabilità del mutuo, le intenzioni del legislatore e gli effetti (forse indesiderati) della norma*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2007

GIANOLA, voce *Surrogazione (pagamento con)*, in *Digesto delle discipline privatistiche – Sezione civile*, vol. XIX, Torino 1999

GIGLIOTTI, *Il prestito vitalizio ipotecario: un reverse mortgage all'italiana?*, in *Il Corriere del Merito*, 2011

GIORGIANNI, voce "Causa del negozio giuridico (dir. priv.)", in *Enciclopedia del diritto*, vol. VI, Milano, 1960

GIORGIANNI, voce *Obbligazione (diritto privato)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XI, Torino, 1965

GIULIANO, *Assunzione del debito*, in *Le obbligazioni – Diritto sostanziale e processuale* a cura di Fava, Milano, 2008

GORLA – ZANELLI, *Del pegno Dell'ipoteca*, tratto dal *Commentario del codice civile Scialoja – Branca*, Bologna – Roma, 1992

INZITARI, voce *Interessi*, in *Digesto delle discipline privatistiche – Sezione civile*, Torino, 1993

IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, Milano, 1967

JANNUZZI – LOREFICE, *Manuale della volontaria giurisdizione*, Milano, 2004

LENZI, *La donazione obbligatoria*, in *Trattato breve delle Successioni e Donazioni* a cura di Rescigno, Padova, 2010

LOBUONO – LOPS - MACARIO, *Tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da*

costruire, Milano, 2008

LUCATTELLI, *Le vicende dell'ipoteca cambiaria. Il ruolo dell'annotazione sul titolo cambiario*, in *Notariato*, 2010

LUCCHESI, *Rilievi critici sulla natura giuridica della surrogazione*, in *Vita notarile*, 1975

LUMINOSO, *La trascrizione del contratto preliminare: regole e dogmi*, a cura di Luminoso – Palermo, Padova, 1998

LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, Padova, 2010

MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996

MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, vol. III, Torino, 2011

MAGAZZÙ, voce *Clausola penale*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. VII, Milano, 1960

MAGAZZÙ, voce *Novazione*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXVIII, Milano, 1978

MAGAZZÙ, voce “*Surrogazione reale*”, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLIII, Milano, 1990

MAGINI, *La surrogazione per pagamento nel diritto civile italiano: studio sulle obbligazioni*, Firenze, 1923

MANCINI, *Delegazione, espromissione, accollo*, in *Trattato di diritto privato* vol. IX a cura di Rescigno, Torino, 1984

MARASCO, *La rinegoziazione del contratto*, Padova, 2006

MARICONDA, *Condizioni generali di contratto e atto pubblico*, in *Clausole abusive e direttive comunitarie*, a cura di Cesaro, Padova, 1994

MASI, *Dei legati artt. 649 - 673*, in *Commentario del codice civile* Scialoja – Branca, Bologna – Roma, 1979

MATTEI, *Liberalizzazioni, mercati e legalità*, in *Notariato*, 2012

MENZIONI, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca borsa, titoli di credito*, 1997

MESSINEO, *Il contratto*, vol. II in *Trattato di diritto civile* Cicu – Messineo, Milano, 1972

MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III vol., Milano, 1959

MESSINEO, voce *Contratto (dir. priv. - teoria generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, vol. IX, 1961

MICCIO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario del Codice civile*, Torino, 1961

MICHELI, *Dell'esecuzione forzata*, in *Tutela dei diritti artt. 2900 – 2969 c.c.*, in *Commentario del codice civile* Scialoja – Branca, Bologna – Roma, 1962

MINUSSI, *Il rapporto obbligatorio*, Napoli, 2006

MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, vol. III, in *Commentario del codice civile*, Torino, 1980

MONTICELLI, *Il sistema delle nullità contrattuali e la funzione notarile*, in *Notariato*, 2010

MOSCARINI, voce *Prelazione*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1985, vol. XXXIV

MOSCHELLA, *Contributo alla teoria dell'apparenza giuridica*, Milano, 1973

NATALI, *Considerazioni in materia di surroga del mutuo ipotecario e sua prassi applicativa*, in *Il Quotidiano giuridico – quotidiano di informazione e approfondimento giuridico*, n. 3/2/2010

NATOLI, *La regola della correttezza e l'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Studi sulla buona fede*, Milano, 1975

NICOLÒ, commento all'art. 2741 c.c. in *Commentario del codice civile Scialoja – Branca, Tutela dei diritti art. 2740 – 2899 c.c.*, Bologna – Roma, 1955

NICOLÒ, *Il negozio delegatorio*, Milano, 1932

NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936

NICOLÒ, *La vocazione ereditaria diretta e indiretta*, in *Annali dell'Università di Messina*, 1933-1934

NICOLÒ, voce “Adempimento”, in *Enciclopedia del diritto*, vol. I, Milano, 1958

NICOLÒ, voce *Successione nei diritti*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1971, vol. XVIII

NOBILI, *Le obbligazioni*, Milano, 2001

PACCHIONI, *Delle obbligazioni in generale*, Padova, 1935

PACCHIONI, *La successione singolare nei debiti e le teorie germanistiche sul concetto dell'obbligazione*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1911

PACCHIONI, *Obbligazioni e contratti* a cura di Grasseti, Padova, 1950

PACCHIONI, *Trattato delle obbligazioni*, Torino, 1927

PADOLECCHIA, *Nessun obbligo di annotazione degli atti di rinegoziazione dei mutui bancari*, in *Notariato*, 2008

PANUCCIO, *La cessione volontaria dei crediti nella teoria del trasferimento*, Milano, 1955

PANUCCIO, voce *Cessione dei crediti*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. VI, Milano, 1960

PATTI, *Codificazioni ed evoluzione del diritto privato*, Bari, 1999

PATTI, *Della prova documentale*, in *Commentario del codice civile Scialoja – Branca* a cura di Galgano, artt. 2699 - 2720, Bologna – Roma, 1996

PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti (artt. 1260 – 1267 c.c.)*, in *Commentario del codice civile Scialoja – Branca*, Bologna – Roma, 1982

PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Commentario del codice civile Scialoja – Branca*, Bologna – Roma, 1975

PERSICO, voce *Anticresi*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. II, Milano, 1958

PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione*, reperibile sul sito <http://www.gaetanopetrelli.it/catalog/documenti/00000223/2006%20-%20La%20trascrizione%20degli%20atti%20di%20destinazione.pdf>

PETRELLI, *Formulario notarile commentato*, vol. I, Milano, 2001

PETRELLI, *L'autenticità del titolo della trascrizione nell'evoluzione storica e nel diritto comparato*, in *Rivista di diritto civile*, 2007

PETRELLI, *Gli acquisti di immobili da costruire*, Milano, 2006

PINELLI, *Atti di destinazione, trust e responsabilità del debitore*, Milano, 2007

PLASMATI, *La trasformazione eterogenea in comunione d'azienda e in altre entità prive di continuità d'impresa*, Padova, 2010

PONT, *Commentario ossia trattato dei privilegi e delle ipoteche*, in *Spiegazioni teorico – pratica del Codice Napoleone* a cura di MARCADÈ-PONT, annotata da GOLIA, X, 1, Napoli, 1883

PORTALE, *Nuovi sviluppi del contratto autonomo di garanzia*, in *Banca borsa titoli di credito*, 1985

POTHIER, *Coutume d'Orleans*, in *Oeuvres complètes de Pothier*, II, Paris, 1835

POTHIER, *Traité du contrat de vente selon les règles tant du for de la conscience que du for extérieur*, Parigi, 1762

PUGLIATTI, *I fatti giuridici*, Milano, 1945

PUGLIATTI, *Il rapporto giuridico unisoggettivo*, in *Diritto civile. Metodo. Teoria. Saggi*, Milano, 1951

PUGLIATTI, voce *Autoresponsabilità*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. IV, Milano, 1959

QUAGLIARIELLO, voce “*Espromissione*”, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. VI, Torino, 1960

RAVAZZONI, *Le ipoteche*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu-Messineo-Mengoni continuato da Schlesinger, Milano, 2006

RAVAZZONI, *Tutela dei diritti 2*, in *Trattato di diritto privato* a cura di Rescigno vol. XX, Torino, 1998

RAZZINO, *Il prestito ipotecario vitalizio (reverse mortgage)*, in *Notiziario CNN* del 7 marzo 2006

RE – SCALISI, *La nuova disciplina degli acquirenti di immobili da costruire D. Lg. 20 giugno 2005, n. 122*, Torino, 2006

RESCIGNO, *La persona giuridica “unico azionista” (Nota attorno all’art. 2362 c.c.)*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 1971

RESCIGNO, *La successione a titolo universale e particolare*, in *Trattato breve delle Successioni e Donazioni*, a cura di Rescigno, coordinato da Ieva, Padova, 2010

RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 1993

RESCIGNO, *Studi sull'accollo*, Milano, 1958

RESCIGNO, voce *Delegazione (dir. civ.)*, in *Enciclopedia del diritto* vol. XI, Milano, 1962

RESCIGNO, voce *Novazione (dir. civ.)*, in *Novissimo Digesto Italiano* vol. XI, Torino, 1965

ROCCO, *Il fallimento*, Torino, 1917

RODOTA', voce "Espromissione", in *Enciclopedia del diritto*, vol. XV, Milano, 1966

ROLLI, *L'espromissione e la liberazione del debitore originario*, Padova, 1995

ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato Iudica – Zatti*, Milano, 2001

ROPPO, *Il contratto del Duemila*, Torino, 2011

ROPPO, voce "Responsabilità patrimoniale" in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXIX (vedere anno o sito Internet)

ROSELLI, *La prescrizione e la decadenza*, in *Diritto civile* vol. IV tomo II, *Attuazione e tutela dei diritti. L'attuazione dei diritti* a cura di Lipari coordinato da Zoppini, Milano, 2009

D. RUBINO, *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1971

D. RUBINO, *La responsabilità patrimoniale – I privilegi – Il pegno*, in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da F. VASSALLI, XIV, t. 1, 1956

D. RUBINO, *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1956

F. RUBINO, *Teoria dei patrimoni separati*, sul sito www.filodiritto.com

RUFFOLO, *Clausole "vessatorie" e "abusiva"*, Milano, 1997

RUFFOLO, *La responsabilità vicaria*, Milano, 1976

SACCO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile italiano*, Torino, 1975

SACCO – DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile* diretto da Sacco, Torino, 2004

SALANDRA, *Pegno irregolare di titoli e compensazioni nella procedura concorsuale*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 1934

SANTARCANGELO, *Atto di surroga di quota frazionata di mutuo*, in *Notariato*, 2008

SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1997

SCALFI, *L'idea di persona giuridica e le formazioni sociali titolari di rapporti nel diritto privato*, Milano, 1968

SIRENA, *Alcuni problemi sistematici in materia di c.d. portabilità del mutuo bancario o finanziario*, in *Il contributo del notariato per l'attuazione delle semplificazioni in tema di mutui ipotecari*, Atti del Convegno, a cura della Fondazione Italiana per il Notariato, ilSole24ore, 2008

SIRENA, *La "portabilità del mutuo" bancario o finanziario*, in *Rivista di diritto civile*, 2008

STEFANI, *Trascrizione a favore del trust: una nuova frontiera?*, in *Notariato*, 2011

TALAMANCA, voce "Delegazione (dir. rom.)", in *Enciclopedia del diritto*, vol. XI, Milano, 1962

TASSINARI – MALTONI, *La trasformazione delle società*, Padova, 2011

TASSINARI, *Portabilità del mutuo e surrogazione dopo l'articolo 8 del d.l. sulla concorrenza*, in CNN Notizie 30 gennaio 2007

TEDESCHI, voce *Anticresi*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. I, Torino, 1957

TESTA, *Le conseguenze del d.lgs. 141/2010 sui contratti di mutuo e sulle procedure di cancellazione delle ipoteche*, in *Immobili e proprietà*, 2010

TOMASSETTI, *Espromissione per obbligazione futura e fideiussione*, in *Obbligazioni e contratti*, 2009

TORRENTE – SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2004

TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1986

TROPLONG, *Il diritto civile spiegato secondo l'ordine degli articoli del codice dal titolo della vendita in poi – dei privilegi e delle ipoteche ovvero Commentario del titolo XVIII del Libro III del codice civile*, Livorno, 1836

TUCCI, *I privilegi*, in *Trattato di diritto privato n. 19 Tutela dei diritti* diretto da Rescigno, Torino, 1985

VANZETTI – DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, Milano, 2003

VARI, *La riforma dell'ipoteca convenzionale in Francia*, in *Rivista di diritto civile*, 2009

VASSALLI, *Motivi e caratteri della codificazione civile*, in VASSALLI, *Studi giuridici*, III, Milano, 1960

VETTORI, *La tutela dell'acquirente di immobili da costruire: soggetti, oggetto, atti*, in *Obbligazioni e contratti*, 2006

VIOTTI, *I nuovi strumenti giuridici di modifica dei contratti di mutuo*, in *Giurisprudenza di merito*, 2008

VISINTINI, *Trattato della responsabilità contrattuale vol. I, Inadempimenti e rimedi*, Milano, 2009.