

Alma Mater Studiorum – Università degli studi di Bologna

Dottorato di ricerca “Stato e persona negli ordinamenti
giuridici”:

Indirizzo diritto civile

Ciclo: XXV

Settore Concorsuale di afferenza: 12/A1 – DIRITTO PRIVATO

Settore Scientifico disciplinare: IUS/01 – DIRITTO PRIVATO

Trasmissibilità del mutuo, circolazione del credito e surrogazione

Tesi di Dottorato presentata da: Marta Baldini

Coordinatore Dottorato
Prof. Luigi Balestra

Relatore
Prof. Michele Sesta

Esame finale anno 2013

INDICE

INTRODUZIONE

Capitolo 1: Estinzione anticipata del credito e circolazione. La surrogazione per pagamento.

Premessa

1. La surrogazione per pagamento: nozione e collocazione sistematica

2. Costruzione dogmatica della surrogazione

3. La surrogazione per volontà del creditore

4. La surrogazione per volontà del debitore

5. La surrogazione legale. Cenni.

6. La surrogazione parziale

7. Le eccezioni opponibili e la circolazione delle garanzie

Capitolo 2: Il meccanismo di portabilità del mutuo e i rapporti con la surrogazione per volontà del debitore.

1. Inquadramento della fattispecie

2. Ambito applicativo e soggetti coinvolti

3. La forma della portabilità del mutuo

4. Rapporti con la surrogazione per volontà del debitore: le eccezioni opponibili

5. Il subentro nelle garanzie accessorie al credito. Cenni.

6. La nullità delle clausole impeditive ed onerose

7. La riduzione dei costi e i benefici fiscali

8. I doveri informativi e la collaborazione interbancaria

9. La rinegoziazione del mutuo

10. Gli aspetti tributari

Capitolo 3: La trasmissibilità delle garanzie: la portabilità dell'ipoteca

Premessa

1. La circolazione del credito e il trasferimento delle garanzie

2. Accessorietà e autonomia delle garanzie reali

3. La portabilità dell'ipoteca. L'annotamento a favore del nuovo debitore.

4. La posizione del garante e la tutela dei terzi creditori

Capitolo 4: Uno sguardo comparativo. Le linee di tendenza del diritto europeo: l'Euroipoteca e l'ipoteca ricaricabile

Premessa. Le ragioni di un confronto

1. Il diritto comunitario e la circolazione delle garanzie reali

2. Uno strumento per l'unificazione dei mercati: l'Euroipoteca

3. I rapporti tra la garanzia europea e l'ordinamento italiano

4. Le garanzie reali nel diritto francese

CONCLUSIONE

BIBLIOGRAFIA

Introduzione

Il lavoro affronta l'analisi della trasportabilità del mutuo, così come prevista dalla l. n. 40/2007, e successive modificazioni e integrazioni, al fine di comprenderne le modalità e gli effetti e di collocarla nel contesto codicistico. La ricerca ha inteso, più in particolare, individuare e risolvere alcuni problemi di inquadramento e di disciplina applicabile all'istituto regolato dall'art. 8 della citata legge definito a livello normativo come «portabilità del mutuo»; espressione che allude alla possibilità che colui il quale abbia precedentemente ottenuto un finanziamento provveda pur in presenza di un termine a favore del debitore o della non esigibilità del credito a rimborsare anticipatamente il capitale residuo alla banca, ovvero all'intermediario finanziario che lo aveva prestato, facendo subentrare nel contratto un nuovo finanziatore.

Il legislatore, con l'obiettivo di stimolare la concorrenza tra istituti bancari e tutelare al contempo le esigenze degli utenti più deboli del mercato finanziario – obiettivo fissato a livello europeo – fa ricorso all'istituto tradizionale della surrogazione per volontà del debitore, onde eliminare gli ostacoli che fino ad oggi si sono frapposti ad un suo ampio utilizzo nel mercato del credito. Uno dei principali strumenti di incentivo è costituito dalla possibilità per il nuovo creditore di surrogarsi nell'ipoteca accessoria al credito: sebbene l'art. 8 non sia stato limitato ai finanziamenti ipotecari, tali istituti costituiscono infatti il principale ambito di applicazione della normativa, la quale, più che la portabilità del mutuo, ha lo scopo di promuovere la portabilità dell'ipoteca,

intendendosi quest'ultima come la surrogazione del nuovo finanziatore nel credito ipotecario, ovvero più specificamente nell'ipoteca, ai sensi dell'art. 1202 c.c. Il soggetto finanziato, una volta rimborsato anticipatamente il finanziamento ottenuto dalla banca, stipula un autonomo contratto di mutuo con il nuovo finanziatore, il quale si surroga nell'ipoteca originaria a garanzia del credito spettantegli *ex novo*. Il legislatore ha inteso dunque adeguare gli istituti giuridici tradizionali alle esigenze pratiche di flessibilità del mercato del credito, lasciando tuttavia aperti taluni dubbi in merito ai principi fondamentali del diritto ipotecario. La portabilità dell'ipoteca si presenta invero quale istituto non privo di ambiguità e di problematiche irrisolte. Anche prima della riforma era infatti possibile procedere al trasferimento delle garanzie nell'ambito della surrogazione, attraverso l'annotazione della stessa *ex art.* 2843 c.c. Il legislatore da un lato non elimina tale obbligo ma dispone che lo stesso avvenga in assenza di «formalità», senza però orientare gli interpreti e gli operatori sul significato di tale espressione; dall'altro non risolve alcune problematiche già esistenti – si pensi alle questioni connesse all'opponibilità al nuovo creditore, delle eccezioni fondate sul rapporto obbligatorio originario con il precedente creditore e alla natura giuridica di tipo costitutivo dell'annotazione ipotecaria – che al contrario, al fine di incentivare l'utilizzo dell'istituto, avrebbero necessitato di chiarimenti. Inoltre, sulla scia del movimento europeo di riforma delle garanzie reali – consistente in un fenomeno volto da un lato, a consentire la massima mobilitazione di tutti gli elementi componenti il patrimonio del costituente la garanzia; dall'altro, ad assicurare la semplicità e l'efficacia delle tecniche di soddisfazione dei diritti del creditore – ci si è chiesti se sia davvero indispensabile e conveniente mantenere un principio

come quello dell'accessorietà che può rendere il mercato del credito meno flessibile nonché più oneroso per gli utenti.

Partendo dal dato normativo, l'indagine si svolge pertanto attraverso una preliminare ed autonoma disamina del procedimento di «portabilità del mutuo» e della surrogazione per pagamento, al fine di coglierne, con maggiore nettezza di contorni, il fondamento e le caratteristiche strutturali. Successivamente si sofferma sui rapporti esistenti tra i due istituti, funzionalmente sovrapponibili, per studiarne gli effetti e giustificare la loro coesistenza nel nostro sistema giuridico. In particolare, ci si è chiesti come la nuova normativa in tema di trasferibilità del mutuo possa inserirsi all'interno della disciplina della surrogazione se quest'ultima non viene considerata come possibile strumento di circolazione del credito e se ci si possa spingere fino a considerare l'art. 8 come una riscrittura dell'istituto codicistico. L'istituto viene infatti tradizionalmente considerato, nel nostro ordinamento, quale modalità accessoria all'adempimento dell'obbligazione da parte del terzo, che si attua tramite il subingresso del terzo stesso nei diritti del creditore verso il debitore. È opportuno chiedersi se, al contrario, non sia possibile fornire una ricostruzione della figura della surrogazione come mezzo di circolazione del credito alla luce della nuova vitalità che l'istituto ha ricevuto dalla legge n. 40/2007. Le conseguenze dell'una o dell'altra concezione dell'istituto della surrogazione sull'ipotesi introdotta dall'art. 8 sono infatti di notevole diversità: nel primo caso, il rapporto con la vecchia banca si estingue e il debitore può opporre al creditore solo le eccezioni nascenti dal nuovo titolo. Nel secondo caso, mediante il pagamento il debitore consente al mutuante di acquistare la titolarità del credito, che gli assicura il recupero della prestazione. La

nuova banca diventa così titolare del credito della vecchia, con tutti i tratti morfologici che il medesimo risultava possedere. Ne deriva l'applicabilità della disciplina della cessione per stabilire il momento di efficacia della surrogazione nei confronti del debitore e l'opponibilità di tutte le eccezioni sollevabili nei confronti dell'originario creditore. Ha spinto in tale secondo senso proprio il fatto che l'art. 8 prevede che il mutuante surrogato subentri nelle garanzie accessorie al credito. Se infatti possono sorgere dubbi in merito all'effettivo trasferimento del credito, poiché nella prassi viene stipulato tra il cliente e la banca un nuovo contratto, è pacifico che a circolare sia la garanzia. Come si potrebbe allora spiegare l'accessorietà di una garanzia ad un diritto di credito non più esistente?

Infine, per rispondere all'interrogativo più sopra esposto, si è indagato, anche in una prospettiva comparatistica, il meccanismo di circolazione delle garanzie così come previsto dalla nuova legge soffermandosi in particolare sull'ipoteca, sulle modalità di annotazione delle vicende relative alla circolazione della stessa e sui problemi lasciati aperti dal legislatore. A tale riguardo, ci si è chiesti se uno strumento di derivazione europea finalizzato a garantire i mutui sui beni immobili da utilizzare con flessibilità, sia prossimo a fare la propria comparsa nell'ordinamento italiano. Sono ancora molti, infatti, gli ostacoli che si frappongono ad una tale scelta e, soprattutto, molti altri interventi meno invasivi appaiono opportuni in funzione di una effettiva unificazione del mercato del credito ipotecario. Ci si chiede, in definitiva, se il legislatore italiano, per rispondere alle esigenze europee di circolazione del credito e di incentivo alla stipulazione di contratti, pur senza riformare l'intero sistema delle garanzie reali, avrebbe potuto spingersi più oltre rispetto alla semplice previsione del

meccanismo della portabilità dell'ipoteca e se non abbia forse perso l'occasione di modernizzare e rendere più efficiente il nostro mercato del credito.

CAPITOLO I

Estinzione anticipata del credito e circolazione. La surrogazione per pagamento

PREMESSA

La trasferibilità dei contratti di finanziamento, originariamente disciplinata e prevista dal D.L. n. 7/2006, articolo 8, convertito nella legge n. 40/2007, è stata modificata ed integrata dal legislatore all'art. 2, comma 450, legge 24 dicembre 2007, n. 244, con il fine di effettuare alcune precisazioni idonee a rendere più chiara la regolamentazione già in essere ed impedire eventuali usi impropri dello strumento della surrogazione, nell'ambito di operazioni di portabilità. In seguito, la normativa è stata ulteriormente modificata in forza dell'art. 2, comma 1-*bis* e comma 5-*quater*, D.L. 29 novembre 2008, n. 185, inserito dalla legge di conversione 28 gennaio 2009, n. 2. Infine, la disciplina dell'istituto è stata inserita nell'ambito del Testo Unico Bancario (D. lgs. 1 settembre 1993, n. 385), trasfusa nella disposizione di cui agli artt. 120-*quater* e 161 comma 7-*quater*¹.

¹ Va segnalato che il D.L. 13 maggio 2011, n. 70, ha modificato ulteriormente il predetto art. 120-*quater*, introducendo una delega al Direttore dell'Agenzia del Territorio, di concerto col Ministero della Giustizia, a stabilire le modalità di presentazione in via telematica dell'atto di surrogazione, nonché intervenendo sulla regolamentazione relativa al risarcimento conseguente al ritardo nell'operazione di surrogazione, a carico del finanziatore originario. Si evidenzia altresì la precisazione in forza della quale le operazioni di portabilità si applicano ai soli contratti di finanziamento conclusi da intermediari bancari e finanziari con persone fisiche o micro-imprese.

Volendo dare una prima generica definizione, per portabilità² si intende lo spostamento di un'operazione di finanziamento da un istituto bancario ad un altro, al fine di ottenere, per quanto attiene alla parte sovvenzionata, un trattamento più favorevole³. Tale facoltà può essere esercitata sia con riguardo a normali operazioni di mutuo, sia con riguardo a operazioni di apertura di credito od altri contratti di finanziamento da parte di intermediari bancari o finanziari. Il legislatore ha dunque disciplinato la possibilità di concludere nuovi contratti di mutuo per addivenire non soltanto all'estinzione di crediti derivanti da altri contratti di mutuo, ma pure al fine di procedere all'estinzione di pregresse operazioni non tecnicamente equiparabili ai mutui, sempre che tale procedimento

² La nozione di portabilità, per quanto diffusa, è di recente introduzione; segue, infatti, all'apertura di taluni comparti alla concorrenza tra imprese e, quindi, alla facoltà del cliente di cambiare fornitore. Cfr. PINTO, *Mobile number portability*, in *Il nuovo diritto*, 2007, 412.

³ Cfr. sull'argomento GATTONI, *La portabilità del mutuo e l'annotazione della surrogazione di ipoteca*, in *La nuova disciplina dei mutui ipotecari. Il ruolo del notaio e la prassi bancaria*, Atti del convegno, Milano 12 giugno 2009, Milano-Roma, 2009, 59; SIRENA, *La "portabilità del mutuo" bancario o finanziario*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 4, 453; DOLMETTA, *Questioni sulla surrogazione per volontà del debitore ex art. 8 legge n. 40/2007*, in *Banca, Borsa e Titoli di credito*, 2008, 395; FAUSTI, *Anticipata estinzione del mutuo e portabilità dell'ipoteca*, in *Banca, Borsa e Titoli di credito*, 2007, 39; BARATTERI, *Surrogazione e portabilità dei mutui. Funzione, struttura, efficacia e validità della fattispecie*, Torino, 2011; BEVILACQUA, *Rischi di pregiudizio per la banca surrogata e relazione ipotecaria notarile*, in A.A.V.V., *Il contributo del notariato per l'attuazione delle semplificazioni in tema di mutui ipotecari*, Roma, 2008, 106; AMATI, *Finanziamenti bancari: cancellazione di ipoteca, estinzione anticipata del mutuo e sua portabilità*, in *Ventiquattrore avvocato-Contratti*, 2007, 3, 37; DOLMETTA, SCIARRONE ALIBRANDI, *La facoltà di estinzione anticipata nei contratti bancari, con segnato riguardo alla disposizione dell'art. 7 legge n. 40/2007*, in *Riv. dir. civ.*, 2008; ARQUILLA, *La nuova disciplina della portabilità del mutuo*, in *Corriere tributario*, 2007, 2632; FALCONE, *Le operazioni di credito fondiario alla luce delle disposizioni del decreto legge n. 7 del 2007, convertito nella legge n. 40/2007*, in *Dir. fall.*, 2007, I, 727; CERVINI, *Estinzione anticipata dei finanziamenti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, II, 346; CHIANALE, *Le nuove regole per la cancellazione dell'ipoteca per i mutui bancari*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, II, 487.

sia effettuato da intermediari bancari o finanziari. La stessa legge prevede che il debitore abbia sempre la facoltà di surrogazione e che, di conseguenza, non siano allo stesso opponibili, nell'ambito di tale operazione, eventuali limiti all'esigibilità del credito o la pattuizione di un termine a favore del creditore originario⁴. Pertanto il debitore potrà sempre procedere a surrogazione, in base al

⁴ Così recita l'art. 120 *quater* T.U.B.: «1. In caso di contratti di finanziamento conclusi da intermediari bancari e finanziari, l'esercizio da parte del debitore della facoltà di surrogazione di cui all'articolo 1202 del codice civile non è precluso dalla non esigibilità del credito o dalla pattuizione di un termine a favore del creditore. 2. 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. 3. La surrogazione di cui al comma 1 comporta il trasferimento del contratto, alle condizioni stipulate tra il cliente e l'intermediario subentrante, con esclusione di penali o altri oneri di qualsiasi natura. L'annotamento di surrogazione può essere richiesto al conservatore senza formalità, allegando copia autentica dell'atto di surrogazione stipulato per atto pubblico o scrittura privata. Con provvedimento del direttore dell'Agenzia del territorio di concerto con il Ministero della giustizia, sono stabilite specifiche modalità di presentazione, per via telematica, dell'atto di surrogazione. 4. Non possono essere imposte al cliente spese o commissioni per la concessione del nuovo finanziamento, per l'istruttoria e per gli accertamenti catastali, che si svolgono secondo procedure di collaborazione tra intermediari improntate a criteri di massima riduzione dei tempi, degli adempimenti e dei costi connessi. In ogni caso, gli intermediari non applicano alla clientela costi di alcun genere, neanche in forma indiretta, per l'esecuzione delle formalità connesse alle operazioni di surrogazione. 5. Nel caso in cui il debitore intenda avvalersi della facoltà di surrogazione di cui al comma 1, resta salva la possibilità del finanziatore originario e del debitore di pattuire la variazione senza spese delle condizioni del contratto in essere, mediante scrittura privata anche non autenticata. 6. È nullo ogni patto, anche posteriore alla stipulazione del contratto, con il quale si impedisca o si renda oneroso per il debitore l'esercizio della facoltà di surrogazione di cui al comma 1. La nullità del patto non comporta la nullità del contratto. 7. La surrogazione di cui al comma 1 deve perfezionarsi entro il termine di dieci giorni dalla data in cui il cliente chiede al mutuante surrogato di acquisire dal finanziatore originario l'esatto importo del proprio debito residuo. Nel caso in cui la surrogazione non si perfezioni entro il termine di dieci giorni, per cause dovute al finanziatore originario, quest'ultimo è comunque tenuto a risarcire il cliente in misura pari all'1 per cento del valore del finanziamento per ciascun mese o frazione di mese di ritardo. Resta ferma la possibilità per il finanziatore originario di rivalersi sul mutuante surrogato, nel caso in cui il ritardo sia dovuto a

disposto di cui all'art. 1202 c.c., senza limitazioni al riguardo e procedendo all'immediato pagamento del debito pregresso. In caso di surrogazione il nuovo soggetto mutuante, surrogato, subentra nelle garanzie accessorie, personali e reali, relative al credito oggetto di surrogazione, in conformità a quanto previsto dall'art. 1202 c.c. L'annotamento della surrogazione, poi, può essere richiesto semplicemente sulla base di deposito di copia autentica dell'atto di surrogazione stipulato per atto pubblico o scrittura privata; sulla base di tale previsione si può ritenere che al fine di procedere all'annotamento considerato sia sufficiente che soltanto l'atto di surrogazione posto in essere dal debitore nell'ambito della disposizione citata vada depositato presso la conservatoria di competenza.

Si prevede, inoltre, la nullità di ogni patto – ma non anche la nullità dell'intero contratto – con il quale si impedisca o si renda più oneroso per il debitore l'esercizio della facoltà di surrogazione. La disposizione considerata è prevista al fine di impedire ogni ostacolo alla surrogazione, affiancandosi e rafforzando la statuizione di inefficacia di eventuali vincoli o termini per l'adempimento posti a favore del creditore originario⁵. Quest'ultimo ha la

cause allo stesso imputabili. 8. La surrogazione per volontà del debitore e la rinegoziazione di cui al presente articolo non comportano il venir meno dei benefici fiscali. 9. Le disposizioni di cui al presente articolo: a) si applicano, nei casi e alle condizioni ivi previsti, anche ai finanziamenti concessi da enti di previdenza obbligatoria ai loro iscritti; a-bis) si applicano ai soli contratti di finanziamento conclusi da intermediari bancari e finanziari con persone fisiche o micro-imprese, come definite dall'articolo 1, comma 1, lettera t), del decreto legislativo 27 gennaio 2010, n.11; b) non si applicano ai contratti di locazione finanziaria. 10. Sono fatti salvi i commi 4-bis, 4-ter e 4-quater dell'articolo 8 del decreto-legge 31 gennaio 2007, n. 7, convertito con modificazioni dalla legge 2 aprile 2007, n. 40».

⁵ BARATTERI, *Surrogazione e portabilità dei mutui. Funzione, struttura, efficacia e validità della fattispecie*, cit., 7 ss.

possibilità di pattuire, insieme al debitore, la variazione senza spese delle condizioni del contratto di mutuo in essere, mediante scrittura privata anche non autenticata. Tale possibilità si rivela di importanza fondamentale per comprendere la finalità della disciplina in materia di portabilità dei mutui: la regolamentazione dell'istituto, come si vedrà meglio nel seguito della trattazione, ha infatti lo scopo prevalente di creare un sistema di concorrenza perfetto per quanto concerne le operazioni di rinegoziazione di mutui o contratti di finanziamento esistenti. Per realizzare tale obiettivo risulta certamente fondamentale prevedere la possibilità, per le parti dell'originaria operazione di finanziamento, di modificare il contratto e dunque di rinegoziare il finanziamento già in essere.

Il legislatore ha stabilito, poi, che la surrogazione comporti il trasferimento del contratto di mutuo esistente, alle condizioni stipulate tra il cliente e la banca subentrante. Si tratta un punto non irrilevante, in quanto la previsione, come meglio si vedrà, determina l'oggetto della surrogazione, che consiste nel rapporto di mutuo pregresso e quindi nel rapporto originario. Il mutuo originario, trasferito al nuovo soggetto mutuante, non può tuttavia costituire il titolo per il pagamento di penali o di altri oneri di qualsiasi natura, i quali sono evidentemente quelli oggetto del nuovo contratto di mutuo che, pertanto, possono essere fatti valere soltanto sulla base del nuovo titolo di finanziamento e non nell'ambito del titolo originario. Infine si prevede che la surrogazione per volontà del debitore e la ricontrattazione fruiscono dei medesimi benefici fiscali.

Il meccanismo di portabilità del mutuo, dal punto di vista strutturale, si è detto, consiste nella sostituzione di un precedente rapporto giuridico avente la sua fonte in un contratto di finanziamento, con un nuovo rapporto, che si attua con la

conclusione di un nuovo contatto, supportato da garanzie e tutele del credito mutate dal preesistente accordo. Tale prima definizione è tuttavia alquanto semplificata e non permette di risolvere numerose e complesse questioni inerenti la struttura della portabilità del mutuo.

Il profilo problematico che è necessario analizzare per primo riguarda l'individuazione della figura giuridica a cui ha inteso fare riferimento il legislatore nello strutturare l'art. 8: se una cessione del credito, o del contratto, o una surrogazione per pagamento. Il quesito sorge dalla formulazione poco chiara della norma, che, come si è visto, si riferisce ad un «trasferimento del contratto di mutuo esistente», che però avverrebbe «alle condizioni stipulate tra il cliente e la banca subentrante»; alla «portabilità» del debito di restituzione delle somme prese a mutuo, termine che parrebbe evocare l'idea di un trasferimento del credito; nonché espressamente alla «surrogazione». Si ritiene di dover optare per quest'ultima figura, in primo luogo perché non si giudica compatibile il fenomeno della cessione con un mutamento dei contenuti del diritto⁶; in secondo luogo perché il legislatore effettua un richiamo espresso all'art. 1202 c.c., puntando probabilmente a promuovere una generalizzata diffusione pratica nel settore creditizio della surrogazione per volontà del debitore, con ciò indirizzando l'interprete⁷.

⁶ Su questo tema si veda ampiamente DOLMETTA, *Questioni sulla surrogazione per volontà del debitore ex art. 8 legge n. 40/2007*, cit., 395 ss.

⁷ Interessante il parallelismo con la genesi dell'istituto. Ad avviso di BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Trattato Iudica-Zatti*, Milano, 1991, 768, tutto si origina da un editto di Enrico IV del maggio 1609, ossia da un provvedimento singolare diretto a favorire i debitori delle "rendite" (che sostituivano i mutui a interesse a quell'epoca proibiti). Prima dell'editto, in un tempo di guerre di religione il tasso era più elevato; e ora veniva abbassato sensibilmente. I debitori avevano interesse

Come si vede, lo studio della «portabilità del mutuo» non può prescindere da un'analisi della normativa codicistica in tema di surrogazione, allo scopo di verificare se il nuovo istituto si armonizzi o crei tensioni rispetto alle disposizioni di cui agli artt. 1201-1205 c.c. In particolare, è necessario verificare come la nuova normativa in tema di trasferibilità del mutuo possa inserirsi all'interno della disciplina della surrogazione se questa non viene considerata come possibile strumento di circolazione del credito e se ci si possa spingere fino a considerare l'art. 8 come una riscrittura moderna dell'istituto codicistico.

1. LA SURROGAZIONE PER PAGAMENTO: NOZIONE E COLLOCAZIONE SISTEMATICA

Il pagamento con surrogazione è disciplinato, come figura generale, negli artt. 1201-1205 c.c. Tali articoli, come noto, costituiscono il contenuto della Sezione II del Capo II del Titolo I del Libro IV dedicato alle obbligazioni⁸. In

a prendere a mutuo le somme necessarie a estinguere i loro debiti al tasso inferiore fissato in quell'anno: difatti, sarebbero rimasti debitori dei mutuatari ma con minor aggravio. Senonché tutta l'operazione rischiava di fallire, perché i creditori, per ragioni complesse, non consentivano la surrogazione nei loro diritti a favore dei capitalisti finanziari. E il re pensò bene di ricorrere ad un editto. La disposizione passò nel codice napoleonico, fu imitata dal codice italiano del 1865, recepita dal codice del 1942 ed è tuttora in vigore.

⁸ Per un primo approccio v. le opere di: BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Vol. III, Milano, 1959; BUCCISANO, *La surrogazione per pagamento*, Milano, 1958; MESSINEO, *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, II, Milano, 1959; NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, in *Raccolta di scritti*, Milano, 1980; CARPINO, *Del pagamento con surrogazione*, in *Commentario al Codice civile*, diretto da Scialoja, Branca, Bologna-Roma, 1988; MAGAZZÙ, *Surrogazione per pagamento*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, 1519; CAGNASSO, voce "Surrogazione per pagamento", in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXX, Roma, 1993; GIANOLA,

particolare la surrogazione è stata sistemata nell'ambito dell'adempimento delle obbligazioni, subito dopo le norme sull'adempimento in generale. Tale sistemazione non deve però trarre in inganno ed indurre a conclusioni affrettate⁹; si potrebbe cioè ritenere che l'aver disciplinato la surrogazione nell'ambito dell'adempimento e più in generale nell'ambito del Capo IV dello stesso Titolo, dove sono collocate le norme dedicate ai modi di estinzione del rapporto obbligatorio, implichi che anche al pagamento con surrogazione debba attribuirsi efficacia estintiva del rapporto obbligatorio, o addirittura, una struttura identica a quella dell'adempimento in senso tecnico. Conclusione sicuramente frettolosa in quanto, come si vedrà meglio in seguito, dottrina e giurisprudenza decisamente prevalenti negano che per effetto della surrogazione si determini l'estinzione dell'intero rapporto obbligatorio¹⁰. Nel panorama quanto mai vario delle tesi proposte per spiegare il difficile istituto, un punto si può ritenere acquisito: la permanenza dell'obbligo in capo al debitore originario. D'altronde, che l'indicazione sistematica offerta dal legislatore non sia univoca risulta anche dalla considerazione che nella sezione dedicata all'adempimento sono comprese le

voce *Surrogazione (pagamento con)*, in *Dig. Disc. priv., Sez. Civ.*, XIX, Torino, 1999; PROSPERETTI, *Il pagamento con surrogazione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, Torino, 1999; GALGANO, *Trattato di diritto civile*, vol. II, Padova, 2010. In giurisprudenza cfr. Cass., 20 settembre 1984, n. 4808, in *Mass. Giust. civ.*, 1984, 8; Cass., 19 maggio 2004, n. 9469, in *Assicurazioni*, 2005, II, 10; Cass., 2 aprile 2007, n. 8085, in *Fallimento*, 2007, 8, 885; Cass., 25 marzo 2009, n. 7217, in *Mass. Giust. civ.*, 2009, 3, 518.

⁹ Con queste parole CARPINO, *Del pagamento con surrogazione*, cit., 2.

¹⁰ In dottrina si ricorda SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1997, 107 ss.; GALGANO, *Trattato di diritto civile*, cit., 411; Breccia, *Le obbligazioni*, cit., 767; BIANCA, *Diritto civile 4 L'obbligazione*, Milano, 1993, 426; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2006, 577. In giurisprudenza, da ultimo, Tribunale Trieste, 19 gennaio 2011, in Banca Dati *De Agostini Professionale*.

figure del pagamento al creditore apparente e della *datio in solutum*. Nel primo caso non par dubbio che non si possa parlare di adempimento in senso tecnico in quanto manca, nell'atto solutorio, l'esatta direzione soggettiva nei confronti dell'*accipiens*; ancor più evidente risulta poi esclusa la qualificazione di adempimento nella seconda figura dato che lo stesso legislatore all'art. 1197 c.c. parla di prestazione in luogo dell'adempimento¹¹. Si consideri inoltre che l'adempimento del terzo, come si vedrà, non può essere considerato adempimento in senso tecnico. Tutt'al più si può dire che dalla collocazione sistematica dell'istituto ne deriva la considerazione normativa della surrogazione come mezzo per il soddisfacimento dell'interesse creditorio. Possiamo quindi definire in via generica e provvisoria la surrogazione come quell'istituto caratterizzato dalla sostituzione del creditore originario con un altro soggetto che ha provveduto al pagamento o ha fornito al debitore i mezzi per eseguirlo¹². In altre parole, la stessa

¹¹ Sempre CARPINO, *Del pagamento con surrogazione*, cit., 7.

¹² Nel diritto romano antico, il credito era considerato inerente alla persona; di qui la sua intransmissibilità a titolo particolare per atto tra vivi. Successivamente l'esigenza di individuare uno strumento che desse la possibilità di realizzare, per l'effetto, la circolazione dei crediti, fece sì che si ricorresse a due espedienti: la novazione con mutamento del creditore ed il mandato *in rem suam* realizzato dietro *litis contestatio*. Entrambi tali espedienti presentavano però degli inconvenienti: il primo oltre ad esigere il consenso del debitore, procurava al terzo un diritto che, se pure di contenuto identico a quello precedente, era pur sempre diverso, con conseguenze non utili, in particolare per quanto riguarda le eccezioni e le garanzie; il secondo, se offriva il vantaggio, trattandosi di un mandato giudiziale senza obbligo di rendiconto, di non essere subordinato al consenso del debitore e di conservare, almeno in parte, gli accessori, presentava però il grave inconveniente di subordinare l'acquisto del credito alla *litis contestatio*; il che, in particolare, non era possibile se non dopo scaduto il credito. Per rimediare a tali inconvenienti il secondo procedimento fu perfezionato accordando al cessionario un'*actio utilis*, qualora non gli spettassero più le azioni a titolo di mandato e consentendogli, prima della *litis contestatio*, il beneficio del credito mediante denuncia della cessione al debitore ceduto. Dopo un'ultima riforma

consiste nel subingresso di un terzo nei diritti del creditore in conseguenza del pagamento del debito e col concorso delle altre condizioni di legge e ha effetto a favore del terzo che ha pagato o che ha dato a mutuo la somma al fine de pagamento.

Il codice civile distingue tre forme di surrogazione, quella per quietanza, quella per prestito e quella legale¹³. La prima si ha quando il creditore, ricevendo il pagamento da un terzo, lo surroga – espressamente e contemporaneamente al pagamento – nei suoi diritti (art. 1201 c.c.). La seconda forma, più complessa, si attua in due momenti: il primo è quello in cui debitore, dovendo adempiere, si rivolge ad un terzo per ottenere a mutuo la somma necessaria per pagare; il secondo momento è quello del pagamento effettuato dal debitore con la somma

imperiale si giunse a ritenere possibile un patto di cessione del credito, in forza del quale il creditore conservava il suo diritto, ma l'azione spettava solo al cessionario. Oltre alle azioni utili del cessionario, il diritto romano conosceva alcune ipotesi in cui si verificava, *ope legis*, un trapasso del credito; ipotesi che i moderni avrebbero raggruppato sotto la denominazione di *cessio legis*. Accanto a queste ipotesi ve ne erano altre nelle quali sussisteva unicamente il diritto di pretendere la cessione del credito, di costringere, cioè, il titolare al trasferimento: si trattava di una *cessio necessaria*. In particolare il fideiussore che avesse eseguito l'obbligo altrui veniva energicamente tutelato mediante il *beneficium cedendarum actionum*, beneficio il quale consentiva di agire nei confronti del debitore mediante l'azione più vantaggiosa spettante al creditore soddisfatto. Se poi si tiene conto che il diritto romano conosceva la figura della *successio in locum creditorum*, ed in particolare ammetteva che un creditore ipotecario subentrasse nel posto di un creditore soddisfatto, non dovrebbe essere difficile comprendere come la fusione della *cessio necessaria*, del *beneficium cedendarum actionum* e della *successio in locum creditorum*, fusione operatasi nel diritto comune, costituisse la base per l'elaborazione dei principi in tema di surroga.

¹³ Questa tipizzazione rispecchia quella del codice del 1865 che, peraltro, aveva schematizzato la surrogazione in due categorie: la surrogazione legale e la surrogazione convenzionale (comprensiva della surrogazione per volontà del creditore e del debitore). Il modello normativo risale al codice francese, che distingue, agli artt. 1249 ss. code civil, la *subrogation conventionnelle* che risulta da un contratto tra il *solvens* e il creditore o tra il *solvens* e il debitore e la *subrogation légale* che risulta invece dalla legge.

ottenuta a mutuo. In questa ipotesi il terzo che ha dato in mutuo la somma viene surrogato nei diritti del creditore, senza che questi vi si possa opporre. Requisiti specifici di questo tipo di surrogazione sono: la data certa del mutuo e l'indicazione in tale atto della destinazione della somma, ossia che il mutuatario intende utilizzare la somma presa a mutuo per pagare un certo debito; la data certa del pagamento risultante dalla quietanza e l'indicazione, sempre risultante dalla quietanza, della provenienza della somma impiegata nel pagamento. La surrogazione per volontà del debitore è l'operazione che si articola in due atti collegati: il mutuo e il pagamento. La volontà del debitore rileva come intento di collegamento di tali atti. Non basta, quindi che il debitore paghi giovandosi del danaro preso a mutuo ma occorre che il mutuo sia stato intenzionalmente contratto al fine del pagamento¹⁴. L'intenzione del debitore deve risultare dall'atto di mutuo e tale prescrizione si pone come un necessario requisito di forma della volontà di collegamento¹⁵. La legge richiede anche che dalla quietanza risulti la provenienza del denaro impiegato nel pagamento; la provenienza è dichiarata dal debitore ma è il creditore che attesta tale dichiarazione nella quietanza. Va evidenziato che la

¹⁴ Cfr. BIANCA, *Diritto civile*, cit., 350, secondo cui trattandosi di un intento negoziale occorre la capacità di agire del soggetto.

¹⁵ Il requisito della provenienza deve ritenersi soddisfatto quando il mutuo abbia realmente aumentato le disponibilità finanziarie del debitore almeno nella misura corrispondente alla prestazione dovuta. Secondo CARPINO, *Del pagamento con surrogazione*, cit., 65, 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 mutuanti in proporzione a quanto dai medesimi prestato, in quanto queste ultime due eventualità contrasterebbero con le risultanze della quietanza.

normativa sulla portabilità si riferisce chiaramente, dal punto di vista strutturale, alla figura della surrogazione per volontà del debitore (art. 1202 c.c.). Inoltre, l'art. 1203 c.c. indica specificamente alcuni casi principali di surrogazione legale, operando infine un rinvio generico agli altri casi stabiliti dalla legge. Si tratta della surrogazione a favore di chi adempie l'obbligo altrui; mentre di solito perché costui possa ottenere la surrogazione occorre il consenso del creditore, nei casi espressamente stabiliti il legislatore attua la surrogazione a prescindere dal consenso del creditore. Nell'art. 1204 c.c. il legislatore precisa che la surrogazione ha effetto anche contro i terzi che hanno prestato garanzia per il debitore, richiamando per quanto concerne il pegno, la disposizione contenuta nel secondo comma dell'art. 1263 c.c. infine, nell'art. 1205 è espressamente prevista una surrogazione parziale, stabilendo la norma che, salvo patto contrario, il terzo surrogato e il creditore concorrono nei confronti del debitore in proporzione di quanto è loro dovuto.

Le tre forme di surrogazione hanno una base materiale comune: manca nel soggetto che determina, direttamente o indirettamente, il soddisfacimento dell'interesse creditorio un titolo che lo impegni ad un'attribuzione patrimoniale. L'inesistenza di una ragione giustificatrice dell'attribuzione patrimoniale eseguita dal terzo, fa sì che l'ordinamento metta a disposizione uno strumento più efficace e più agile dell'azione di regresso in modo da assicurare il recupero della prestazione eseguita *sine causa*¹⁶. Tale strumento è appunto la surrogazione, vale

¹⁶ Il terzo surrogato subentra nel diritto di credito già spettante al creditore verso il debitore. Ma al terzo spetta normalmente nei confronti dello stesso debitore una pretesa creditoria che prescinde dalla surrogazione e che ha titolo in una specifica azione di regresso o in un'azione di arricchimento. Nel caso di surrogazione per volontà del debitore, poi, il terzo che ha dato a mutuo

a dire la sostituzione del creditore originario con un soggetto che subentra nei diritti e nelle ragioni spettanti al creditore sostituito. In che modo ciò avvenga e se tale sostituzione determini una successione in senso tecnico nel lato attivo del rapporto obbligatorio o un diverso fenomeno dipende dalla costruzione dogmatica della surrogazione che si intende illustrare.

Va evidenziato fin da subito che tali considerazioni, oltre ad un notevole interesse teorico per l'interprete, presentano altresì rilevanti ricadute di ordine pratico. Le conseguenze dell'una o dell'altra concezione dell'istituto della surrogazione sull'ipotesi introdotta dalla legge n. 40/2007 sono infatti di notevole diversità. Nel primo caso, il rapporto con la vecchia banca si estinguerebbe e il debitore potrebbe opporre al creditore solo le eccezioni nascenti dal nuovo titolo. Nel secondo caso, mediante il pagamento il debitore consentirebbe al mutuante di acquistare la titolarità del credito, che gli assicura il recupero della prestazione. La nuova banca diventerebbe così titolare del credito della vecchia, con tutti i tratti

la somma destinata al pagamento ha comunque il diritto alla restituzione della somma mutuata. Il credito che deriva dalla surrogazione e quello che deriva dal rapporto sottostante non sono cumulabili; la surrogazione ha infatti funzione semplicemente recuperatoria e ad essa non può quindi riconoscersi un effetto che consenta al terzo di avvalersene per ottenere più di quanto sia giustificato in base al rapporto sottostante col debitore. Il contenuto della surrogazione è dunque dato dall'ammontare del pagamento effettivo, più le spese e gli interessi, nei limiti della prestazione dovuta in base al rapporto sottostante. Ad avviso di BIANCA, *Diritto civile*, cit., 363, se non vi è diritto di regresso o altro diritto sottostante verso il debitore non vi è neppure surrogazione. Cfr. Cass., 21 giugno 1971, n. 1952, in *Rass. avv. Stato*, 1971, I, 3, 802, secondo cui la surrogazione è subordinata alla duplice condizione dell'esistenza dell'obbligo giuridico del solvens di pagare un debito per un altro soggetto e della ricorrenza di un rapporto che attribuisca al primo un diritto di regresso verso il secondo; pertanto nel caso di fatto illecito addebitabile a più persone, il coobbligato escusso dal danneggiato ha diritto di regresso verso gli altri coobbligati nei limiti della misura determinata dalla rispettiva colpa e dall'entità delle conseguenze che ne sono derivate ed è surrogato nei confronti dei medesimi nei diritti del creditore.

morfologici che il medesimo risultava possedere. Ne deriverebbe altresì l'applicabilità della disciplina della cessione per stabilire il momento di efficacia della surrogazione nei confronti del debitore e l'opponibilità di tutte le eccezioni sollevabili nei confronti dell'originario creditore¹⁷.

2. RICOSTRUZIONE DOGMATICA DELL'ISTITUTO

La complessità della surrogazione per pagamento deriva da una serie di discordanze che caratterizzano la figura stessa, sia sotto l'aspetto funzionale che strutturale. La surrogazione consiste, si è detto, nel subentro di un terzo nelle ragioni del credito oggetto dell'adempimento. La prima difficoltà interpretativa che caratterizza la figura in esame deriva dal fatto che la «surrogazione» nelle ragioni del credito non potrebbe derivare da un pagamento in senso tecnico. Appare infatti chiaro che il pagamento determina, per sua natura, l'estinzione del rapporto che ne è oggetto e quindi risulta difficile ipotizzare il subentro in un rapporto giuridico che è stato adempiuto. In altre parole l'adempimento determina – o dovrebbe determinare – l'estinzione del rapporto che ne è oggetto, mentre la surrogazione presuppone la sussistenza del rapporto stesso, il quale, pertanto, non

¹⁷ Cfr. GENTILI, *Teoria e prassi nella portabilità dei contratti di finanziamento bancari*, in *Contr.*, 2007, 453; CALDERONI, *Il procedimento di cancellazione delle ipoteche estinte a seguito di regolare adempimento del mutuo nella l. n. 40/2007*, in *Notariato*, 2008, 104; GUERINONI, *Le nuove regole nei rapporti bancari. Ius variandi, recesso, estinzione anticipata dei mutui e portabilità dei contratti di finanziamento*, Milano, 2007; PETRELLI, *Cancellazione di ipoteche a garanzia di mutui nella legge 2 aprile 2007, n. 40*, in *Notariato*, 2007, 291.

potrebbe dirsi cessato per effetto dell'adempimento¹⁸. La figura della surrogazione ruota dunque intorno al pagamento; si ritiene pertanto necessario, al fine di una corretta ricostruzione giuridica dell'istituto, prendere le mosse, dalla nozione di pagamento, o adempimento, in senso tecnico. Per pagamento o adempimento in senso tecnico la dottrina intende l'esatta esecuzione della prestazione dovuta da parte del debitore e nei confronti del creditore; il pagamento in senso tecnico è quindi caratterizzato da due elementi: uno oggettivo ed uno soggettivo. Il primo consiste nell'attuazione del contenuto dell'obbligo, l'altro nella provenienza e nella direzione dell'atto solutorio. La preesistenza dell'obbligo determina e al tempo stesso consente il giudizio di conformità oggettiva e soggettiva del comportamento solutorio; da tale conformità deriva l'idoneità strutturale dell'atto a porsi come fatto estintivo del rapporto obbligatorio¹⁹. Qualsiasi comportamento che non abbia le caratteristiche indicate non può essere qualificato come adempimento in senso tecnico. Nella surrogazione, in cui un terzo estraneo interviene nel rapporto obbligatorio, si pone il problema di individuare e

¹⁸ Non è stata riprodotta, a dire il vero, nel codice civile vigente la disposizione contenuta nell'art. 1238 comma 2 del codice del 1865, dalla quale era possibile desumere con sicurezza, che l'adempimento del terzo avente in genere effetto estintivo, in caso di surrogazione non avrebbe invece comportato l'estinzione dell'obbligazione medesima. La predetta disposizione normativa prevedeva infatti che le obbligazioni potevano essere estinte con il pagamento fatto da un terzo, purché questo terzo non venisse a sottrarre nei diritti del creditore. Si comprende chiaramente argomentando dalla predetta disposizione, che il rapporto obbligatorio in caso di surrogazione non è soggetto ad estinzione malgrado il pagamento dello stesso. Anche se una disposizione analoga a quella in esame non è stata riprodotta nel nostro attuale codice civile, si ritiene comunque che il legislatore abbia inteso che, in forza della surrogazione si realizzi comunque la presenza dell'obbligazione pregressa.

¹⁹ Così CARPINO, *Del pagamento con surrogazione*, cit., 7. Nello stesso senso BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., 765.

qualificare l'intervento satisfattivo del terzo stesso (art. 1180 c.c.)²⁰. L'atto del terzo non è qualificabile come atto dovuto poiché quest'ultimo adempie un obbligo altrui osservando un comportamento perfettamente libero sia sotto l'aspetto psicologico che sotto l'aspetto giuridico. Rispetto all'adempimento in senso tecnico manca l'elemento soggettivo della provenienza dell'atto dal debitore. Parte della dottrina²¹, pur non negando che l'adempimento si identifichi con l'esatta esecuzione della prestazione dovuta, afferma che tale attività per quanto concerne la sua efficacia strumentale si pone su piano di equivalenza a quella del debitore, in quanto l'attività del terzo, sia pure nei limiti di cui all'art. 1180 c.c., è idonea a soddisfare l'interesse del creditore in quanto fa conseguire a costui il medesimo bene che avrebbe dovuto ottenere dal debitore; da qui l'idoneità dell'atto del terzo a porsi come modo di attuazione del diritto di credito²². Il fondamento dell'efficacia estintiva dell'adempimento del terzo viene quindi ravvisato nell'equivalenza funzionale con l'adempimento del debitore, nella sua idoneità a far conseguire al creditore il bene dovuto²³. Il terzo, mediante

²⁰ In questa materia molto utili sono gli scritti di SCHLESINGER, *Il pagamento al terzo*, Milano, 1961; DI MAJO, *Le modalità dell'obbligazione*, Bologna, 1986.

²¹ Cfr. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., 91 ss.

²² Secondo CARPINO, *Del pagamento con surrogazione*, cit., 8, tale diritto dovrebbe essere strutturalmente considerato come potere di pretendere il bene dovuto; fermo restando che la prestazione costituisce contenuto dell'obbligo, ne deriva una non perfetta coincidenza tra contenuto dell'obbligo e oggetto del diritto di credito, costituito appunto non più dalla prestazione dedotta nel rapporto obbligatorio, ma dal bene dovuto.

²³ Presupposto essenziale perché il rapporto giuridico continui a sopravvivere è certamente la possibilità che lo stesso sia ancora idoneo a perseguire interessi giuridicamente rilevanti. Si ritiene tuttavia che non sussista una corrispondenza assoluta ed immediata tra l'adempimento e l'estinzione del rapporto. Il primo determina soltanto il venir meno dell'interesse del creditore

l'adempimento dell'obbligo altrui, attuerebbe il diritto di credito che pertanto si estinguerebbe²⁴. Altra dottrina²⁵ sostiene invece che per determinare l'estinzione del credito è necessario che vi sia il consenso del creditore; si attribuisce cioè struttura contrattuale al c.d. adempimento del terzo²⁶. Ma se per determinare l'estinzione del credito è necessario un atto contrattuale, questo implica necessariamente l'inidoneità dell'atto del terzo a porsi come fatto estintivo autosufficiente; in altri termini, il solo conseguimento del bene dovuto non determinerebbe l'attuazione e la conseguente estinzione del diritto di credito.

Il problema dell'adempimento del terzo sorge proprio per la struttura del diritto di credito che ha ad oggetto la prestazione e non il bene dovuto. Il terzo per

all'attuazione del rapporto in maniera temporanea, ma la funzione dell'istituto non si è esaurita. Fino a quando questa resti possibile l'estinzione non può realizzarsi.

²⁴ In proposito deve rilevarsi come il venir meno dell'interesse all'adempimento in capo al creditore determini la cessazione di un elemento strutturale del rapporto obbligatorio. La persistenza di un interesse giuridicamente rilevante in capo al soggetto attivo del rapporto obbligatorio è infatti essenziale per la permanenza del medesimo rapporto. Ad avviso di BARATTERI, *Surrogazione e portabilità dei mutui*, cit., 118, il venir meno di tale interesse non risulta idoneo a determinare l'estinzione del rapporto sino a quando risulta possibile ricostruire il medesimo interesse in capo ad un altro soggetto, il quale possa successivamente divenire titolare della medesima situazione giuridica soggettiva e fino a quando il rapporto considerato svolga ancora una funzione giuridicamente utile e degna di tutela secondo le finalità proprie dell'ordinamento giuridico.

²⁵ CARPINO, *Del pagamento con surrogazione*, cit., 9.

²⁶ ANDREOLI, *Contributo alla teoria dell'adempimento*, Padova, 1937, 22 ss. La tesi negoziale sorge per sottolineare la preminenza dell'*animus solvendi* al momento dell'adempimento. In tal senso, se quest'ultimo non fosse sorretto da un tale coefficiente psicologico, l'esecuzione della prestazione potrebbe 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 non rileva, al fine della produzione di effetti giuridici, in questo caso estintivi dell'obbligazione in essere tra le parti.

raggiungere il risultato finale della liberazione del debitore deve necessariamente adempiere l'obbligo assunto da questi verso il creditore, facendogli conseguire quanto gli spettava, a ciò indotto da i più vari motivi: liberalità, gestione di affari, adempimento di un obbligo assunto nei confronti del debitore stesso. Nel rapporto obbligatorio il risultato della prestazione è qualificato dall'attività del debitore, qualificazione essenziale perché si possa parlare di attuazione del contenuto dell'obbligo, mentre l'adempimento del terzo offre un risultato che può essere giuridicamente equivalente a quello del debitore. Il terzo, con il suo comportamento, soddisfa l'interesse del creditore rendendo inutile la sussistenza del medesimo, ma per raggiungere questo risultato si rende necessaria nel terzo l'esistenza di un vero e proprio *animus* che consente la produzione dell'effetto estintivo²⁷.

Ma il problema più difficile della surrogazione si pone in realtà con riguardo all'ipotesi di surrogazione per volontà del debitore *ex art. 1202 c.c.* In tal caso, infatti, l'adempimento proviene dal debitore ed è diretto al creditore e dovrebbe naturalmente produrre l'estinzione dell'obbligo. Per contro, la maggior parte degli interpreti si trova concorde nell'affermare la permanenza in vita

²⁷ Secondo BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., 437, l'adempimento in senso tecnico non si riduce al soddisfacimento con qualsivoglia modalità o procedimento dell'interesse che è alla base del credito ma ricomprende il comportamento, a tal fine strumentale, del debitore. Il contenuto di attività della prestazione dovuta si dirige all'utilità attesa dal creditore ma resta al tempo stesso concettualmente distinto e inseparabile dal fine cui tende. Si può affermare che ci si trovi di fronte ad un contratto, poiché l'iniziativa del terzo è possibile soltanto a condizione che vi sia l'adesione del creditore. Cfr. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 1993, 632 che riconduce l'adempimento del terzo alla figura del negozio giuridico unilaterale, il cui autore sarebbe il terzo *solvens* e il cui destinatario sarebbe il creditore.

dell'obbligo²⁸. La spiegazione si desume dal dato normativo: il legislatore impone, si è visto, che dalla quietanza risulti la provenienza della somma pagata. Il debitore esegue sì la prestazione, ma con mezzi fornitigli da altri; ma l'estraneità dei mezzi solutori esclude che l'adempimento possa essere formalmente imputato al debitore, ed esclude altresì che l'adempimento determini una diminuzione nel patrimonio del debitore²⁹. Emerge cioè nella surrogazione per volontà del debitore l'aspetto sostanziale del fenomeno: un pagamento che non è diretto alla liberazione del debitore ma al soddisfacimento dell'interesse creditorio³⁰. Può dirsi, in definitiva, che in nessuna delle ipotesi codificate di surrogazione vi sia un adempimento in senso tecnico dell'obbligazione; questo spiega perché non si produca l'estinzione del diritto di credito.

Nella surrogazione il pagamento inteso come mezzo di soddisfacimento dell'interesse creditorio, costituisce dunque il presupposto per l'acquisto del diritto di credito. L'attività del terzo nella surrogazione è rivolta ad ottenere uno strumento che gli consenta, si è detto, in maniera più spedita dell'azione di regresso, di recuperare la prestazione eseguita senza esservi obbligato³¹. Funzione

²⁸ In giurisprudenza v. Cass., 2 aprile 1947 (s.n.), in *Foro Pad.*, 1947, I, 282; Trib. Milano, 24 maggio 1979, in *Foro it. Rep.*, 1981, *Obbligazioni in genere*, n. 23; Cass. 6.5.1994, n. 4420 in *Banca, Borsa e Titoli di Credito*, 95, II, 293.

²⁹ Così CARPINO, *Del pagamento con surrogazione*, cit., 13.

³⁰ Al fine di poter sostenere la permanenza del rapporto obbligatorio considerato, il quale per effetto del pagamento sarebbe invece destinato all'estinzione, non si può quindi parlare di un adempimento in senso tecnico, ma piuttosto di una soddisfazione in termini economici dell'interesse del creditore originario regresso.

³¹ Ad avviso di BIANCA, *Diritto civile*, cit., 363, il diritto surrogato e il diritto derivante dal rapporto sottostante sono diritti distinti, fondati su titoli diversi. Mediante la surrogazione il terzo acquista il diritto già spettante al creditore; i diritti di regresso o di mutuo nascono invece direttamente in capo al terzo adempiente o mutuante. La funzione recuperatoria della surrogazione

dell'istituto è quella di assicurare al terzo adempiente o mutuante il recupero di quanto prestato consentendogli di avvalersi delle stesse azioni, garanzie e privilegi del creditore soddisfatto. Ciò chiarito, non può non ricostruirsi la struttura dell'istituto in base a tale funzione. Parte della dottrina infatti ha attribuito all'attività del terzo efficacia estintiva del diritto di credito, riconoscendo al surrogato un diritto diverso, anche se di contenuto identico a quello preesistente³². A questa concezione si è opposto che la permanenza dei diritti di pegno, ipoteca e dei privilegi in capo al surrogato si comprende esclusivamente se il diritto acquistato dal terzo è identico a quello preesistente³³. La novità del diritto acquistato dal terzo per effetto della surrogazione impedisce infatti la sopravvivenza dei diritti e delle azioni spettanti al vecchio creditore; perché ciò

esclude che il terzo surrogato possa giovare di due titoli diversi (surrogazione e titolo originario) per pretendere due volte quanto gli è dovuto. Appare invece ammissibile che il terzo surrogato si avvalga in via complementare del titolo originario per pretendere ciò che gli è dovuto oltre il limite recuperatorio della surrogazione. In particolare, l'Autore ritiene ammissibile che il terzo surrogato si giovi della surrogazione per riavere quanto ha pagato al creditore, ed eserciti il diritto di regresso, facendo valere il rapporto di provvista, per ottenere il rimborso delle spese e la corresponsione degli interessi nella misura convenuta col debitore.

³² Tale tesi ipotizza l'estinzione del rapporto obbligatorio originario per effetto del pagamento e la costituzione simultanea di un nuovo rapporto giuridico avente contenuto analogo a quello dello stesso rapporto pregresso; il soggetto adempiente subentrerebbe pertanto in questo nuovo rapporto giuridico derivante dalla estinzione di quello originario. Cfr. BUCCISANO, *Il pagamento con surrogazione*, cit., 33; MICCIO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario del Codice civile*, Torino, 1961, 144, secondo cui: "il primitivo credito si estingue per opera del pagamento, ma contemporaneamente ne sorge uno, ma con identico contenuto, a favore di chi ha pagato, nel quale si trasportano le eventuali garanzie che munivano il primitivo. Tale nuovo credito, del tutto simile all'antico, sorgerebbe in forza della legge, la quale garantirebbe con questo mezzo il terzo pagante, facendogli sorgere un diritto di regresso verso il debitore principale e rafforzando così quello che egli già eventualmente avesse". In questo senso, recentemente GATTONI, *La portabilità del mutuo e l'annotazione della surrogazione di ipoteca*, cit., 59 ss.

³³ CARPINO, *Della surrogazione per pagamento*, cit., 19.

possa verificarsi sarebbe necessaria una specifica manifestazione di volontà come è espressamente disposto in tema di novazione (art. 1232 c.c.). Inoltre, la novità del diritto acquistato dal surrogato dovrebbe far decorrere un nuovo periodo di prescrizione, il che è inammissibile in quanto, per principio generale, l'attività del creditore non può da sola aggravare la posizione del debitore. Si può perciò affermare che nella surrogazione si verifica una successione in senso tecnico nel lato attivo del rapporto obbligatorio: il terzo acquista il medesimo diritto di cui era titolare il precedente creditore, estromesso dal rapporto obbligatorio³⁴.

Il pagamento rileva quindi come presupposto dell'effetto successorio: la designazione del successore è compiuta ora dai privati, ora direttamente e preventivamente dalla legge³⁵; ma in ogni caso la persona del successore viene a coincidere con l'autore, formale o sostanziale del pagamento. La dichiarazione di surroga è la fonte che designa il nuovo titolare: si ha dunque la sostituzione di un

³⁴ In questo senso Cass., 20 settembre 1984, n. 4808, cit., afferma che nella surrogazione si ha una mera modificazione soggettiva del rapporto obbligatorio con la conseguenza che, nonostante il soddisfacimento del creditore mediante il pagamento ad opera del terzo, la struttura del rapporto rimane inalterata. In dottrina, cfr. GIANOLA, *voce Surrogazione (pagamento con)*, cit., 233. 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, 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 pagamento. L'accenno alla volontà richiesta al creditore e al debitore, dagli artt. 1201 e 1202 c.c., rilevarebbe, in questa ottica, come semplice fonte di designazione del nuovo creditore che verrà a succedere nella titolarità del credito.

³⁵ MAGAZZÙ, *Surrogazione per pagamento*, cit., 1519, sostiene 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 diritto.

soggetto ad un altro nella titolarità di un rapporto giuridico, che rimane inalterato nei suoi elementi oggettivi³⁶. È opportuno aggiungere che il subingresso del terzo avviene sicuramente a titolo derivativo, ma che tale nesso di derivazione grava sull'acquirente. Come noto, nell'acquisto a titolo derivativo l'attribuzione del diritto all'acquirente si effettua sul presupposto e in correlazione con il riconoscimento del diritto stesso in capo al precedente titolare; la perdita del diritto da parte del precedente titolare e l'acquisto del susseguente sono indissolubilmente legati, sono cioè effetti interdipendenti e contemporanei, basati sulla medesima causa giuridica e costituiscono due momenti inscindibili del medesimo atto unitario³⁷. Nella surrogazione l'iniziativa per l'acquisto viene presa dal terzo che effettua il pagamento; ad esso segue la designazione del successibile. La fattispecie è unitaria, anche se gli elementi che la costituiscono possono essere scomposti.

Va sottolineato che tale interpretazione della surrogazione non è tuttavia pacifica in dottrina; il problema della definizione dell'istituto come modalità di adempimento dell'obbligazione ovvero come strumento di circolazione del credito è stato infatti affrontato per lungo tempo nel dibattito dottrinale con esiti contrapposti.

Per completezza, al fine una migliore comprensione dell'istituto, si ritiene possa essere utile un'analisi delle diverse opinioni che si sono succedute in

³⁶ 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 controverso.

³⁷ Il ragionamento è tratto da PUGLIATTI, voce *Acquisto del diritto*, in *Enc. Dir.*, I, Milano, 1958, 508 ss.

dottrina fino ai tempi più recenti. Un aspetto di rilevante interesse teorico per gli studiosi della materia risulta, in primo luogo, costituito dalla collocazione delle norme che regolano la surrogazione all'interno del Capo II del Titolo I del Libro IV del Codice civile, intitolato "Dell'adempimento delle obbligazioni". L'istituto viene infatti tradizionalmente considerato, nel nostro ordinamento, quale modalità di adempimento dell'obbligazione, che si attua tramite il subingresso di un terzo nei diritti del creditore verso un debitore, per effetto del pagamento del debito da parte del terzo stesso. La dottrina più risalente, nel tentativo di armonizzare l'incongruenza tra efficacia estintiva del pagamento e sopravvivenza del credito, tendeva ad assimilare l'istituto in esame alla cessione del credito, in particolare ad una *cessio ficta* o meglio, ad una *cessio legis*, ove cioè la surrogazione sarebbe finita per coincidere con una cessione traente la sua fonte dalla legge, in grado di attribuire il passaggio del credito a vantaggio del terzo che ha pagato, anche quando lo stesso avrebbe dovuto considerarsi estinto³⁸.

Le principali critiche mosse a questa impostazione hanno colpito non solo la tematica attinente alla struttura della surrogazione, ma altresì quella relativa alla sua funzione. Si è così rilevato come, in ordine a quest'ultimo punto, la differenza sostanziale tra i due istituti idonei a porre in essere il medesimo risultato economico, si colga soprattutto in relazione alla loro funzione: l'interesse alla

³⁸ La ricostruzione che segue è tratta da BORDIGNON, *La cessione del credito tra disciplina generale e disciplina speciale: l'esperienza francese*, Padova, 2003, 107 ss.. Cfr. MAGAZZÙ, *Surrogazione per pagamento*, cit., 1519; nonché CARPINO, *Pagamento con surrogazione*, cit. 22, il quale chiaramente tratteggia le linee di questa impostazione: "il credito o l'intero rapporto obbligatorio estinto per effetto del pagamento, si finge che sia venduto o ceduto, o comunque che si verifichi una riviviscenza per consentire al terzo di subentrare al posto del creditore"; BUCCISANO, *La surrogazione per pagamento*, cit., 33.

circolazione del credito come bene che può essere oggetto di scambio nella cessione del credito, la finalità sostanzialmente recuperatoria nella surrogazione³⁹.

Abbandonata la concezione che tendeva ad assimilare surrogazione e cessione del credito, la dottrina elaborò una teoria generale della surrogazione che pose le basi di quella che è oggi la moderna teorica dell'istituto: quella della c.d. estinzione relativa⁴⁰. Secondo tale teoria il pagamento effettuato dal terzo nella surrogazione condurrebbe ad un'estinzione solamente parziale del rapporto stesso, e cioè di quella parte di rapporto in grado di legare il creditore al debitore, permanendo invece il vincolo tra debitore e creditore. La struttura del rapporto viene immaginata a doppio binario, cioè come la somma di due distinti rapporti: uno in grado di legare il creditore al debitore (il rapporto facente capo al

³⁹ BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., 59, secondo cui il problema pratico è quello di garantire il recupero del *quantum abest* al terzo che aveva interesse a soddisfare il precedente creditore; Gianola, voce *Surrogazione (pagamento con)*, cit. 235 ss.; MAGAZZÙ, *Surrogazione per pagamento*, cit. 1521.

⁴⁰ La tesi, elaborata da Hartmann nel 1875, parte da una concezione sostanzialistica del rapporto obbligatorio secondo la quale il pagamento non determina in modo assoluto e formale l'estinzione dell'obbligazione; determina questa estinzione solo in quanto sia effettivamente raggiunto lo scopo insito nell'obbligazione. Il che accade in un'obbligazione semplice, ma il caso del fideiussore, dove più obbligazioni convergono su un medesimo oggetto, illustra al meglio la possibilità che mediante una prestazione eseguita in modo del tutto conforme all'obbligazione, lo scopo dell'obbligazione sia raggiunto solo relativamente e pertanto anche l'obbligazione sia relativamente estinta. Se il fideiussore paga, allora per questo aspetto, è stato soddisfatto l'interesse del creditore, in modo che egli stesso, secondo il più rigoroso diritto civile, non può più agire neanche per l'obbligazione principale. Tale obbligazione principale ha adempiuto per conto suo al suo primo scopo ed alla sua principale destinazione. Ma essa, proprio per questo, può servire un interesse indipendente dalla persona del creditore originario. E poiché l'ordinamento giuridico riconosce quest'altra destinazione dell'obbligazione, essa continua a sussistere in realtà solo allo scopo e nella direzione di passare al fideiussore che ha pagato. V. CARPINO, *Pagamento con surrogazione*, cit. 23.

creditore), e l'altro di direzione contraria in grado di fare l'opposto (il rapporto facente cioè capo al debitore). Salva l'estinzione con altri mezzi, il primo dei due rapporti verrebbe meno con il soddisfacimento dell'interesse del creditore, mentre il secondo rapporto si estinguerebbe solo a seguito del pagamento ad opera del debitore⁴¹.

Un'altra tesi, elaborata nel vigore del codice del 1865, è quella della c.d. espropriazione forzata. Secondo il sostenitore⁴² di tale teoria si dovrebbero in principio distinguere due tipi di pagamento: un pagamento in senso tecnico destinato ad estinguere l'obbligazione ed avente quindi efficacia estintiva, ed un pagamento coincidente invece con il senso comune dello stesso, consistente cioè in ogni forma di soddisfacimento creditorio⁴³. Premesso che nella surrogazione il

⁴¹ D'AVANZO, *Del pagamento con surrogazione*, in *Commentario D'Amelio e Finzi, Libro delle obbligazioni*, Vol. I, Firenze, 1948, 60; contrario a questi tesi MESSINEO, *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, cit., 261, secondo cui seguendo questa impostazione si ammetterebbe una grave deroga al principio per cui il pagamento ha effetto totalmente estintivo e, quindi, liberatorio; ad avviso di BIANCA, *Diritto civile*, cit., 426, la tesi ebbe il merito di mettere in discussione l'apodittica equazione per cui al pagamento doveva necessariamente corrispondere l'estinzione dell'intero rapporto obbligatorio. In effetti, il crollo di questo apriorismo è alla base delle più moderne teorie generali dell'obbligazione.

⁴² MAGINI, *La surrogazione per pagamento nel diritto privato italiano*, Torino, 1924.

⁴³ Bisognerebbe distinguere un concetto tecnico di pagamento, che consiste nell'adempimento esatto dell'obbligazione, fatto con l'intenzione di estinguerla, sia dal debitore che da un terzo, da un concetto comune di pagamento che comprende ogni forma di soddisfacimento del creditore, comunque si operi e per cui lo scopo economico dell'obbligazione viene ad esaurirsi. MAGINI, *La surrogazione per pagamento nel diritto privato italiano*, cit., 91, precisa che il terzo presta l'oggetto dell'obbligazione non già per soddisfarla, ma viceversa per realizzare un ulteriore risultato giuridico, cioè il recupero della somma sborsata. La legge talora, sotto certe condizioni, assicura al terzo, che disinteressa il creditore, il diritto di poter recuperare la somma anticipata dal debitore medesimo, facendo passare in lui il credito stesso, il cui contenuto fu fornito al creditore. Ma questo disinteressamento non è pagamento, perché lo sborsante non ha l'*animus solvendi*, ma ha l'*animus recipiendi*. Si potrebbe, quindi parlare di un pagamento satisfattorio, fatto con

pagamento dovrebbe intendersi nel senso atecnico sopra precisato, l'Autore passa ad individuare nell'*animus recipiendi* del terzo il tratto peculiare del pagamento surrogatorio. In particolare, sottolinea come l'esborso effettuato dal terzo altro non valga che a soddisfare l'interesse del creditore, con l'intento di recuperare in seguito la somma versata. A seguito del disinteressamento del creditore, la legge attribuirebbe così al terzo la proprietà del credito, assegnando all'*accipiens* a titolo di indennità, il valore del credito stesso⁴⁴. Accettabile nelle sue premesse, portando con sé il merito di aver individuato in quello surrogatorio un pagamento sostanzialmente atecnico, la teoria è persa tuttavia non condivisibile alla maggior parte degli Autori⁴⁵. Diversi dubbi solleva infatti il ruolo passivo giocato dal creditore, il quale non potrebbe che subire l'espropriazione a favore del terzo – che ne abbia un interesse giuridicamente rilevante e tutelato quindi da una norma giuridica – parendo privato così di ogni partecipazione allo svolgimento della

animus solvendi e di un pagamento recuperatorio, fatto con *animus recipiendi*: l'uno avrebbe effetto estintivo, l'altro effetto traslativo. Sulla base di queste premesse l'Autore costruisce la surrogazione come ipotesi di espropriazione del diritto di credito, corrispondendosi al creditore come indennità il valore del credito stesso. Il creditore non vende, ma in certo modo subisce la vendita forzata, l'espropriazione a favore di un terzo, che ha un interesse giuridico a tale acquisto.

⁴⁴ L'Autore parla di privazione coattiva del credito, di riscatto legale del credito, nonché di atto unilaterale di acquisto forzato del credito.

⁴⁵ Per tutti CARPINO, *Pagamento con surrogazione*, cit. 25, secondo cui parlare di espropriazione significa porre in luce l'assenza di ogni partecipazione del creditore allo svolgimento della vicenda surrogatoria; così l'Autore: "Questo non è sempre vero in quanto nell'ipotesi prevista dall'art. 1201 c.c. è proprio il creditore che designa il surrogato. Anche nelle altre ipotesi la tesi non è soddisfacente, in quanto l'attività del terzo rileva esclusivamente come mezzo di soddisfacimento dell'interesse creditorio, senza che abbia giuridica rilevanza un eventuale intento di acquisto del credito. Si consideri, inoltre, la stranezza di un'espropriazione preceduta da una sorta di indennità, mentre la regola, anche negli acquisti coattivi, è tutta orientata in senso diametralmente opposto".

vicenda surrogatoria. Del tutto anomala è apparsa inoltre un'espropriazione anticipata, anziché seguita, dal versamento della relativa indennità.

Dopo l'entrata in vigore del Codice civile del 1942 si fece strada, tra la dottrina, una terza tesi che dovette scontrarsi con il nodo costituito dalla conciliabilità del rilievo per cui il pagamento surrogatorio risulterebbe, comunque, in grado di soddisfare l'interesse del creditore, e l'altro, apparentemente opposto, per cui tale pagamento dovrebbe avere invece un effetto estintivo sull'obbligazione⁴⁶. In altre parole la dottrina si trovò a dover spiegare, come già si è avuto modo di chiarire, la sopravvivenza di un'obbligazione da considerarsi astrattamente estinta a seguito del pagamento. La tesi di cui si discute pensò di poter ovviare a tale difficoltà individuando nella surrogazione un effetto sostanzialmente novativo, in grado cioè di far nascere in capo al *solvens* un diritto nuovo, ma di contenuto identico a quello precedentemente vantato dall'*accipiens*⁴⁷. Tuttavia, deve evidenziarsi che il dato normativo muove nettamente in senso contrario. L'effetto novativo della surrogazione renderebbe infatti impossibile al *solvens* opporre anche le eccezioni personali di spettanza del creditore e produrrebbe il decorrere di un nuovo periodo prescrizione; sarebbe inammissibile un'attività del creditore suscettibile da sola di porre in essere un aggravamento della posizione debitoria. Si è già rilevato, poi, che la surrogazione rappresenta uno strumento nelle mani del terzo per recuperare la prestazione senza ricorrere all'azione di regresso. Il sistema nel suo complesso spingerebbe

⁴⁶ Con queste parole BORDIGNON, *La cessione del credito tra disciplina generale e disciplina speciale : l'esperienza francese*, cit., 107.

⁴⁷ BUCCISANO, *La surrogazione per pagamento*, cit. 35 ss.

insomma verso la configurazione dell'istituto come una vera e propria successione nel lato attivo del rapporto⁴⁸.

⁴⁸ In giurisprudenza, in questo senso da ultimo cfr. Cass., 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. Cass., 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 prescrizionale, 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”. In dottrina GALGANO, *Trattato di diritto civile*, cit., 411; CARPINO, *Del pagamento con surrogazione*, cit., 26; CAGNASSO, voce “*Surrogazione per pagamento*”, cit. 2; BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., 767. Parzialmente contrario NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., 100, secondo cui: “A differenza della cessione, che importa un fenomeno di successione in senso tecnico, la surrogazione non riesce a conseguire questo effetto, perché in seguito alla prestazione del terzo il diritto del creditore si è definitivamente estinto. E se si tiene fermo il concetto tradizionale di successione, a torto anche recentemente contrastato, l'estinzione del rapporto preesistente è incompatibile con la nozione di successione. Nella surrogazione si ha estinzione del diritto di credito originario ma permanenza dell'obbligo, il che conferma la non necessità di una rigorosa interdipendenza tra i due termini del

Se la principale critica a questa teoria è stata quella secondo la quale non si comprenderebbe come il pagamento non determini l'estinzione stessa del rapporto obbligatorio, si è risposto focalizzando l'analisi sul contenuto stesso dell'obbligazione, perché solo la comprensione di quale dimensione esso acquisti può condurre ad una conclusione accettabile. Proseguendo sulle linee tracciate dalle più autorevoli opinioni in merito, può affermarsi che il contenuto dell'obbligazione non è da ricondursi né alla mera prestazione, né al potere del creditore di conseguire il bene dovuto, ma più precisamente, al potere di pretendere l'adempimento della prestazione da parte del debitore. In questo modo, l'esborso effettuato dal terzo non potrebbe essere qualificato come pagamento in senso tecnico, ma consisterebbe in un *quid* insuscettibile di produrre l'estinzione del rapporto obbligatorio. La differenza tra adempimento del terzo e surrogazione si posa allora sul diverso *animus* del terzo: teso all'estinzione del rapporto nel primo caso, indirizzato al recupero della somma nel secondo. Solo l'ordinamento può infatti attribuire efficacia estintiva del rapporto ad un fatto materiale, efficacia che nel caso della surrogazione verrebbe, per le ragioni esposte, negata⁴⁹.

rapporto obbligatorio; per effetto di tale permanenza dell'obbligo la legge crea in modo originario il diritto a favore di un'altra persona, ossia in altri termini sposta l'elemento soggettivo della tutela".

⁴⁹ BIANCA, *Diritto civile*, cit., 356, secondo cui occorre riconoscere che l'attuazione del credito non impedisce che esso si trasferisca ad altro soggetto; ciò non è in contraddizione logica con l'effetto estintivo dell'adempimento in quanto il credito non è una cosa animata che debba vivere o perire, ma una posizione giuridica che può venir meno in capo ad un soggetto e proseguire in capo ad un altro. Proprio l'istituto della surrogazione attesta che l'adempimento può dar luogo ad una estinzione relativa del rapporto obbligatorio, nel senso che esso realizza il diritto del creditore nei confronti del debitore senza impedire che tale diritto passi ad un nuovo creditore, secondo lo schema traslativo.

In conclusione, può affermarsi che la surrogazione per pagamento è caratterizzata dalla sostituzione del creditore originario con un terzo il quale, avendo soddisfatto l'interesse creditorio, subentra nei diritti del creditore medesimo. Si tratta di una successione a titolo particolare nel diritto di credito che ha come presupposto il pagamento inteso nel modo che si è cercato di chiarire. Il fondamento ultimo dell'istituto è da ravvisare nell'assenza di una causa giustificatrice dell'attribuzione patrimoniale; tale mancanza di causa non costituisce titolo per un'azione di ripetizione ma solo ad uno strumento più spedito ed efficace dell'azione di regresso. Il recupero della prestazione eseguita senza causa, ma diretta al soddisfacimento dell'interesse creditorio costituisce ad un tempo funzione e finalità dell'istituto e spiega il meccanismo costruito dal legislatore: la conservazione dell'intero rapporto obbligatorio con tutti gli accessori.

3. LA SURROGAZIONE PER VOLONTÀ DEL CREDITORE

La surrogazione per volontà del creditore è la surrogazione che il creditore dispone in favore del terzo adempiente mediante atto espresso e contemporaneo al pagamento⁵⁰. L'atto di surrogazione richiede l'esplicita dichiarazione del creditore di surrogare il terzo nei propri diritti. La manifestazione della volontà del creditore di surrogare il terzo nei propri diritti deve infatti assumere una propria entità esteriore che, costituendo in favore del terzo che ha pagato la fonte di una

⁵⁰ Cfr. BIANCA, *Diritto civile*, cit., 348.

nuova obbligazione, sia suscettibile di essere portata a conoscenza del debitore⁵¹. La dichiarazione, non recettizia, è normalmente contenuta nella quietanza ma la legge non prescrive l'onere della forma scritta a pena di nullità⁵².

La surrogazione deve essere contemporanea al pagamento in quanto un atto successivo avrebbe ad oggetto un rapporto già definitivamente estinto⁵³. Parte della dottrina ritiene tuttavia che il pagamento del terzo, in sé considerato, non abbia necessariamente una tale efficacia, sicché la dichiarazione potrebbe avere piuttosto la funzione di impedire che il creditore riceva una prestazione illegittima, poiché non dovuta e non definibile come un vero e proprio adempimento del terzo⁵⁴. Alcuni Autori⁵⁵ ritengono poi ammissibile che la

⁵¹ Cass., 21 febbraio 1985, n. 1543, in *Mass. Giur. it.*, 1985, la quale, alla stregua del principio in esame, ha reputato che l'aver le parti dato atto che il pagamento del terzo avveniva con animo di rivalsa non indicava in modo non equivoco la volontà di operare la sostituzione. Secondo MAGAZZÙ, *Surrogazione per pagamento*, cit., 1519, 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.

⁵² L'onere della dichiarazione espressa e l'onere della forma scritta sono infatti oneri di carattere eccezionale la cui necessità deve essere prevista specificamente dalla legge.

⁵³ BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., 767, secondo cui la contemporaneità della dichiarazione di surroga rispetto al pagamento si giustifica con la necessità di evitare che il credito, non accompagnato dalla dichiarazione di surroga, si estingua, in quanto ormai sarebbe soddisfatto l'interesse del creditore.

⁵⁴ CARPINO, *Della surrogazione per pagamento*, cit., 58, secondo cui: "l'adempimento del terzo in tanto può determinare l'estinzione del credito (e dell'intero rapporto obbligatorio) in quanto sia accompagnato da un elemento volitivo debitamente estrinsecato; ora, poiché è chiaramente scolastico supporre che un soggetto estraneo ad un rapporto obbligatorio si limiti a mettere a disposizione del creditore una somma di denaro senza qualificare tale comportamento, ne segue che la prima qualificazione deriva proprio dal terzo. Costui può, subordinare il pagamento alla surrogazione, con la conseguenza che la mancata dichiarazione di surroga all'atto di ricevere il

dichiarazione sia resa in un tempo anteriore, ma sempre che la stessa abbia un oggetto determinato o determinabile e con effetto al momento del pagamento.

L'atto di surrogazione ha carattere negoziale, quale atto dispositivo del soggetto in ordine alla sorte del credito⁵⁶. Non si tratta peraltro di un negozio di alienazione, né in particolare di un negozio di cessione del credito. L'atto del creditore, infatti, non trasferisce esso stesso il credito, ma concorre a formare una fattispecie traslativa il cui elemento centrale è sempre costituito dal pagamento.

Legittimato a surrogare è il creditore o la persona che lo rappresenta; dalla natura negoziale dell'atto di surrogazione consegue inoltre che il creditore deve avere la capacità di agire e che l'atto è suscettibile d'impugnazione nelle ipotesi di volontà viziata⁵⁷.

pagamento, esclude la surrogazione, senza che possa prodursi l'estinzione del credito. Si tratterà puramente e semplicemente di un pagamento illegittimamente ricevuto”.

⁵⁵ Cfr. BIANCA, *Diritto civile*, cit., 348.

⁵⁶ NOBILI, *Le obbligazioni*, Milano, 2001, 77, 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 creditore. 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.. A tale conclusione si oppone la tesi della natura giuridica della surrogazione che è generata non già dalla volontà delle parti, bensì da quella della legge. Cfr. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, per cui la dichiarazione del creditore, richiesta dall'art. 1201 c.c., è un atto giuridico in senso stretto ovvero un atto non negoziale di autorizzazione al subingresso *ex lege* del *solvens* nel credito; MAGAZZÙ, *Surrogazione per pagamento*, cit., 1519, secondo cui è un atto di natura conservativa, come tale idoneo, tra l'altro, ad interrompere il decorso della prescrizione.

⁵⁷ Così BIANCA, *Diritto civile*, cit., 349, secondo cui trattandosi di un atto destinato ad incidere esclusivamente sulla sfera giuridica altrui, la legittimazione dell'annullamento non può essere riservata all'autore dell'atto, il quale non ha un interesse o comunque non ha un interesse preminente all'esercizio di tale rimedio. Analogamente a quanto previsto in tema di testamento,

La natura negoziale dell'atto surrogatorio è esclusa da una parte della dottrina, che ravvisa in esso un mero atto giuridico di designazione del terzo surrogato⁵⁸. A tale tesi si è opposto⁵⁹ che il creditore non si limita a designare il terzo surrogato, in quanto l'atto surrogatorio è necessario per conservare il rapporto obbligatorio che altrimenti si estinguerebbe in via assoluta. Inoltre, se anche l'atto surrogatorio si limitasse a designare il surrogato, esso varrebbe pur sempre a fissare l'effetto successorio in capo al nuovo titolare, confermando così la natura negoziale dell'atto.

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, 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 acconsentito⁶⁰. Risulta chiaro che siffatte pattuizioni avrebbero natura giuridica accessoria rispetto all'effetto legale surrogatorio e che il terzo subentrante avrebbe altresì la possibilità di rinunciare senz'altro alla stessa surrogazione, mediante apposito negozio dismissivo del

trova piuttosto applicazione la regola che riconosce la legittimazione a chi abbia un interesse legittimo e diretto all'annullamento, ossia ai terzi garanti e ai creditori chirografari.

⁵⁸ Cfr. CARPINO, *Del pagamento con surrogazione*, cit., 54, secondo cui l'effetto è direttamente ricollegato dall'ordinamento all'attività satisfattoria del terzo; la dichiarazione di surroga non rileva come volontà dell'effetto ma come designazione del successibile.

⁵⁹ BIANCA, *Diritto civile*, cit., 349.

⁶⁰ CARPINO, *Del pagamento con surrogazione*, cit., 54.

credito, il quale fungerebbe da mera applicazione del principio generale della remissione del debito, di cui agli artt. 1236 e ss. c.c.⁶¹.

4. LA SURROGAZIONE PER VOLONTÀ DEL DEBITORE

L'art. 1202 c.c. prende in considerazione l'ipotesi di surrogazione che, prima dell'entrata in vigore della l. n. 40/2007, era la meno ricorrente in concreto: quella compiuta ad iniziativa del debitore⁶². Questi, al fine di estromettere il creditore, ottiene da un terzo la somma necessaria per adempiere l'obbligazione; per garantire al terzo il recupero della somma prestata a tale specifico fine, lo surroga nei diritti del creditore soddisfatto. Al legislatore è parso necessario da un lato, far sì che non sussistano dubbi sulla qualificazione dell'operazione, dall'altro tutelare i terzi. Per soddisfare la prima esigenza si stabilisce che la destinazione della somma mutuata debba risultare espressamente dall'atto di mutuo e che nella quietanza si faccia menzione della dichiarazione del debitore circa la provenienza

⁶¹ Con queste parole DI STASO, *Modificazioni soggettive del rapporto obbligatorio e garanzie reali*, Bologna, 2012, 144, il quale si interroga altresì sulla possibilità che creditore e terzo *solvens* possano, con autonomo negozio, decidere di impedire il formarsi dell'effetto di surrogazione, sostenendo che: "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".

⁶² *Ex multis*, BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., 767.

della somma impiegata nel pagamento⁶³. La seconda esigenza viene soddisfatta con l'imposizione della data certa sia per il mutuo sia per la quietanza. Emergono così gli elementi costitutivi della fattispecie surrogatoria per volontà del debitore: in primo luogo, a differenza degli altri tipi di surrogazione, il pagamento proviene formalmente dal debitore⁶⁴. Per eliminare la normale efficacia estintiva del

⁶³ 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 le 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 sopra, si distinguono dal mutuo, fin dalla loro natura giuridica, in quanto il mutuo è, 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 finanziamento. 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 è dell'avviso che si tratta di una fattispecie eccezionale, 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 creditore. Cfr. MAGAZZÙ, voce “*Surrogazione per pagamento*”, cit. 1533; MARTONE, *La surrogazione per pagamento*, in *Le modificazioni soggettive del rapporto obbligatorio*, a cura di Bosetti, Torino, 2010, 397.

⁶⁴ 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

pagamento è necessario che risulti la provenienza della somma. Il credito non può estinguersi in quanto manca, nell'atto solutorio, l'elemento sostanziale consistente nella provenienza materiale della somma dal patrimonio del debitore che è legittimato a disporre della somma, ma tale somma proviene da un patrimonio altrui, dunque l'autore sostanziale del pagamento è pur sempre un terzo. Il pagamento, anche in questa ipotesi ha la funzione di soddisfare il creditore in modo da estrometterlo dal rapporto obbligatorio ma essendo l'autore formale del pagamento il debitore, si prescinde dal consenso del creditore affinché si abbia l'effetto surrogatorio⁶⁵.

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.

⁶⁵ Così CARPINO, *Del pagamento con surrogazione*, cit., 62, che tenta di dare soluzione al problema costituito dal fenomeno dell'estinzione del credito vantato dal mutuante nei confronti del debitore mutuatario. Costui vanterebbe infatti due distinti crediti, l'uno derivante dal contratto di mutuo stipulato col debitore, e l'altro costituito dal credito vantato dal creditore e nel quale il mutuante viene surrogato. L'Autore considera estinto il diritto scaturente dal contratto di mutuo, osservando che il mutuo stesso intervenuto tra il debitore e il terzo implicherebbe il sorgere di due distinte obbligazioni: quella di restituzione e quella di impiegare la somma avuta a mutuo per una specifica finalità. Qui, differentemente da quanto avverrebbe nel c.d. mutuo di scopo, la somma mutuata obbliga, ma al tempo stesso consente una sola utilizzazione, di modo che raggiuntosi lo scopo il rapporto si estingue. La surrogazione finirebbe pertanto col costituire una fattispecie estintiva dell'obbligo di restituzione, costituendo un adempimento indiretto dell'obbligo di restituzione stesso, con la conseguente estinzione del credito del mutuante, così se il debitore non adempie all'obbligo di impiego della somma, il mutuante conserva ovviamente il credito alla restituzione.

Altro elemento della fattispecie è costituito dal contratto di mutuo contenente la specifica finalità della somma prestata⁶⁶. Il problema che si pone in questa ipotesi è quello di stabilire se il mutuante conservi, nonostante l'avvenuta surrogazione, il credito alla restituzione *ex mutuo* oppure se tale diritto si estingua. Parte della dottrina ritiene che la conservazione del credito *ex mutuo* sarebbe accompagnata dall'acquisto delle sole garanzie che assistono il credito in vista del quale si è compiuta l'operazione⁶⁷. Altri Autori⁶⁸, al contrario, ritengono quantomeno anomalo un credito che viene estinto senza conseguente estinzione delle garanzie ad esso connesse con trasferimento delle medesime ad un credito diverso. La conservazione del credito in capo al mutuante concorrerebbe con l'acquisto del credito originario e delle garanzie ad esso connesse; secondo tale costruzione il terzo sarebbe quindi titolare di due distinti diritti di credito coincidenti, sul piano economico, per quanto concerne l'oggetto. Tale tesi incontra però un grave ostacolo in quanto non pare dubbio a chi scrive che

⁶⁶ 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 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. Cfr. DI STASO, *Modificazioni soggettive del rapporto obbligatorio e garanzie reali*, cit., 148.

⁶⁷ MICCIO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., 151 ss.

⁶⁸ CARPINO, *Del pagamento con surrogazione*, cit., 61.

l'esecuzione della prestazione da parte del debitore dopo l'avvenuta surrogazione dovrebbe avere l'efficacia di estinguere entrambi i rapporti obbligatori. Ma a ben vedere, i due rapporti, pur intercorrendo tra i medesimi soggetti ed aventi economicamente il medesimo oggetto, sono giuridicamente distinti: non sussiste né una pluralità di creditori né una pluralità di debitori, ma due rapporti con titolari identici e prestazioni giuridicamente distinte. Tale dottrina afferma dunque che, avvenuta la surrogazione, il credito del mutuante si estingue⁶⁹. È da escludere una novazione oggettiva in quanto il rapporto che dovrebbe venire ad esistenza – quello per il quale si intende realizzare la surrogazione – in realtà già esiste e l'apparente mutamento del titolo conseguirebbe esclusivamente dopo l'effettivo impiego della somma mutuata al fine di pagare il debito indicato nel mutuo.

In capo al mutuatario non sorge unicamente l'obbligo di restituzione, ma anche l'obbligo di impiegare la somma avuta a mutuo per una specifica finalità. Tale obbligo non implica lo svolgimento di un'attività ulteriore rispetto al contratto di mutuo, come avviene nel mutuo di scopo, ma il pagamento del debito a mezzo della somma mutuata e la conseguente surrogazione costituiscono fattispecie estintiva dell'obbligo di restituzione. Mediante il pagamento il debitore consente al mutuante di acquistare la titolarità del credito che gli assicura il recupero della prestazione. Si ha, cioè, un adempimento indiretto dell'obbligo di restituzione e conseguente estinzione del credito del mutuante; se il debitore non

⁶⁹ Sempre CARPINO, *Del pagamento con surrogazione*, cit., 62.

adempie l'obbligo di impiego della somma, il mutuante conserva il credito alla restituzione⁷⁰.

L'atto di mutuo, si è detto, presenta la particolarità di contenere necessariamente la destinazione specifica della somma. Il primo elemento della fattispecie è appunto la finalità impressa al mutuo; il mutuatario è obbligato a impiegare la somma nel modo convenuto. Il legislatore prevede che tale requisito, come pure quello della data certa, risulti espressamente. La dottrina è dell'avviso che non si tratti di un requisito di forma⁷¹. È altresì necessario che sia esattamente individuato il debito in vista del quale è concesso il prestito: una generica destinazione della somma al fine di liberare il mutuatario dai suoi debiti non

⁷⁰ Cfr. MAGAZZÙ, voce "Surrogazione per pagamento", cit. 1534, per il quale: "questa tesi lascia perplessi, anche perché sembra discutibile la premessa su cui si basa: che dal mutuo sorga per il mutuatario l'obbligo di impiegare la somma nel pagamento del debito".

⁷¹ 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 surrogazione. 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 vincolata. 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. Nel medesimo senso anche SIRENA, *La "portabilità del mutuo" bancario o finanziario*, cit., 465. 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., tendendo, comunque, presente che non è richiesto altro requisito ulteriore, come l'atto pubblico o l'autenticazione delle sottoscrizioni.

potrebbe costituire elemento della fattispecie surrogatoria⁷². Il debitore deve dunque impiegare la somma avuta a prestito per il soddisfacimento del credito indicato nell'atto di mutuo⁷³.

Il secondo elemento della fattispecie è costituito dal pagamento qualificato dalla dichiarazione del debitore circa la provenienza della somma⁷⁴. Se mancasse

⁷² MAGAZZÙ, voce "Surrogazione per pagamento" cit. 1534, 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).

⁷³ DIANA, *La surrogazione*, in *Giurisprudenza critica*, collana diretta da Cendon, Torino, 2003, 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 con una tipizzata ipotesi di mutuo di scopo. 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 mutuatario. V. RISPOLI-FARINA, voce *Mutuo di scopo*, in *Dig. disc. priv.*, vol. XI, 1994, 560 ss.

⁷⁴ 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. 3, 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

tale dichiarazione il rapporto si estinguerebbe; per contro, è proprio tale dichiarazione ad eliminare il carattere di pagamento in senso tecnico all'atto del debitore. Si osserva che l'autore sostanziale del pagamento è il terzo e che tale atto ha quindi la funzione ad esso peculiare nella surrogazione, quella di strumento di soddisfacimento dell'interesse creditorio con conseguente estromissione del creditore⁷⁵. Non è necessario, perché si produca l'effetto surrogatorio, una dichiarazione di surroga né da parte del debitore, né da parte del creditore. Gli elementi sostanziali della fattispecie sono costituiti dal mutuo di scopo e dall'impiego effettivo della somma al fine predeterminato. I due atti, che non devono necessariamente essere simultanei, costituiscono l'insieme degli elementi necessari e sufficienti per il perfezionamento della fattispecie; l'effetto surrogatorio segue per effetto di legge, sulla base della designazione compiuta dal debitore. È inoltre necessaria la quietanza, contenente la riproduzione della dichiarazione del debitore circa la provenienza della somma impiegata nel pagamento. Tale atto non ha carattere costitutivo dovendosi riconoscere che esso si esaurisce nell'attestazione della ricezione del pagamento. Si tratta, come noto,

surrogazione per volontà del creditore, è necessaria e potrebbe essere resa o nell'atto di mutuo ovvero contemporaneamente al pagamento, insieme alla dichiarazione di provenienza della somma mutuata. 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 creditore. 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.

⁷⁵ CARPINO, *Del pagamento con surrogazione*, cit., 64.

di una dichiarazione confessoria avente carattere non negoziale, meramente ricognitivo di una realtà già compiuta, e non pare possa avere valore di elemento costitutivo della fattispecie⁷⁶. Parte della dottrina ritiene trattarsi dell'unico mezzo probatorio: per ragioni di opportunità il legislatore richiede, oltre alla certezza della data, che l'operazione risulti espressamente documentata nella quietanza. Pertanto, se tutti i soggetti dell'operazione dovessero concordare sul compimento della surrogazione di cui si avesse data certa, non sembra potersi negare efficacia alla surrogazione medesima, pur mancando la quietanza⁷⁷. L'art. 1202, poi, si chiude con la disposizione secondo cui sulla richiesta del debitore, il creditore non può rifiutarsi di inserire nella quietanza tale dichiarazione⁷⁸. Se tale rifiuto dovesse verificarsi, certamente il debitore potrà a sua volta rifiutarsi legittimamente di eseguire il pagamento. Analizzati gli elementi strutturali della surrogazione per volontà del debitore, e prima di procedere al confronto con la disciplina della portabilità, occorre ancora considerare alcuni aspetti dell'istituto regolati dal codice civile, al fine di effettuarne una corretta ricostruzione giuridica.

⁷⁶ Cfr. GALGANO, *Trattato di diritto civile* cit., 33 ss.

⁷⁷ Così CARPINO, *Del pagamento con surrogazione*, cit., 65. Ad avviso di BIANCA, *Diritto civile*, cit., 350, il riferimento alla quietanza deve reputarsi non necessario in tutte le forme di pagamento che prescindono dal rilascio di una dichiarazione di quietanza da parte del creditore. In tali casi ciò che occorre è che risulti una dichiarazione scritta del debitore di data certa contestuale o non successiva al pagamento.

⁷⁸ 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.

5. LA SURROGAZIONE LEGALE. CENNI.

Per completezza, pare opportuno accennare alle ipotesi di surrogazione previste dalla legge, all'art. 1203 c.c., nelle quali l'effetto surrogatorio deriva automaticamente dal fatto del pagamento effettuato da un soggetto che non sia il debitore, senza necessità di una dichiarazione da parte del *solvens* di voler beneficiare di tale effetto⁷⁹.

La norma citata prevede un elenco di ipotesi specifiche di surrogazione legale: quattro sono considerate come principali e sono contemplate nello stesso art. 1203; le altre sono richiamate per rinvio. Tra le figure che ordinamento espressamente regola nel quadro della disciplina del pagamento con surrogazione devono ricordarsi in primo luogo i casi in cui la surrogazione è prevista a vantaggio di colui che, essendo tenuto con altri o per altri al pagamento del debito, aveva interesse di soddisfarlo⁸⁰. Si ritiene che la norma faccia riferimento ai casi

⁷⁹ 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 legge. Cfr. MAGAZZÙ, *Surrogazione per pagamento*, cit., 1519.

⁸⁰ In questa previsione rientra l'ipotesi del pagamento fatto dal debitore solidale, obbligato con gli altri debitori al pagamento del debito, nonché quella del pagamento fatto dal terzo espromittente, cioè da parte di colui che, senza delegazione del debitore, abbia assunto l'obbligazione verso il creditore. Per quanto riguarda l'accollo, l'assuntore del debito diviene normalmente debitore principale, e il suo pagamento pertanto non dà luogo, di regola, né a regresso né a surrogazione. Nelle ipotesi di pagamento eseguito dal delegato quest'ultimo è tenuto in solido col delegante se si

in cui il pagamento sia diretto ad estinguere anche l'obbligazione di colui che ha garantito personalmente l'obbligo altrui: il fideiussore che subentra nei diritti del creditore verso il debitore garantito; l'avallante che subentra nei diritti del creditore cambiario verso il debitore cambiario. Vi è invece un contrasto sull'applicazione della figura al condebitore che adempia in qualità di terzo⁸¹.

La surrogazione è specificamente prevista inoltre, a vantaggio dell'erede con beneficio d'inventario che paga con danaro proprio i debiti ereditari⁸². I casi regolati dai primi due numeri dell'art. 1203 tutelano gli specifici interessi del creditore – che voglia rafforzare il suo diritto eliminando al concorrenza di un altro creditore del suo debitore, quando il primo sia posto in posizione preferenziale – e dall'acquirente di un immobile ipotecario: l'uno paga il creditore che ha diritto di essergli preferito in ragione dei suoi privilegi, del suo pegno o delle sue ipoteche e gli subentra; l'altro paga uno o più creditori a favore dei quali

tratta di delegazione promissoria cumulativa. Egli potrà quindi giovare della surrogazione qualora gli competeva una pretesa di regresso verso il delegante. La semplice delegazione di pagamento, invece, non rende obbligato il delegato verso il delegatario e sembra in tal modo preclusa la surrogazione legale. Cfr. BIANCA, *Diritto civile*, cit., 353.

⁸¹ Cfr. BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., 771, che riporta tale contrasto: "Si è affermato in particolare che la contitolarità esclude che il condebitore adempia in qualità di terzo. E lo strumento a sua disposizione dovrebbe limitarsi all'azione di regresso. L'opinione contraria è concettualmente labile e si trincerava dietro il dato letterale, non senza far trapelare una considerazione di opportunità (assicurare all'autore del pagamento la possibilità di avvalersi delle garanzie del credito). Sta di fatto comunque, che quand'anche si ammetta la surroga del condebitore, l'ipotesi resterebbe distinta da quella del fideiussore, poiché, a differenza di quest'ultimo, il primo mai potrebbe surrogarsi nella totalità del credito, in quanto dovrebbe detrarre la quota che è a suo carico". In giurisprudenza, all'opposto, cfr. Cass., 5 febbraio 1987, n. 1120, in *Giust. civ.*, 1987, 323.

⁸² In questo caso l'erede acquista verso l'eredità crediti che si estinguono per confusione ma che sono opponibili agli altri creditori del defunto come poste passive dell'asse ereditario. V. BIANCA, *Diritto civile*, cit., 354.

l'immobile è ipotecato e di regola non ha da temere di essere espropriato, sebbene alcuni autori abbiano affermato che il credito in cui egli subentra non dovrebbe più essere garantito, dato che l'ipoteca si riferiva a un bene che ormai è in proprietà del nuovo creditore. Tra gli altri casi di surrogazione "stabiliti dalla legge" a cui rinvia l'art. 1203 n. 5 possono citarsi quello dell'assicuratore che provveda a versare l'indennità spettante all'assicurato contro i danni, subentrando nei diritti che quest'ultimo vanta nei confronti dei terzi che abbiano danneggiato le cose assicurate e l'ipotesi del terzo che paghi per errore l'obbligo altrui con l'intento di adempiere un obbligo proprio (indebito soggettivo). La dottrina ritiene l'elenco contenuto nella norma citata se non tassativo, quantomeno di stretta interpretazione.

6. LA SURROGAZIONE PARZIALE

Ad un adempimento parziale corrisponde una surrogazione parziale. In tale ipotesi entrambi i creditori, sia quello originario sia il *solvens*, concorreranno nei confronti del debitore in proporzione di quanto è loro dovuto. In particolare, mentre il creditore surrogante conserva la propria titolarità limitatamente alla parte del credito non ancora soddisfatta, il terzo surrogato diventa titolare di un diritto di credito in proporzione a quanto pagato. Peraltro, chi ritiene che per effetto della surrogazione, sorga un nuovo credito, ravvisa nella fattispecie due distinti diritti in capo al creditore e al terzo. All'opposto, chi considera la surrogazione come un fenomeno di successione particolare nel medesimo diritto

di credito ne scompone la titolarità tra surrogato e surrogante⁸³. Ciascun creditore è posto in posizione di parità di fronte al debitore, non sussistendo legittime cause di prelazione e di conseguenza il debitore potrà decidere liberamente quale creditore pagare per primo senza essere tenuto a preferire il surrogato o il surrogante.

Peraltro, il disposto di cui all'art. 1205 c.c. legittima la stipula di un patto contrario che accordi preferenza ad uno dei due creditori⁸⁴. In tal caso il debitore è tenuto ad effettuare il pagamento a vantaggio del creditore preferito.

7. LE ECCEZIONI OPPONIBILI E LA CIRCOLAZIONE DELLE GARANZIE

Per approfondire l'analisi occorre ora considerare alcuni ulteriori aspetti dell'istituto, al fine di effettuarne una corretta ricostruzione giuridica. In particolare si affronterà il problema delle eccezioni opponibili nell'ambito della surrogazione, nonché il tema della trasmissione delle garanzie accessorie, riassumibili nel noto principio della c.d. estensione della surrogazione a tutti i

⁸³ Così CARPINO, *Del pagamento con surrogazione*, cit., 138.

⁸⁴ Secondo CARPINO, *Del pagamento con surrogazione*, cit., 139, il patto contrario di cui parla il legislatore non deve essere inteso nel senso che i privati possono ricollegare ad un pagamento parziale un effetto superiore al medesimo e consentire addirittura l'acquisto dell'intero credito. Il patto contrario si riferisce alla posizione dei creditori rispetto al debitore. L'Autore poi distingue tra patto preventivo contrario che di per sé non produce effetti immediati sulla surrogazione (ma è pur sempre necessario che essa si verifichi) e patto successivo. Dal momento della stipula il creditore acquisterà ragione di preferenza. In entrambi i casi è necessario che il patto sia portato a conoscenza del debitore. diversamente questi si libererà pagando indifferentemente ad uno dei creditori; se costui dovesse essere quello non preferito, all'altro non rimarrà che chiedere il risarcimento del danno, spiegando il patto, in tal caso, efficacia solo tra le parti.

diritti del creditore soddisfatto. Tali questioni sono essenziali per la corretta interpretazione dell'istituto, orientando l'interprete nella distinzione tra successione nel rapporto giuridico e novazione dello stesso. Come noto, infatti, in caso di estinzione di un rapporto giuridico con conseguente creazione di un nuovo rapporto, si estinguono altresì le garanzie personali e reali, in mancanza di espressa manifestazione di volontà in tal senso da parte di chi le ha prestate *ex art.* 1232 c.c. e non sono opponibili le eccezioni derivanti dal rapporto ormai venuto meno⁸⁵. Ciò detto, seguendo la ricostruzione che si è tentato di fornire della surrogazione come successione a titolo particolare nel credito, deve ritenersi che il pagamento con surrogazione non estingue l'obbligazione in via assoluta poiché la posizione del debitore rimane immutata, cambiando solamente il soggetto attivo del rapporto che è ora il terzo surrogato. Ne consegue che il debitore può, in generale, opporre al nuovo creditore tutte le eccezioni opponibili al creditore originario⁸⁶. In particolare il debitore può opporre al terzo surrogato le eccezioni relative alla validità del titolo costitutivo del credito nel quale il terzo si è surrogato⁸⁷. Il debitore può poi eccepire i fatti estintivi, modificativi o sospensivi

⁸⁵ 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.

⁸⁶ Di questo avviso BIANCA, *Diritto civile*, cit., 361.

⁸⁷ Queste eccezioni non varranno a paralizzare la pretesa spettante al terzo surrogato in base al rapporto sottostante col debitore. V. BIANCA, *Diritto civile*, cit., 361, secondo cui chi prende a mutuo la somma necessario per estinguere un suo debito e surroga il mutuatario nei diritti del creditore soddisfatto, non potrà utilmente opporre al surrogato che il debito derivava in realtà da un titolo nullo. L'eccezione diverrebbe tuttavia rilevante se il terzo surrogato facesse valere esclusivamente il diritto di surrogazione.

del rapporto obbligatorio anteriori alla surrogazione. Analogamente alla cessione del credito, il debitore di buona fede può inoltre opporre al terzo surrogato il pagamento e i fatti ad esso equiparabili pur se successivi alla surrogazione.

Coerente con il meccanismo legale di trasferimento del credito è la previsione del passaggio automatico delle garanzie che assistevano il credito. L'art. 1204 c.c. prevede infatti che la surrogazione abbia effetto anche contro i terzi che hanno prestato garanzia per il debitore e che, nel caso in cui il credito sia garantito da pegno, si osservi la disposizione contenuta nel secondo comma dell'art. 1263 c.c. È significativo che il legislatore abbia riprodotto la disposizione prevista in materia di cessione del credito con riguardo alla custodia del pegno. Se il debitore o il terzo datore del pegno non danno l'assenso al passaggio della garanzia, tale diritto di garanzia si trasferisce, ma il creditore originario rimane custode della cosa. Nello stesso modo, la disciplina della surrogazione dell'ipoteca viene disciplinata dall'art. 2843 c.c. in maniera analoga a quanto avviene per la cessione del credito, attraverso l'annotazione della trasmissione del diritto reale di garanzia al subentrante.

Come si vede, i diritti accessori espressamente menzionati dalla norma sono unicamente i diritti di garanzia; altri diritti accessori trasmissibili anche se non specificamente menzionati sono i poteri connessi al contenuto e all'esercizio del credito, gli interessi, i rimedi convenzionali contro l'inadempimento. I diritti di garanzia che si trasferiscono assieme al credito sono i diritti tipici di garanzia, reali e personali: privilegi, pegni, ipoteche e fideiussioni⁸⁸. Secondo alcuni

⁸⁸ 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.

Autori⁸⁹, la disciplina del trasferimento della garanzie a favore del nuovo titolare dovrebbe applicarsi 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 terzo. Come è noto, il contratto autonomo di garanzia rappresenta una forma di garanzia personale atipica, con la quale, nell'ambito di un rapporto negoziale che vede contrapposti un debitore e un creditore, un terzo si impegna, nei confronti del creditore, ad eseguire una determinata prestazione, nell'eventualità che il debitore non adempia al contratto

DI STASO, *Modificazioni soggettive del rapporto obbligatorio e garanzie reali*, cit., 156 secondo cui: “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”.

⁸⁹ Si veda ancora DI STASO, *Modificazioni soggettive del rapporto obbligatorio e garanzie reali*, cit., 156. In giurisprudenza cfr. Cass., 19 luglio 2002, n. 10555 in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2003, 589, che stabilisce che “il contratto autonomo di garanzia, nell'ipotesi di cessione del credito, si trasferisce automaticamente, potendo qualificarsi come accessorio dello stesso”.

principale⁹⁰. Il contratto di garanzia, concluso fra il creditore e il garante, si caratterizza per l'autonomia rispetto al contratto principale e per la disomogeneità delle prestazioni, se confrontate con quelle scaturenti dal contratto principale. Alla tesi sopra esposta si contrappone quella dottrina che nega l'assimilazione del contratto autonomo di garanzia alla fideiussione, poiché caratterizzato da un elevato grado di astrattezza⁹¹.

Le garanzie si trasferiscono automaticamente, fatta eccezione per l'ipoteca, che richiede, si è già detto, l'annotazione della trasmissione in margine all'iscrizione ipotecaria. Tale annotazione ha efficacia costitutiva riguardo all'acquisto dell'ipoteca ma non riguardo all'acquisto del credito né riguardo all'efficacia della surrogazione nei confronti dei terzi. Fino al compimento della formalità dell'annotazione il diritto di ipoteca non si trasferisce. Ma il diritto, si ritiene, non rimane in capo al precedente titolare; l'ipoteca è infatti un diritto accessorio del credito e non può spettare a chi non è più titolare dello stesso. Il

⁹⁰ In argomento cfr. SESTA, *Le garanzie atipiche*, Padova, 1988.

⁹¹ 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 accessorialità per le garanzie che seguono il credito ceduto) sarebbe un non senso, che renderebbe un tale contratto meno appetibile per la pratica negoziale. 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 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”.

diritto di ipoteca entra piuttosto in una fase di quiescenza⁹². Il punto meriterà tuttavia un approfondimento.

Il diritto di pegno si trasferisce automaticamente in capo al nuovo titolare. Vigè l'obbligo alla consegna dell'oggetto del pegno, ma subordinatamente all'autorizzazione di chi ha concesso la garanzia. Se il datore del pegno non ne autorizza la consegna al cessionario, si applica, come già osservato, l'art. 1263 c.c.⁹³

Si ritiene debba essere richiamata per quanto concerne gli altri accessori la disciplina della cessione del credito in quanto compatibili. Come noto, poteri connessi al contenuto e all'esercizio del credito sono i poteri riservati al creditore di determinare o variare la prestazione o le modalità di essa, come ad esempio la facoltà di scelta nelle obbligazioni alternative o il potere di rivalutazione del credito in base ad una clausola di indicizzazione. Si trasferisce il diritto agli interessi convenzionali; al contrario il diritto agli interessi legali non si trasferisce al cessionario ma compete a quest'ultimo in quanto titolare di un credito legalmente fruttifero. Secondo la previsione normativa la cessione non comprende i frutti scaduti salvo che diversamente risulti dal titolo. Al cedente competono quindi gli interessi maturati fino al giorno della cessione. Si ritiene che la norma concerna anche i frutti naturali. Una più ampia interpretazione proposta in dottrina estende il criterio normativo a qualsiasi autonomo diritto a prestazioni già scadute che nel credito ceduto trovano il loro titolo, ad esempio i ratei di prestazioni

⁹² BIANCA, *Diritto civile*, cit., 591.

⁹³ Cass., 14 dicembre 1974, n. 4277, in *Giur. it.*, 1974, I, 690.

periodiche⁹⁴. La cessione del credito comprende i rimedi convenzionali contro l'inadempimento, ossia poteri e diritti previsti dal titolo a tutela del credito: clausola penale, interessi moratori convenzionali, anticipata scadenza del termine di pagamento, ecc. La cessione non comporta invece il trasferimento delle azioni previste dalla legge a tutela del credito poiché tali azioni spettano al cessionario in base al generale principio della tutela giurisdizionale dei diritti. Di trasferimento potrebbe piuttosto parlarsi con riguardo alle concrete posizioni processuali nell'ipotesi in cui il credito ceduto sia oggetto di un giudizio in corso. Occorre tenere presente la regola secondo la quale se il diritto controverso si trasferisce per atto tra vivi il processo prosegue tra le parti originarie (art. 111 c. p. c.), e la regola secondo la quale la sentenza spiega comunque i suoi effetti nei confronti del successore (art. 2909 c. c.). In applicazione di questa seconda regola si riconosce che il cessionario può giovare del titolo esecutivo costituito a nome del cedente⁹⁵. Altro problema concerne la possibilità del cessionario del credito di risolvere il contratto, avvalendosi della clausola risolutiva espressa o delle forme legali. La soluzione, per la maggior parte della dottrina, è negativa, in quanto la risoluzione del contratto è un rimedio posto a tutela della parte contrattuale, e non si presta ad essere utilmente esperito da parte di chi è titolare del solo diritto di credito⁹⁶. La medesima considerazione vale ad escludere che passino al cessionario le azioni di annullamento e di rescissione del contratto. In dottrina è stato negato che il terzo surrogato possa avvalersi della clausola penale. In tal senso si argomenta dalla

⁹⁴ PANUCCIO, *La cessione volontaria dei crediti nella teoria del trasferimento*, Milano, 1955, 67.

⁹⁵ In argomento v. ampiamente PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, in *Comm. cod. civ., a cura di Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1982, 145.

⁹⁶ Così BIANCA, *Diritto civile*, cit., 365.

funzione recuperatoria della surrogazione⁹⁷. In contrario depone l'argomento che la clausola penale costituisce un accessorio del credito, ed è quindi soggetta a trasferirsi assieme al diritto principale.

A conclusione della trattazione del presente paragrafo deve aggiungersi che in applicazione analogica della disciplina della cessione, il creditore soddisfatto è tenuto a consegnare al terzo surrogato i documenti probatori dal credito che sono in suo possesso. A differenza della cessione, tuttavia, il creditore non ha un impegno traslativo nei confronti del nuovo creditore e non è quindi tenuto a garantire l'esistenza del credito⁹⁸. L'inesistenza del credito comporta peraltro la mancanza del presupposto della surrogazione e qualifica il pagamento fatto come atto non dovuto. L'inadempiente ha pertanto il diritto di ripetere la prestazione secondo la disciplina dell'indebitato. La garanzia dell'esistenza del credito come pure la garanzia della solvenza del debitore possono essere assunte volontariamente dal creditore soddisfatto. La dottrina prevalente ritiene poi che la surrogazione del credito sia di per sé opponibile ai terzi senza bisogno di alcuna formalità⁹⁹. Tra due surrogazioni o tra una surrogazione e una cessione prevarrebbe quindi la surrogazione di data anteriore. Altra dottrina ritiene tuttavia applicabile in via analogica la regola della cessione¹⁰⁰: la surrogazione del credito è opponibile ai terzi, ossia prevale su altri acquirenti del diritto, quando sia stata

⁹⁷ Cfr. CARPINO, *Del pagamento con surrogazione*, cit., 135, secondo cui se si considera che la surrogazione è caratterizzata, per la sua finalità, dal recupero della prestazione, mal si concilia tale finalità con la funzione della clausola penale.

⁹⁸ BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., 773.

⁹⁹ Cfr. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., 1065; BUCCISANO, *La surrogazione per pagamento*, cit., 76.

¹⁰⁰ BIANCA, *Diritto civile*, cit., 366.

per prima notificata al debitore o accettata da questo con atto avente data certa. Tale tesi si basa sulla considerazione che gli interessi contrapposti sono simili sia che si tratti di più cessioni sia che si tratti di surrogazioni nel credito, e che la regola della cessione trova fondamento nell'esigenza di una soluzione unitaria e coerente per tutte le ipotesi di conflitto tra più acquirenti del credito a titolo particolare tra vivi.

Tutto ciò chiarito, si può ora passare ad esaminare il meccanismo di trasportabilità del mutuo così come previsto dalla legge n. 40/2007, al fine di comprenderne le modalità e gli effetti e di collocare la nuova normativa nel contesto codicistico.

CAPITOLO II

Il meccanismo di portabilità del mutuo e i rapporti con la surrogazione per volontà del debitore

1. INQUADRAMENTO DELLA FATTISPECIE

Il d.l. 31 gennaio 2007, n. 40 convertito nella l. 2 aprile 2007, n. 40, denominato “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”, ha introdotto una nuova regolamentazione dei contratti di mutuo, prevedendo all’art. 8 il meccanismo di “portabilità”. Tale espressione allude alla possibilità che colui il quale abbia precedentemente ottenuto un finanziamento provveda a rimborsare anticipatamente il capitale residuo alla banca ovvero all’intermediario finanziario che lo aveva prestato, facendo subentrare nel contratto un nuovo finanziatore, pur in presenza di un termine a favore del debitore o della non esigibilità del credito¹⁰¹. Sono meritevoli di menzione altresì le norme relative alla procedura semplificata di cancellazione delle ipoteche (art. 6)¹⁰² e al divieto di clausole che prevedono particolari prestazioni a carico del

¹⁰¹ SIRENA, *La “portabilità del mutuo” bancario o finanziario*, cit., 453.

¹⁰² La norma prevede che l’ipoteca si estingue automaticamente all’estinzione dell’obbligazione garantita. Trattasi di una causa di estinzione dell’ipoteca ulteriore e diversa rispetto a quelle previste dal codice civile. Infatti, nei trenta giorni successivi all’estinzione dell’obbligazione

mutuatario in caso di estinzione anticipata del finanziamento e conseguente nullità delle clausole che prevedano siffatti oneri (art.7).

Tale intervento normativo nasce dalla necessità di adeguare la regolamentazione nazionale ad esigenze fortemente sentite a livello comunitario. L'Unione Europea ha infatti recentemente emanato due documenti, il "Libro verde sul credito ipotecario nell'UE" del 19 luglio 2005 e il "Libro bianco sull'integrazione dei mercati UE del credito ipotecario" del 18 dicembre 2007, che, seppur al momento non vincolanti, hanno tuttavia orientato i legislatori dei

l'ipoteca va in uno stato di quiescenza, nel senso che essa si estinguerà solo se in tale periodo di tempo il creditore non comunica alla conservatoria un giustificato motivo ostativo. Per la estinzione automatica dell'ipoteca devono ricorrere due presupposti: l'estinzione dell'obbligazione e il decorso dei trenta giorni dalla predetta estinzione senza che il debitore abbia inviato dichiarazione contraria alla conservatoria. Trattasi quindi di una fattispecie complessa. Le singole fasi del procedimento previsto dalla Legge n. 40/2007 sono le seguenti: il creditore deve rilasciare al debitore la quietanza attestante la data di estinzione dell'obbligazione (da tale data decorrono i trenta giorni per l'estinzione "automatica" dell'ipoteca); trasmettere all'ufficio del territorio, entro 30 gg. dall'estinzione dell'obbligazione, la relativa comunicazione. Tutto ciò senza alcun onere per il debitore. Occorre in proposito fare alcune precisazioni: le citate comunicazioni non richiedono l'autentica notarile; le disposizioni in esame non possono essere applicate immediatamente, poiché il legislatore ha previsto che l'Agenzia del Territorio dovrà determinare le modalità della trasmissione della comunicazione da parte delle banche dell'avvenuta estinzione; non è prevista alcuna sanzione specifica a carico del creditore che non osservi i sopra citati obblighi di comunicazione, per cui l'unica tutela possibile per il debitore, in tal caso, resta quella di agire per la responsabilità civile del mutuante per eventuali danni derivanti dal ritardo nella cancellazione dell'ipoteca. Se ricorre giustificato motivo, il creditore, nello stesso termine di 30 giorni dalla data in cui l'obbligazione doveva essere estinta (la norma dice dalla scadenza dell'obbligazione) potrà inviare una comunicazione in tal senso alla conservatoria, la quale, entro il giorno successivo al ricevimento della stessa, procede ad annotarla a margine dell'iscrizione ipotecaria. Se la conservatoria non riceve la dichiarazione ostativa di cui sopra, ma riceve solo la comunicazione di avvenuta estinzione dell'obbligazione, il conservatore procede d'ufficio alla cancellazione dell'ipoteca entro il giorno successivo (naturalmente decorsi i trenta giorni).

diversi paesi europei¹⁰³. Volendo in questa sede brevemente anticipare ciò che meglio si approfondirà in seguito, va sottolineato che tali documenti nascono con l'intento di stimolare la concorrenza a livello europeo tra istituti mutuanti – con le conseguenze che ne derivano in favore dei consumatori, dovute ai maggiori risparmi connessi al meccanismo concorrenziale – prevedendo il contenimento dei costi in caso di rimborso anticipato del mutuo e l'ammissibilità di operazioni tali da consentire la libera circolazione dei finanziamenti tra diversi operatori finanziari, senza che ciò implichi alcun tipo di penalità a danno del mutuatario¹⁰⁴. Queste esigenze sono state recepite dal c.d. decreto Bersani *bis* di cui ci si occupa

¹⁰³ Nel marzo 2003 la Commissione Europea istituì un Gruppo di Discussione sul credito ipotecario (*Forum Group en droit hypothécaire*), formato da esperti e studiosi del settore con il compito di individuare gli ostacoli che si frappongono a una maggiore integrazione di tali mercati e di proporre eventuali soluzioni. Il lavoro del *Forum Group*, conclusosi nel novembre 2004, contiene 48 raccomandazioni relative a quattro distinti settori: la protezione dei consumatori, le questioni legali, la garanzia ed il finanziamento del settore. Nell'agosto 2005, su incarico della Commissione Europea, l'istituto di ricerche economiche "London Economics" ha pubblicato il rapporto "*The Costs and Benefits of Integration of EU Mortgage Markets*" le cui conclusioni indicano che da una integrazione dei mercati europei del credito ipotecario deriverebbero benefici notevoli a fronte di costi definiti modesti. Con tale pubblicazione la Commissione Europea ha inteso avviare una pubblica discussione sul mercato del credito ipotecario e sulla necessità e/o opportunità che a livello comunitario si intraprendano azioni volte ad agevolare l'integrazione di tale mercato a livello europeo. Il Libro Verde del 2005 intende precisamente creare un mercato paneuropeo del credito ipotecario attraverso miglioramenti dei sistemi nazionali di pubblicità immobiliare, nonché l'introduzione di una garanzia europea, flessibile e non accessoria al credito; il Libro Bianco del 2007, emanato sulla scia delle conseguenze della crisi finanziaria, specifica le questioni più urgenti da affrontare per raggiungere tale fine: limitata diversificazione dei prodotti, scarsa fiducia dei consumatori, ristretta mobilità dei clienti. Le indicazioni suggerite nei due testi proposti dagli organismi comunitari hanno posto le basi per una rivisitazione critica degli istinti tradizionali in tema di diritti reali di garanzia.

¹⁰⁴ V. ampiamente FUSARO, *Le linee di tendenza del diritto europeo dell'ipoteca: euroipoteca e ipoteca ricaricabile*, in *Banca borsa titoli di credito*, 5/2009, 560.

e maggiormente sviluppate dai successivi interventi modificativi che hanno inserito la normativa nel Testo Unico Bancario, regolata ora all'art. 120 *quater*.

Si è già avuto modo, nella prima parte dell'elaborato, di descrivere la struttura della portabilità del mutuo attraverso il riferimento all'istituto codicistico della surrogazione. Il quesito è sorto dalla formulazione poco chiara della norma, che, come si è visto, si riferisce ad un «trasferimento del contratto di mutuo esistente», che però avverrebbe «alle condizioni stipulate tra il cliente e la banca subentrante»; alla «portabilità» del debito di restituzione delle somme prese a mutuo, termine che parrebbe evocare l'idea di un trasferimento del credito; nonché espressamente alla «surrogazione»¹⁰⁵. Il principale punto problematico della nuova normativa riguarda infatti, come si è più sopra sottolineato, i rapporti tra il nuovo istituto della portabilità e la surrogazione di diritto comune. Dopo aver in un primo tempo e in via generica ricondotto il meccanismo di trasferibilità del mutuo alla figura della surrogazione, analizzandone le relazioni da un punto di vista strutturale, bisogna ora chiedersi se la portabilità introdotta dal Decreto Bersani *bis* sia una nuova forma di successione nel lato attivo del rapporto obbligatorio che si va ad aggiungere a quelle già codificate creando quindi una quarta forma di surrogazione o se si tratti invece di un'ipotesi di surrogazione riconducibile a quella ordinaria, dalla quale si differenzerebbe solo per lo scopo e i soggetti ai quali si applica. Partendo dal dato letterale offerto dall'art. 120 *quater* T.U.B. si è avuto modo di vedere che la norma, da un lato sancisce che per effetto della surrogazione il mutuante surrogato subentra nelle garanzie personali e reali

¹⁰⁵ Sul punto DOLMETTA, *Questioni sulla surrogazione per volontà del debitore ex art. 8 legge n. 40/2007*, cit., 395 ss.

accessorie al credito cui la surrogazione si riferisce; dall'altro, stabilisce che la surrogazione comporta il trasferimento del contratto alle condizioni stipulate tra il cliente e l'intermediario subentrante. Perciò nella norma si rinvencono talune indicazioni che portano a interpretare l'istituto come una surrogazione di diritto comune, ed altre che al contrario spingono verso interpretazioni della figura di tipo diverso, prima fra tutti la ricostruzione della portabilità come cessione del contratto. Parte della dottrina, infatti, ha paragonato la portabilità del mutuo ad una sorta di cessione *ex lege* del contratto per la quale la surrogazione svolgerebbe un ruolo meramente strumentale¹⁰⁶. Il nuovo prestito sarebbe configurabile come un contratto atipico collegato unilateralmente al primo contratto di mutuo. Altri Autori hanno invece optato per una ricostruzione della figura in termini novativi, considerando la portabilità come un meccanismo che dà vita ad una estinzione del recedente rapporto giuridico con contestuale creazione di una nuova obbligazione, per la quale, in 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 garanzia¹⁰⁷. Deve ritenersi, ancora una volta, che il legislatore abbia inteso fare riferimento alla tradizionale figura di surrogazione, non solo per il richiamo letterale all'istituto codicistico più volte presente nella norma in esame, ma altresì per il collegamento a tale istituto compiuto nella Relazione governativa presentata

¹⁰⁶ CEOLIN, *La c.d. portabilità dei mutui e la cancellazione semplificata delle ipoteche nel decreto Bersani bis*, in *Le Nuove Leggi civili commentate*, 2008, 268.

¹⁰⁷ Così FAUSTI, *Mutui e clausole vessatorie*, in *Notariato*, 2007, 535.

alle Camere per la conversione in legge del decreto n.7/2007¹⁰⁸. Va aggiunto che la disciplina della portabilità del mutuo prevede 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.. Si può affermare che se la normativa del 2007 non avesse innovato rispetto alla surrogazione per volontà del debitore, non sarebbe 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'adempimento¹⁰⁹. L'apposizione di una clausola nei

¹⁰⁸ La Relazione governativa presentata alle Camere per la conversione in legge del decreto 7/2007 chiarisce che “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”.

¹⁰⁹ Il ragionamento è tratto da DI STASO, *Modificazioni soggettive del rapporto obbligatorio e garanzie reali*, cit., 189, il quale afferma che: “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.). 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 mutuata. 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

contratti di finanziamento bancario avente ad oggetto un termine di adempimento in favore del creditore avrebbe creato ostacoli alla trasferibilità dei contratti di finanziamento, negando la volontà del legislatore¹¹⁰. 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 debitore. La figura contemplata dall'art. 8 si colloca dunque all'interno dello schema generale della surrogazione per volontà del debitore, presentandosi come una sua sottospecie, poiché utilizzabile unicamente nei rapporti tra le banche e i loro clienti.

2. AMBITO APPLICATIVO E SOGGETTI COINVOLTI

Presupposto fondamentale perché possa operare la portabilità è l'esistenza di un rapporto giuridico tra il debitore e un istituto bancario avente la sua fonte in un contratto di mutuo bancario o di apertura di credito. Il d.lgs. 141/2010, nell'introdurre l'art. 120 *quater* ha modificato la previgente disciplina estendendola a qualunque tipo di finanziamento bancario, a prescindere dal *nomen* e dalla causa dello stesso. La surrogazione può dunque essere eseguita con riferimento a qualsiasi forma di finanziamento, per qualunque finalità, con un

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”.

¹¹⁰ GENTILI, *Teoria e prassi nella portabilità dei contratti di finanziamento bancari*, cit., 453.

qualsiasi contratto concluso tra un soggetto e un intermediario bancario o finanziario¹¹¹.

L'art. 8 d.l. 7/2007, nella versione originaria anteriore alla legge di conversione, si riferiva esclusivamente alle operazioni finanziarie 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; tale riferimento avrebbe potuto far ritenere che la disciplina fosse applicabile, quanto al lato soggettivo del mutuante, a qualunque soggetto capace di agire. Fin dai primi commenti è stato però chiaro agli interpreti che tali contratti di finanziamento rientrano nella definizione di attività bancaria, per tale intendendosi l'attività di raccolta di risparmio tra il pubblico e, in particolare, di esercizio del credito, riservate dall'art. 10 T.U.B. in via esclusiva alle banche o alle società soggette alla vigilanza della Banca d'Italia, definite dal codice civile come attività riservate (artt. 2329 n. 3 e 2447 *bis* comma 2 c.c.)¹¹². Inoltre, la norma fa un riferimento specifico, si è visto, oltre che al contratto di mutuo – che può essere costituito tra privati, nonostante la figura del mutuo bancario sia quella maggiormente diffusa – anche all'apertura di credito, regolato agli artt. 1842 ss. del codice civile tra i contratti bancari. In definitiva, anche tenendo conto del dato letterale che

¹¹¹ AMATI, *Finanziamenti bancari: cancellazione di ipoteca, estinzione anticipata del mutuo e sua portabilità*, cit., 37; ARQUILLA, *La nuova disciplina della portabilità del mutuo*, cit., 2632; FALCONE, *Le operazioni di credito fondiario alla luce delle disposizioni del decreto legge n. 7 del 2007, convertito nella legge n. 40/2007*, cit., 727; CERVINI, *Estinzione anticipata dei finanziamenti*, cit., 346; CHIANALE, *Le nuove regole per la cancellazione dell'ipoteca per i mutui bancari*, cit., 487.

¹¹² CEOLIN, *La c.d. portabilità dei mutui e la cancellazione semplificata delle ipoteche nel decreto Bersani bis*, cit., 268; LEMMA, *Sub art. 120 quater*, in *Commentario al Testo Unico Bancario*, a cura di Capriglione, Padova, 2012, 1779.

ripetutamente si riferisce alle operazioni “bancarie”, deve ritenersi che solo la banca può essere il soggetto che, concluso il contratto di finanziamento, può subentrare al altro istituto di credito mediante la surrogazione. Questa interpretazione è confermata dalla legge di conversione che ha chiarito che i contratti oggetto di possibile surrogazione debbano essere conclusi da parte di intermediari bancari e finanziari, disposizione poi confluita nell’art. 120 *quater* T.U.B.

Ciò chiarito, va affrontato il problema della definizione del soggetto che conclude con l’istituto bancario o finanziario i contratti ai quali sia possibile applicare la surrogazione. La normativa fa riferimento genericamente al “debitore”, con ciò dividendo la dottrina: da un lato vi è chi considera applicabile la disciplina a qualunque debitore a prescindere dalle qualità soggettive e dallo scopo con il quale è stato concluso il contratto di finanziamento; dall’altro vi è chi sostiene che la normativa si riferisca unicamente alla categoria dei consumatori, definiti dal d.lgs. 206/2005 come le persone fisiche che agiscono per scopi estranei all’attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale, appoggiandosi su elementi ricavabili dal testo legislativo. Chi sostiene tale tesi si riferisce alla rubrica del provvedimento, emanato come si è visto, al fine di tutelare i consumatori attraverso misure urgenti, e al complesso delle disposizioni normative che qualificerebbero il contratto di finanziamento di cui si tratta come atto di consumo, ritenendo così applicabile la regolamentazione consumeristica¹¹³.

¹¹³ FAUSTI, *Anticipata estinzione del mutuo e portabilità dell’ipoteca*, cit., 48, dubita della generalizzata applicabilità della portabilità, ritenendo che il d.l. n. 40/2007 dia per presupposta la qualifica di consumatore in capo al debitore che vuole la surrogazione.

I sostenitori della tesi avversa hanno trovato un valido argomento di confutazione nella collocazione dell'istituto della portabilità del mutuo all'interno del Testo Unico Bancario, invece che nel Codice del consumo¹¹⁴. La possibilità di estinzione anticipata del mutuo e conseguente risoluzione del contratto era peraltro già prevista dall'art. 40 di tale testo legislativo, che dava facoltà ai debitori di estinguere anticipatamente, in tutto o in parte, il proprio debito, corrispondendo alla banca esclusivamente un compenso onnicomprensivo per l'estinzione contrattualmente stabilito. Tale possibilità viene ora arricchita da un lato con il riferimento espresso alla figura prevista all'art. 1202 c.c. e dall'altro con la previsione di un divieto di pattuizioni che impediscano o rendano più oneroso l'esercizio di tale facoltà. In definitiva, in tema di surrogazione del contratto di finanziamento, i sostenitori della tesi c.d. letterale, preso atto della mancanza di decisivi elementi nel testo normativo che lascino intendere una specifica applicazione della stessa solo a speciali categorie di operatori economici, ritengono che qualunque soggetto di diritto che possa acquisire obbligazioni dal

¹¹⁴ Cfr. LEMMA, Sub *art. 120* quater, cit., 1785 che afferma: "Ulteriori prospettive del rapporto tra autonomia contrattuale e mercato si rinvergono nelle modifiche recate alla norma in commento dal d.lgs. 141/2010, che ha ridefinito il sistema della vigilanza sulle operazioni di credito. È noto che tale provvedimento supera l'obiettivo del mero riequilibrio del potere contrattuale tra intermediario e cliente, distinguendosi per un portato particolarmente complesso, proiettato verso l'ulteriore obiettivo di migliorare il funzionamento e la sicurezza del mercato dei capitali. Significativa in proposito è la trasposizione della disciplina relativa a surrogazione, rinegoziazione e portabilità nel Testo Unico Bancario. Si deve infatti ritenere che siano ora applicabili i principi generali del nuovo ambiente normativo, donde l'obbligo di aver riguardo alla sana e prudente gestione dei soggetti vigilati, alla stabilità complessiva, all'efficienza ed alla competitività del sistema finanziario, nonché al coordinamento con le altre disposizioni in materia creditizia".

lato passivo sia possibile destinatario della norma¹¹⁵. Per tali Autori il tenore letterale della rubrica sarebbe irrilevante, poiché la stessa non avrebbe alcun significato normativo; inoltre la collocazione dell'istituto all'interno del titolo VI capo I del T.U.B., non lascerebbe spazio ad altre interpretazioni, poiché in tale sede vengono regolate la trasparenza delle condizioni contrattuali e i rapporti con i clienti dei soggetti che svolgono operazioni e servizi bancari e finanziari, con ciò confermando l'applicazione della disciplina all'attività contrattuale delle banche. Va anche sottolineato come la tesi dottrinale opposta desti perplessità in mancanza di un'espressa presa di posizione da parte del legislatore e che la stessa porti con sé alcune contraddizioni in quanto le esigenze alla base della flessibilità del debito bancario ipotecario sono senz'altro comuni anche agli imprenditori¹¹⁶.

Si è posto altresì in dottrina il problema dell'estensione della normativa al debitore persona giuridica. La maggior parte degli autori è orientato verso la tesi più liberale, giudicando applicabile la disciplina a qualunque soggetto, persona fisica o giuridica, nonché ente privo di personalità, pur autonomo dai singoli soggetti che ne fanno parte, concluda un qualsiasi contratto di finanziamento bancario. A sostegno di tale opinione, gli Autori pongono la considerazione in base alla quale la *ratio legis* del provvedimento sia estranea alla logica del diritto del consumatori, poiché lo scopo della normativa non è quello di equiparare le

¹¹⁵ SIRENA, *La "portabilità del mutuo" bancario o finanziario*, cit., 453; GIAMPIERI, *Il decreto sulle liberalizzazioni. La portabilità del mutuo, le intenzioni del legislatore e gli effetti (forse indesiderati) della norma*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, II, 469; GENTILI, *Teoria e prassi nella portabilità dei contratti di finanziamento bancari*, cit., 464.

¹¹⁶ Cfr. FAUSTI, *Mutui e clausole vessatorie*, cit., 535; LEMMA, *Sub art. 120 quater*, cit., 1785; CEOLIN, *La c.d. portabilità dei mutui e la cancellazione semplificata delle ipoteche nel decreto Bersani bis*, cit., 268.

posizioni sperequate di debitori e banche, bensì quello di fungere da strumento di intervento e regolazione dell'economia al fine di garantire, nell'interesse solo mediato e indiretto degli utenti, una maggior concorrenza tra gli istituti di credito¹¹⁷.

Quanto al creditore originario, la lettera del testo non fa sorgere dubbi in merito alla qualificazione dello stesso: deve trattarsi necessariamente di un istituto bancario o di un intermediario finanziario ai sensi degli artt. 106 ss. T.U.B. Al contrario, con riguardo alla persona del nuovo creditore subentrante, la dottrina è incerta sull'ambito di applicazione della disposizione. La legge fa infatti riferimento genericamente al "mutuante surrogato" senza ulteriori specificazioni. Da un lato, vi è chi ritiene che la normativa debba applicarsi a qualunque soggetto possa offrire, a condizioni più favorevoli, un nuovo finanziamento. L'attività di prestazione di un contratto di finanziamento non è infatti vietata ai soggetti che non siano banche, altrimenti, si sostiene, dovrebbero ritenersi illegittime le norme civilistiche che regolano il contratto di mutuo che, come noto, si applica indistintamente agli istituti di credito come ai privati¹¹⁸. All'opposto, altri Autori¹¹⁹ ritengono applicabile la disciplina unicamente alle banche e agli istituti ad esse assimilati, facendo leva sul dato normativo che, all'art. 120 *quater* T.U.B.,

¹¹⁷ AMATI, *Finanziamenti bancari: cancellazione di ipoteca, estinzione anticipata del mutuo e sua portabilità*, cit., 37; ARQUILLA, *La nuova disciplina della portabilità del mutuo*, cit., 2632; FALCONE, *Le operazioni di credito fondiario alla luce delle disposizioni del decreto legge n. 7 del 2007, convertito nella legge n. 40/2007*, cit., 727; CERVINI, *Estinzione anticipata dei finanziamenti*, cit., 346; CHIANALE, *Le nuove regole per la cancellazione dell'ipoteca per i mutui bancari*, cit., 487.

¹¹⁸ Così DI STASO, *Modificazioni soggettive del rapporto obbligatorio e garanzie reali*, cit., 179.

¹¹⁹ FAUSTI, *Anticipata estinzione del mutuo e portabilità dell'ipoteca*, cit., 48.

parla di “intermediario subentrante” e fa riferimento alle procedure poste in essere tipicamente dagli istituti di credito precedentemente al rilascio di un finanziamento.

Tutto ciò chiarito, deve aggiungersi che il d.l. n. 70/2011 convertito in legge n. 106/2011, ha modificato l’art. 120 *quater* T.U.B., inserendo una disposizione che individua in maniera specifica alcune categorie di mutuatari, pur sempre nell’ambito di rapporti di finanziamento con istituti di credito, individuati come coloro che possono fruire delle facoltà di surrogazione previste dalla legge. La norma, dopo aver stabilito che le disposizioni si estendono anche ai finanziamenti concessi da enti di previdenza obbligatoria ai loro iscritti e non hanno ad oggetto contratti di locazione finanziaria, prevede l’applicazione della normativa ai soli contratti di finanziamento conclusi da intermediari bancari e finanziari con persone fisiche o micro-imprese, come definite dal d.lgs. n. 11/2010. Nel concetto di persona fisica rientrano non solo coloro che concludono contratti per finalità personali ma anche coloro che agiscono al fine di esercitare la propria attività lavorativa o d’impresa, anche senza ricorrere allo strumento societario. Per microimpresa si intende quella che possiede meno di 10 occupati e un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo (corrispondente al totale dell’attivo patrimoniale) non superiore a 2 milioni di euro. Parte della dottrina riteneva applicabile a tali soggetti la medesima disciplina della tutela del consumatore anche prima della novella, in quanto anch’essi titolari di posizioni

meritevoli di tutela poiché posti in posizione di sudditanza rispetto alla controparte¹²⁰.

Analizzate le posizioni dei soggetti coinvolti nell'operazione di portabilità, si dovrà ora procedere allo studio del meccanismo formale dell'operazione alla luce delle considerazioni svolte sull'istituto della surrogazione per pagamento, così come prevista dal legislatore della novella.

3. LA FORMA DELLA PORTABILITÀ DEL MUTUO

L'operazione di portabilità avviene attraverso un complesso procedimento che si scompone in diversi atti giuridicamente rilevanti. L'atto iniziale del procedimento consiste nella stipulazione del nuovo contratto di mutuo, al fine di procedere alla estinzione della obbligazione originaria¹²¹. Il secondo atto giuridicamente rilevante consiste nell'adempimento della obbligazione originaria. Tale adempimento segna un passaggio fondamentale al fine di realizzare la surrogazione e, quindi, anche la portabilità. Senza tale passaggio obbligato, infatti,

¹²⁰ Cfr. LEMMA, Sub *art. 120* quater, cit., 1787.

¹²¹ Come si è visto in tema di surrogazione per volontà del debitore, il contratto in esame è un mutuo di scopo, in cui, a differenza che nel mutuo civilistico, il finanziamento è finalizzato: vi è quindi una destinazione della somma mutuata. All'obbligo di restituzione della somma secondo le modalità pattuite e all'obbligo di pagare gli interessi, si aggiunge un'obbligazione di fare, che si sostanzia nell'obbligo di utilizzare la somma per un determinato scopo. Si ritiene che il mutuo di scopo si perfezioni semplicemente con la manifestazione del consenso, in contrapposizione al carattere reale del mutuo civilistico. La causa del contratto risulta ampliata, incorporandosi nella struttura del sinallagma anche la destinazione della somma mutuata, dal momento che tale destinazione è connessa ad un interesse anche del mutuante, specialmente nell'ipotesi di surrogazione. Il nuovo creditore potrà infatti subentrare nella posizione del precedente mutuante solo mediante l'utilizzo della somma mutuata per realizzare il pagamento considerato.

non sarebbe possibile proprio la realizzazione dell'effetto tipico della surrogazione stessa. Se per surrogazione si intende acquisto del rapporto originario in capo al nuovo creditore, si deve pure ritenere che tale acquisto non si possa realizzare se non quando il debito originario sia stato adempiuto, in quanto, prima di tale momento, l'interesse del creditore originario a rimanere nella titolarità del rapporto appare inderogabile¹²². Il terzo atto giuridicamente rilevante, nell'ambito della fattispecie procedimentale considerata, consiste nell'atto di surrogazione da parte del debitore. Tale atto di surrogazione, come già detto, non può intervenire prima dell'adempimento ovvero secondo alcuni autori può intervenire anche anteriormente ma non può essere efficace prima dell'adempimento stesso¹²³. Pertanto, questo atto deve, da un punto di vista logico, se non cronologico, collocarsi in una posizione immediatamente successiva a quella dell'adempimento. Il quarto atto giuridicamente rilevante, al fine di realizzare pienamente e compiutamente la fattispecie consiste nella quietanza del creditore originario. Come si è osservato in tema di surrogazione, si ritiene anche in tema di portabilità che la quietanza non assuma valenza strutturale o sostanziale nell'ambito della fattispecie considerata, nel senso che la stessa non risulta preordinata alla produzione dell'effetto della surrogazione in quanto tale, ma, piuttosto, risulta preordinata alla realizzazione della opponibilità della surrogazione stessa¹²⁴. Tale quietanza potrebbe coesistere nell'ambito del procedimento considerato, con l'atto di surrogazione da parte del debitore, in

¹²² Cfr. BARATTERI, *Surrogazione e portabilità dei mutui. Funzione, struttura, efficacia e validità della fattispecie*, cit., 273.

¹²³ CARPINO, *Del pagamento con surrogazione*, cit., 65.

¹²⁴ BIANCA, *Diritto civile*, cit., 366.

quanto la stessa viene rilasciata di norma subito dopo l'adempimento della prestazione presupponendo necessariamente il pagamento in senso logico se non cronologico. Tuttavia si ritiene di poter collocare la quietanza del creditore originario in una posizione successiva rispetto a quella dell'atto di surrogazione per il fatto che, mentre la surrogazione non potrebbe produrre i propri effetti se non al momento dello stesso adempimento, la quietanza potrebbe intervenire anche in un momento successivo al pagamento dell'obbligazione originaria, data la natura meramente ricognitiva della medesima.

Il primo elemento della fattispecie procedimentale è dunque la stipulazione di un contratto di mutuo fra un soggetto finanziato già assoggettato ad un rapporto debitorio pregresso ed un nuovo creditore¹²⁵; quest'ultimo viene definito tale sia con riguardo al nuovo rapporto fondamentale che deriva dallo stesso nuovo mutuo, che con riguardo al rapporto originario, oggetto di surrogazione. Come già chiarito, il nuovo contratto di mutuo deve essere finalizzato al pagamento di un debito pregresso, in quanto l'istituto della portabilità si concentra sul nesso di causalità necessaria fra il depauperamento di un terzo e l'adempimento della prestazione. Il meccanismo non potrebbe operare se non si realizzasse il predetto rapporto di causalità che nella fattispecie in esame deve essere particolarmente stringente poiché il pagamento, materialmente inteso, viene effettuato non dal

¹²⁵ Cfr. CARRESI, *Il comodato e il mutuo*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da Vassalli, Torino, 1957, 87 ss.; FRAGALI, *Del mutuo*, in *Commentario al Codice civile Scialoja-Branca*, Libro IV, *Delle obbligazioni. Artt. 1813-1822 c.c.*, Bologna-Roma, 1966; GRASSANI, voce *Mutuo (Diritto civile)*, in *Novissimo Dig. it.*, vol. X, 1964, 1049 ss.; GALASSO, *Mutuo e deposito irregolare*, Milano, 1967; GIAMPICCOLO, *Comodato e mutuo*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Grosso-Santoro Passarelli, Milano, 1972.

nuovo creditore, ma dal debitore, il quale, tuttavia, impiega risorse economiche riconducibili al patrimonio dello stesso nuovo creditore¹²⁶.

Elemento essenziale del contratto in esame consiste nello scopo, che ne costituisce elemento causale, avente ad oggetto il pagamento del debito pregresso¹²⁷. Va chiarito che, pur nella consapevolezza dell'estensione della disciplina a qualsiasi contratto di finanziamento che si è più sopra delineata, la fattispecie alla quale la dottrina fa più spesso riferimento – probabilmente perché è quella di maggiore diffusione nella pratica – è quella del contratto di mutuo e precisamente, del mutuo di scopo. Tale contratto ha ad oggetto, oltre che la realizzazione dello scopo tipico del contratto di mutuo anche la realizzazione di un ulteriore obiettivo, da ottenere con l'impiego, in tutto od in parte, della stessa somma mutuata.

Il pagamento del debito pregresso, mediante utilizzazione della somma mutuata, tende a realizzare l'interesse del mutuante, in quanto l'adempimento di tale rapporto obbligatorio costituisce un presupposto imprescindibile per la surrogazione; tale adempimento è strumentale pure alla realizzazione dell'interesse del debitore – mutuatario, in quanto lo stesso si libera del vincolo obbligatorio precedente, sostituendo, al debito originario, un debito ritenuto meno oneroso.

¹²⁶ BARATTERI, *Surrogazione e portabilità dei mutui. Funzione, struttura, efficacia e validità della fattispecie*, cit., 277.

¹²⁷ La rilevanza causale della destinazione del finanziamento comporta risvolti rilevanti: il contratto sarà nullo se stipulato con l'accordo di non utilizzare il finanziamento in vista dello scopo. Così Cass., 11 gennaio 2001, n. 317, in *Fallimento*, 2001, 1214. Nell'ipotesi in cui il mutuatario non utilizzi il finanziamento ricevuto per lo scopo prestabilito, il mutuante potrà chiedere la risoluzione per inadempimento.

Gli elementi essenziali della figura in esame, individuati dalla dottrina, sono in definitiva: il perfezionamento di una fattispecie negoziale che sia definibile come contratto di mutuo; lo scopo del contratto stesso, che assume una rilevanza causale, consistente nella utilizzazione della somma mutuata per procedere nell'adempimento di un debito pregresso del mutuatario¹²⁸. Sulla base di quanto previsto dall'art. 1202 c.c. appare fondamentale che lo scopo non soltanto venga previsto nell'ambito del contratto di mutuo e venga elevato a presupposto causale del negozio stesso – idoneo a determinare la risoluzione del contratto o la decadenza del beneficio del termine a carico del mutuatario, in caso di inadempimento – ma soprattutto che si realizzi in concreto. Nel caso in cui il denaro derivante dal mutuo non venisse impiegato per adempiere al pagamento del debito pregresso del mutuatario, oppure il pagamento stesso non avvenisse, non potrebbe, in alcun modo, realizzarsi l'effetto della surrogazione e, quindi, pure quello della portabilità. Affinché possa verificarsi la surrogazione, inoltre, oggetto del contratto di mutuo si ritiene non possa essere soltanto lo scopo di adempimento della prestazione o del pagamento ma occorre che presupposto causale del mutuo sia la stessa “surrogazione”¹²⁹. In tale prospettiva la causa del contratto di mutuo potrebbe dirsi realizzata pienamente soltanto nel momento in cui si realizza pure l'effetto della surrogazione di cui allo stesso art. 1202 c.c. L'esistenza di tale presupposto causale serve altresì ad impedire la estinzione del rapporto obbligatorio oggetto di surrogazione il quale, a seguito

¹²⁸ TASSINARI, *Portabilità del mutuo e surrogazione dopo l'articolo 8 del d.l. sulla concorrenza*, in CNN Notizie 30 gennaio 2007.

¹²⁹ Così BARATTERI, *Surrogazione e portabilità dei mutui. Funzione, struttura, efficacia e validità della fattispecie*, cit., 308.

dell'adempimento, verrebbe naturalmente meno. Soltanto la preesistenza, in capo al debitore, di un interesse specifico sulla surrogazione (interesse che deriva dalla necessità di adempiere ad un obbligo contrattuale) determina la permanenza in vita del rapporto originario oggetto della surrogazione stessa.

Quindi, in base a quanto sopra evidenziato, fra gli elementi essenziali del contratto di mutuo in questione, vi è, oltre allo scopo del pagamento dell'obbligo pregresso, anche la stessa realizzazione dell'effetto di surrogazione, senza il quale effetto la causa del mutuo non potrebbe dirsi pienamente realizzata. La dottrina¹³⁰ ha giustamente osservato che vi è una differenza in termini causali fra la fattispecie del contratto di mutuo relativo ad un'operazione di portabilità e la fattispecie del contratto di mutuo relativo ad una semplice operazione di surrogazione per volontà del debitore. In particolare si è osservato che affinché sussista e si realizzi la fattispecie della portabilità, la surrogazione deve assurgere ad elemento causale essenziale del contratto di mutuo; nel caso in cui, invece, ciò non avvenga e, quindi, la surrogazione sia semplicemente oggetto di un obbligo in capo al debitore, deve ritenersi sussistente la sola fattispecie di cui all'art. 1202 c.c. In altri termini, perché ricorra la fattispecie della portabilità, la surrogazione risulta essere un elemento necessario, da un punto di vista causale e funzionale nell'ambito del contratto di mutuo considerato. Qualora ciò si verifici, la mancata surrogazione potrà giustificare, evidentemente, in capo al creditore, la risoluzione dello stesso contratto, oppure si determinerà la decadenza dal beneficio del termine in capo al debitore. Fra gli elementi essenziali del contratto

¹³⁰ SIRENA, *La "portabilità del mutuo" bancario o finanziario*, cit., 453; DOLMETTA, *Questioni sulla surrogazione per volontà del debitore ex art. 8 legge n. 40/2007*, cit., 395.

di mutuo in questione, affinché si realizzi la fattispecie della portabilità, la dottrina citata fa rientrare altresì quello della “rinegoziazione” del rapporto di finanziamento pregresso. Dal contenuto del contratto considerato deve emergere l’esistenza di una rinegoziazione del rapporto pregresso e tale rinegoziazione si intende effettuata in termini più favorevoli al debitore- finanziato. Tale nuovo contratto di mutuo quindi contenere necessariamente una regolamentazione nuova del rapporto pregresso, tale da costituire una rinegoziazione del medesimo rapporto¹³¹. Tale aspetto della disciplina, introdotto anch’esso dalla l. n. 40/2007, meriterà un approfondimento successivo nel corso della trattazione.

Altro elemento procedimentale necessario al fine della produzione dell’effetto della portabilità è costituito dall’adempimento dell’obbligazione originaria. La necessità dell’adempimento di tale obbligazione da parte del debitore emerge chiaramente dalla disposizione di cui all’art. 1202 c.c.; il pagamento del rapporto originario costituisce presupposto imprescindibile della stessa surrogazione oggetto di esame. La prima particolarità rispetto all’art. 1202 inerisce al fatto che l’adempimento della prestazione originaria deve essere effettuato non dal terzo nuovo creditore, come accade nella fattispecie regolata

¹³¹ Così BARATTERI, *Surrogazione e portabilità dei mutui. Funzione, struttura, efficacia e validità della fattispecie*, cit., 309, secondo cui non risulta sufficiente al fine di ritenere realizzata un’operazione di portabilità, la rinegoziazione sul piano funzionale, ma occorre altresì che tale rinegoziazione sia comunque favorevole al soggetto mutuatario. Dunque, deve emergere che la nuova operazione di finanziamento è stata posta in essere per realizzare un vantaggio concreto per il soggetto mutuatario. Se tale presupposto non si verifica, non potrà parlarsi di operazione di portabilità ma, eventualmente, potrà ritenersi realizzata, sussistendone gli altri presupposti normativi, la fattispecie generale di surrogazione per volontà del debitore di cui all’art. 1202 c.c. Non potranno quindi applicarsi le varie agevolazioni sul piano fiscale e sostanziale a favore del debitore disciplinate dall’art. 120 *quater* T.U.B.

dall'art. 1202 c.c. (adempimento da parte del terzo in senso tecnico), ma dallo stesso debitore, sia pure con il denaro derivante dalla erogazione del nuovo contratto di mutuo¹³². Il debitore – mutuatario, infatti, non soltanto si trova obbligato al pagamento in base all'originario rapporto di credito, ma altresì in base ad un correlativo obbligo che assume necessariamente nel nuovo contratto di mutuo. È evidente che, mentre l'adempimento del rapporto originario, da parte del debitore, si esaurisce con il pagamento della somma dovuta al creditore originario stesso, l'adempimento, da parte del debitore-mutuatario, del nuovo contratto di mutuo è un atto più complesso, in quanto, oltre al pagamento del mutuo pregresso, il soggetto adempiente dovrà porre in essere tutta l'attività necessaria alla surrogazione e procedere al rimborso della stessa somma mutuata¹³³. Il pagamento, da parte del debitore originario, dell'originario rapporto obbligatorio, al fine di produrre l'effetto della surrogazione (ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 1202 c.c.) deve avvenire, inoltre, con impiego della stessa somma derivante dall'erogazione del nuovo contratto di mutuo. Ad avviso della dottrina¹³⁴, qualora il pagamento non fosse effettuato mediante il reimpiego di tale somma di denaro, non sarebbe possibile l'effetto della surrogazione; in tale ipotesi il rapporto originario deve ritenersi realizzato, a seguito del regolare pagamento ma non si realizzerebbe l'effetto della surrogazione, il quale costituisce, si è detto, presupposto causale del nuovo contratto di mutuo. Infine, il pagamento

¹³² Si rimanda alle annotazioni svolte in tema di surrogazione per volontà del debitore. Capitolo I, Paragrafo 4.

¹³³ Cfr. CORAPI, *Regresso e surrogazione nelle obbligazioni solidali*, Padova, 2010, 59 ss.

¹³⁴ BARATTERI, *Surrogazione e portabilità dei mutui. Funzione, struttura, efficacia e validità della fattispecie*, cit., 320.

considerato dovrebbe avvenire mediante impiego di somma di denaro che è ormai divenuta di proprietà del mutuatario stesso: il passaggio della proprietà o titolarità della somma di denaro in capo al mutuatario, in base alle norme di legge regolanti la materia, sembra infatti costituire presupposto imprescindibile per il perfezionamento dello stesso contratto di mutuo, in quanto contratto reale.

In definitiva, si può così riassumere quanto detto: al fine di rendere possibile la realizzazione dell'effetto della surrogazione, l'adempimento dell'originario rapporto di credito è un atto di adempimento non soltanto con riguardo al rapporto originario, ma pure con riguardo al nuovo contratto di mutuo; l'adempimento della prestazione originaria deve essere effettuato dallo stesso debitore originario – mutuatario e quindi il pagamento non potrebbe avvenire direttamente da parte del nuovo mutuante; il pagamento, da parte del debitore originario, dell'originario rapporto obbligatorio, deve avvenire con impiego della stessa somma derivante dall'erogazione del nuovo contratto di mutuo; il pagamento dovrebbe avvenire mediante impiego di somma di denaro che è ormai divenuta di proprietà del mutuatario stesso, in base al nuovo contratto di mutuo, in quanto tale passaggio della proprietà della somma di denaro sarebbe un presupposto tipico dello stesso contratto di mutuo considerato.

L'atto di surrogazione costituisce il terzo elemento formale e strutturale della fattispecie di cui all'art. 1202 c.c. Come si è già avuto modo di vedere, secondo la dottrina dominante, si tratterebbe di un elemento fondamentale – e quindi strutturale – al fine della produzione dell'effetto della surrogazione. Si tratta di un atto che deve essere compiuto dal soggetto che adempie l'obbligazione originaria, cioè da parte del debitore - mutuatario. In base a quanto previsto e

disciplinato, sia pure implicitamente, dalla disposizione di cui all'art. 1202 c.c., pertanto, l'atto di surrogazione deve essere compiuto dallo stesso debitore del rapporto originario e pure debitore, rispetto al nuovo contratto di mutuo. La disposizione di cui all'art. 1202 c.c. prevede espressamente che la surrogazione possa essere effettuata, da parte del debitore, il quale adempie una sua pregressa obbligazione, anche senza il consenso del creditore. Si tratta, quindi, di un atto che produce un determinato effetto a prescindere dalla volontà del creditore, il quale è invece, è tenuto, oltre che a ricevere il pagamento, anche a presentare la quietanza, nei termini di cui allo stesso art. 1202 c.c.

È sorto, soprattutto nella prassi contrattuale legata alla fattispecie della portabilità, il problema della determinazione del momento entro il quale si deve perfezionare l'atto di surrogazione, *ex art. 1202 c.c.*, affinché lo stesso possa realizzare l'effetto giuridico che lo caratterizza¹³⁵. La questione nasce dal fatto che, mentre l'atto di surrogazione viene nella prassi effettuato nell'ambito e nel contesto del contratto di mutuo da parte del debitore mutuatario, il pagamento del rapporto originario potrebbe avvenire in un momento successivo, così come la produzione della quietanza. Tale ipotesi si verifica per lo più nei casi in cui il creditore originario non intervenga direttamente alla stipulazione del nuovo contratto di mutuo, per prestare quietanza, a norma dello stesso art. 1202 c.c. (c.d.

¹³⁵ La questione nasce dal fatto che taluni uffici legali di istituti bancari, nell'ambito di operazioni di portabilità, richiedono espressamente, qualora l'atto di quietanza non venga prestato al momento della stessa stipulazione del contratto di mutuo, che lo stesso venga ad essere perfezionato nello stesso giorno in cui si perfeziona il mutuo considerato. Da quanto detto, emerge la preoccupazione che l'atto di surrogazione debba essere compiuto contestualmente all'atto di quietanza in quanto, in caso contrario, si ritiene che l'effetto della surrogazione considerata non possa realizzarsi.

ipotesi di portabilità bilaterale)¹³⁶. In tale particolare ipotesi la quietanza del creditore originario deve essere rilasciata in separata sede e quindi, normalmente, anche in un momento successivo alla stipulazione del nuovo contratto di mutuo; come già detto, durante la stipulazione del contratto viene altresì perfezionato, nella prassi, l'atto di surrogazione da parte del debitore¹³⁷. In linea di principio, anche il pagamento potrebbe realizzarsi successivamente alla stipulazione del mutuo considerato. È evidente che la questione prospettata assume una notevole rilevanza qualora si ritenga che l'atto di surrogazione debba intervenire, obbligatoriamente, al momento del pagamento, ovvero al momento del rilascio della quietanza, da parte del creditore originario. Se, infatti, l'atto di surrogazione non intervenisse o si perfezionasse nel momento specifico previsto dalla legge, si potrebbe ritenere la surrogazione stessa del tutto inefficace, con le conseguenze, di diritto e di fatto che ne derivano. Deve sottolinearsi peraltro che la dottrina maggioritaria è dell'avviso che l'atto di surrogazione possa essere perfezionato

¹³⁶ BUSANI, *La portabilità dell'ipoteca: tecnica redazionale*, in *Il contributo del Notariato per l'attuazione delle semplificazioni in tema di mutui ipotecari*, Milano-Roma, 2008, 154, il quale prospetta varie possibilità di realizzazione della fattispecie di cui all'art. 1202 c.c., con particolare riguardo alla disciplina della portabilità. Per realizzare la surrogazione, l'Autore ipotizza tre differenti strade: la più facile è la stipula di un unico atto, nel quale convergono il mutuatario, la vecchia banca e la nuova banca; la più articolata è la stipula di tre diversi atti: il nuovo mutuo, l'atto di quietanza e l'atto di surroga; quella intermedia è suddivisa in due atti: il nuovo mutuo e un altro atto, nel quale siano contenute sia la quietanza che la dichiarazione di surroga. In tale ultimo caso, per l'A., la surrogazione deve avvenire non al momento della stipulazione del contratto di mutuo ma piuttosto al momento del rilascio della quietanza.

¹³⁷ Di norma, l'atto di surrogazione è contenuto nello stesso documento che contiene il nuovo contratto di mutuo. La possibilità che il pagamento del debito originario si realizzi in un tempo successivo rispetto alla stipulazione del contratto di mutuo è, nella prassi, del tutto marginale. Ciò in quanto si tende a far decorrere, anche per motivi di calcolo degli interessi connessi al rapporto pregresso, il pagamento dalla stessa data di stipulazione del nuovo contratto di mutuo.

sino al momento del pagamento e, nel caso di perfezionamento in data anteriore, l'efficacia dello stesso sarebbe sospesa sino al pagamento considerato¹³⁸.

In definitiva, l'atto di surrogazione può compiersi anche prima del pagamento, ma non oltre lo stesso; in caso di compimento dell'atto in data anteriore gli effetti dello stesso sarebbero dunque sospesi sino all'effettivo pagamento. Altra questione da affrontare riguarda la necessità o meno che l'atto di surrogazione intervenga al momento in cui viene rilasciata la quietanza, da parte del creditore originario, *ex art. 1202 c.c.*¹³⁹ Sulla base di quanto sopra esposto, si deve ritenere che la surrogazione debba essere compiuta entro e non oltre il momento del pagamento; pertanto se la quietanza viene rilasciata dal creditore al momento del pagamento nessun problema si pone in quanto sarà questo il termine entro il quale sarà possibile effettuare altresì la surrogazione. Qualora, invece, la quietanza venga rilasciata in data posteriore al pagamento, si ritiene che l'atto di surrogazione non possa e non debba essere compiuto al momento del rilascio della quietanza medesima. Ciò che rimane da chiarire è se sia in concreto possibile che la quietanza venga rilasciata in data posteriore al pagamento, oppure la stessa debba essere necessariamente rilasciata al momento del pagamento, avendo riguardo alla fattispecie della surrogazione per volontà del

¹³⁸ Non si tratterebbe, evidentemente, di una condizione sospensiva in senso tecnico, quanto piuttosto di un'impossibilità temporanea, per il negozio, in mancanza del presupposto oggettivo, di produrre i suoi effetti. Cfr. BIANCA, *Diritto civile*, cit., 366; BUSANI, *La portabilità dell'ipoteca: tecnica redazionale*, cit., 154; BARATTERI, *Surrogazione e portabilità dei mutui. Funzione, struttura, efficacia e validità della fattispecie*, cit., 387.

¹³⁹ Cfr. CECCHETTI, voce *Quietanza*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVIII, Milano, 1987, 161; DI MAJO, *Adempimento in generale*, in *Commentario al codice civile Scialoja-Branca*, artt. 1177-1200, Bologna-Roma, 1994.

debitore, di cui all'art. 1202 c.c. Il punto centrale della questione è costituito dalla definizione della natura giuridica della quietanza, in base al disposto di cui al predetto art. 1202 c.c. Nel caso in cui la quietanza assuma rilevanza strutturale e sostanziale nella configurazione della fattispecie e nella produzione dell'effetto surrogatorio, dovrà ritenersi che la stessa debba perfezionarsi contestualmente al pagamento¹⁴⁰. All'opposto, nel caso in cui si ritenga che la quietanza abbia portata meramente dichiarativa e ricognitiva, si deve concludere che la stessa possa intervenire anche posteriormente al pagamento. In tal caso, infatti, il suo mancato perfezionamento al momento del pagamento non impedirebbe, in termini giuridici, la realizzazione dell'effetto sostanziale della surrogazione. In definitiva si deve ritenere possibile il rilascio della quietanza pure in data posteriore al pagamento, purché l'atto di surrogazione sia intervenuto in data non posteriore al pagamento stesso.

Per completezza, bisogna aggiungere che l'art. 120 quater TUB richiede che l'atto di surrogazione sia perfezionato con atto pubblico o con scrittura privata, senza chiarire però se tale requisito sia richiesto a pena di nullità. Non si tratta dunque di una forma richiesta *ad substantiam* dell'atto, in quanto preordinato unicamente all'annotazione del passaggio del titolare del vincolo, che avverrà a seguito della surrogazione stessa. Tra gli interpreti non è mancato chi ha sottolineato come la scrittura privata, considerata sufficiente per la conclusione

¹⁴⁰ BARATTERI, *Surrogazione e portabilità dei mutui. Funzione, struttura, efficacia e validità della fattispecie*, cit., 390, per cui: "se così non fosse sarebbe impossibile la realizzazione dell'effetto di surrogazione. Si suppone infatti che la stessa surrogazione debba perfezionarsi non oltre il momento del pagamento. tale perfezionamento sarebbe invece, in tal caso, impossibile al momento del pagamento, senza la quietanza, se si intendesse la stessa come elemento costitutivo e perfezionativo della fattispecie".

della surrogazione, non possa invece bastare ai fini dell'annotazione visti i principi generali che regolano la materia¹⁴¹. La dottrina ha altresì ritenuto che le parti ricorreranno più di frequente alla stipulazione di un contratto 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 terzi¹⁴². 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 portabilità può essere eseguita anche per crediti chirografari o comunque per crediti non assistiti da ipoteca, la forma minima di tale atto non potrà che essere quella prescritta dall'art. 1202 comma 2 n. 1 c.c.¹⁴³

Alla luce di quanto sopra esposto in termini di descrizione del meccanismo di portabilità, restano ora da analizzare alcuni aspetti particolarmente delicati per completare l'analisi e per acquisire ulteriori elementi che permettano di meglio definire i rapporti tra surrogazione e portabilità. In primo luogo si affronterà il problema delle eccezioni opponibili nell'ambito della surrogazione; in secondo luogo, verrà trattato il tema della trasmissione delle garanzie accessorie, riassumibili nel noto principio della c.d. estensione della surrogazione a tutti i diritti del creditore soddisfatto¹⁴⁴.

¹⁴¹ TASSINARI, *Portabilità del mutuo e surrogazione dopo l'articolo 8 del d.l. sulla concorrenza*, in CNN Notizie 30 gennaio 2007.

¹⁴² Così SIRENA, *La "portabilità del mutuo" bancario o finanziario*, cit., 465.

¹⁴³ Così DI STASO, *Modificazioni soggettive del rapporto obbligatorio e garanzie reali*, cit., 208.

¹⁴⁴ MAGAZZÙ, *Surrogazione per pagamento*, cit., 1529.

4. RAPPORTI CON LA SURROGAZIONE PER VOLONTÀ DEL DEBITORE: LE ECCEZIONI OPPONIBILI

La prima questione di cui si vuole trattare concerne il regime delle eccezioni opponibili dal debitore al nuovo creditore. Anche in questo caso le interpretazioni della dottrina divergono: a coloro che ritengono imprescindibile l'opponibilità al nuovo creditore delle eccezioni reali e personali relative al rapporto originario si contrappongono le posizioni più recenti della dottrina e soprattutto dei primi commentatori della novella che intendono potenziarne appieno la sua applicabilità pratica.

La tesi dominante è quella secondo cui la modificazione del rapporto obbligatorio, implicando successione nel medesimo, fa sì che il nuovo titolare attivo dello stesso debba essere soggetto alle stesse eccezioni che il debitore avrebbe potuto opporre al creditore originario¹⁴⁵. Tuttavia, come ha ritenuto una parte della dottrina¹⁴⁶, sulla questione occorre distinguere tra quelle vicende dell'obbligazione nelle quali il ruolo del debitore è per così dire in secondo piano, come la cessione del credito, da quelle in cui, invece, il ruolo di questi è attivo, quale in particolare la surrogazione di cui all'art. 1202 c.c. e all'art. 120 *quater*

¹⁴⁵ AMATI, *Finanziamenti bancari: cancellazione di ipoteca, estinzione anticipata del mutuo e sua portabilità*, cit., 37; ARQUILLA, *La nuova disciplina della portabilità del mutuo*, cit., 2632; FALCONE, *Le operazioni di credito fondiario alla luce delle disposizioni del decreto legge n. 7 del 2007, convertito nella legge n. 40/2007*, cit., 727; CERVINI, *Estinzione anticipata dei finanziamenti*, cit., 346; CHIANALE, *Le nuove regole per la cancellazione dell'ipoteca per i mutui bancari*, cit., 487.

¹⁴⁶ 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.

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, tuttavia, derogano 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 surrogazione¹⁴⁷. Per quanto concerne i vizi di annullabilità della fonte del credito si è ritenuto, sempre da parte della dottrina dianzi citata, 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

¹⁴⁷ Così DI STASO, *Modificazioni soggettive del rapporto obbligatorio e garanzie reali*, cit., 196.

patologia contrattuale, in questo modo solo le annullabilità c.d. assolute ovvero le annullabilità legate all'incapacità legale 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 surrogazione¹⁴⁸. Nella pratica applicazione della portabilità si rileva che la banca predispone nel contratto un'apposita clausola mediante la quale il mutuatario rinuncia ad opporre all'istituto mutuante le eccezioni fondate sul precedente finanziamento¹⁴⁹.

Ciò detto, va ricordato come la portabilità del mutuo non possa essere interpretata senza ricorrere all'istituto di diritto comune e che, al contrario, debba essere con esso armonizzata. La disciplina della surrogazione, come di qualunque altra forma di successione nel rapporto obbligatorio non avente effetti novativi, non può prescindere dal c.d. rapporto anteriore, poiché quel rapporto rimane elemento fondamentale della fattispecie. Da ciò deriva che se la portabilità dovesse consentire l'inopponibilità delle eccezioni relative al rapporto originario allora non sarebbe una forma di surrogazione ordinaria, bensì una surrogazione novativa¹⁵⁰.

¹⁴⁸ 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.

¹⁴⁹ GATTONI, *La portabilità del mutuo e l'annotazione della surrogazione nell'ipoteca* cit., 64.

¹⁵⁰ Cfr. DI STASO, *Modificazioni soggettive del rapporto obbligatorio e garanzie reali*, cit., 196, secondo cui: “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 appare oltre modo impervia, in quanto con ciò si sindacherebbe, da un lato, su un coerente e prevalente orientamento della giurisprudenza di legittimità e dall'altro lato si

Ma se si trattasse di surrogazione novativa allora la garanzia, reale o personale, accessoria al rapporto non potrebbe 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.. All'opposto, la portabilità deve ritenersi una forma di surrogazione ordinaria non novativa. Alla base di tale assunto sta proprio il meccanismo del subentro automatico nelle garanzie. In definitiva, si può concludere nel senso della generale opponibilità di tutte le eccezioni, personali e reali, relative al rapporto anteriore.

5. IL SUBENTRO NELLE GARANZIA ACCESSORIE AL CREDITO. CENNI.

Come si è visto, il tema della trasmissione delle garanzie accessorie al credito nell'ambito della portabilità del mutuo si presenta come una questione centrale al fine di dare una corretta interpretazione della figura giuridica in esame. Se infatti possono sorgere dubbi in merito all'effettivo trasferimento del credito, poiché nella prassi viene stipulato tra il cliente e la banca un nuovo contratto, è

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”.

pacifico che a circolare sia la garanzia. Come si potrebbe allora spiegare l'accessorietà di una garanzia ad un diritto di credito non più esistente? Tale considerazione è un elemento decisivo che fa propendere in maniera definitiva per una ricostruzione dell'istituto come fattispecie di successione nel rapporto obbligatorio.

Sebbene l'art. 120 *quater* non sia stato limitato ai finanziamenti ipotecari, tali istituti costituiscono il principale ambito di applicazione della normativa. Per questa ragione si è sostenuto che la disposizione, più che la «portabilità del mutuo», avrebbe lo scopo di incentivare la «portabilità dell'ipoteca», intendendosi quest'ultima come la surrogazione del nuovo finanziatore nel credito ipotecario, ovvero più specificamente nell'ipoteca, ai sensi dell'art. 1202 c.c. Il soggetto finanziato, una volta rimborsato anticipatamente il finanziamento ottenuto dalla banca, stipulerebbe un autonomo contratto di mutuo con il nuovo finanziatore, il quale si surroga nell'ipoteca originaria a garanzia del credito spettantegli *ex novo*¹⁵¹. Tale considerazione crea tuttavia diversi problemi interpretativi che saranno affrontati nel proseguo della trattazione, attraverso lo studio del meccanismo di circolazione delle garanzie così come previsto dalla legge n. 40/2007, soffermandosi in particolare sull'ipoteca. Lo studio dei riflessi della portabilità sulle garanzie in generale e sull'ipoteca in particolare, si giustifica per il fatto che la legge, tramite l'introduzione di una disciplina semplificata, intende agevolare la trasferibilità del mutuo, volendo in questo modo dare nuova vita

¹⁵¹ SIRENA, *La "portabilità del mutuo" bancario o finanziario*, cit., 465; BUSANI, *La portabilità dell'ipoteca: tecnica redazionale*, cit., 154, riferisce il termine portabilità in senso più riduttivo, facendo riferimento al trasferimento della sola ipoteca che assiste il finanziamento; LEMMA, *Sub art. 120 quater*, cit., 1783.

all'istituto della surrogazione, al fine di farlo diventare a tutti gli effetti uno degli strumenti principali di circolazione del credito.

Prima di affrontare lo studio della circolazione delle garanzie, si ritiene utile completare l'analisi dell'operazione di portabilità del mutuo attraverso l'analisi delle ulteriori disposizioni contenute nel testo di legge.

6. LA NULLITÀ DELLE CLAUSOLE IMPEDITIVE E ONEROSE

Come si è più volte detto, il legislatore introducendo il meccanismo di portabilità, ha inteso dare nuova vita all'istituto della surrogazione per volontà del debitore¹⁵². Per far ciò ha inserito nel testo di legge diversi incentivi quali la previsione del mantenimento dei benefici fiscali ottenuti con il finanziamento originario, previsto dall'art. 120 *quater* c. 8 T.U.B. e diversi meccanismi sanzionatori quali il rimedio del risarcimento del danno in favore del contraente debole e diverse sanzioni negoziali, tendenti alla declaratoria di nullità di quelle clausole aventi lo scopo di impedire o comunque restringere l'esercizio di

¹⁵² LEMMA, Sub *art. 120 quater*, cit., 1781, secondo cui l'istituto in esame si inserisce in un contesto di liberalizzazione dell'operatività finanziaria di ampia portata, che interviene sulle dinamiche negoziali, sui relativi costi transattivi e, più in generale, sulle relazioni che si realizzano nel circuito dei finanziamenti. Si è in presenza di un complesso dispositivo che si pone a base di un nuovo mercato secondario, alimentato dalla domanda di migliori condizioni di credito da parte di soggetti già finanziati dal sistema bancario. L'interpretazione della norma non deve dunque restare circoscritta alla verifica critica delle opzioni regolatorie proposte dall'art. 120 *quater* e della relativa incidenza sugli istituti tradizionali del nostro ordinamento, ma deve estendersi fino a considerare gli effetti che la medesima realizza nel mercato dei capitali, in una prospettiva attenta a coniugare l'intervento pubblico con le finalità generali e con quelle proprie della regolazione bancaria.

determinate facoltà di surrogazione per il debitore¹⁵³. Tali clausole, prima dell'emanazione della legge in esame, trovavano già regolamentazione all'interno del Codice del Consumo, limitatamente ai contratti stipulati tra il consumatore e il professionista, poiché rientravano pienamente entro quelle disposizioni determinative di un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto, ai danni del consumatore¹⁵⁴. Si è già avuto modo di osservare come l'art. 120 *quater* non rientri nel complesso sistema del diritto dei consumatori, tuttavia la dottrina ritiene che laddove nella concreta negoziazione si rientri entro i presupposti soggettivi di applicazione di quest'ultimo sistema, esso debba prevalere e che dunque 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 finalizzati all'operazione surrogatoria¹⁵⁵.

La norma in esame prevede che qualunque patto, anche successivo alla conclusione del finanziamento, teso a impedire l'esercizio della surrogazione o a renderlo più complesso sia affetto da radicale nullità, per contrarietà a norme imperative, ciò in coerenza coi principi generali. La dottrina ritiene che la nullità dei patti che ostacolano il corretto funzionamento della portabilità sia una nullità relativa che, a norma dell'art. 127 comma 2. T.U.B., opera soltanto a vantaggio

¹⁵³ ARQUILLA, *La nuova disciplina della portabilità del mutuo*, cit., 2632; FALCONE, *Le operazioni di credito fondiario alla luce delle disposizioni del decreto legge n. 7 del 2007, convertito nella legge n. 40/2007*, cit., 727; CERVINI, *Estinzione anticipata dei finanziamenti*, cit., 346.

¹⁵⁴ DI STASO, *Modificazioni soggettive del rapporto obbligatorio e garanzie reali*, cit., 243.

¹⁵⁵ FAUSTI, *Anticipata estinzione del mutuo e portabilità dell'ipoteca*, cit., 48.

del cliente e può essere rilevata d'ufficio dal giudice¹⁵⁶. Nel contesto normativo di settore, la rilevabilità d'ufficio della nullità, oltre a proteggere il contraente debole, produce effetti anche nei confronti del nuovo creditore, che potrà avvalersi di tale rilievo in una eventuale causa contro il finanziatore originario¹⁵⁷. La norma si occupa altresì della nullità parziale, con lo scopo precipuo di conservare gli effetti del contratto, in osservanza dei principi generali

¹⁵⁶ LEMMA, Sub *art. 120 quater*, cit., 1795. Cfr. CEOLIN, *La c.d. portabilità dei mutui e la cancellazione semplificata delle ipoteche nel decreto Bersani bis*, cit., 268, secondo cui, a differenza 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. 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 attiva. V. altresì TASSINARI, *Portabilità del mutuo e surrogazione dopo l'articolo 8 del d.l. sulla concorrenza*, cit. secondo cui è lo stesso fondamento della nullità in commento a dover essere criticamente rivisto, rispetto all'immediata riconduzione alla tutela del debitore. In realtà, 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 posteriori rispetto a quelli meramente privatistici, non sembra compatibile che con la ricostruzione in termini di assolutezza della nullità in commento; 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'A. 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 esame.

¹⁵⁷ Cfr. ALPA, *Commento sub art. 23 T.U.F.*, in A.A.V.V., *Commentario al testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, a cura di Alpa, Capriglione, 1998, 259.

dell'ordinamento, che, come noto, 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 ricchezza¹⁵⁸. Tale principio di conservazione degli effetti del contratto, in presenza di una nullità parziale, subisce un'eccezione 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 che non ritiene di poter mantenere in vita un contratto che difetti 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 interessi¹⁵⁹. La dottrina, in sede di

¹⁵⁸ ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato* Iudica – Zatti, Milano, 2001, 458 e ss.

¹⁵⁹ Con queste parole DI STASO, *Modificazioni soggettive del rapporto obbligatorio e garanzie reali*, cit., 246. Cfr. BIANCA, *Diritto civile*, cit., 640. Così in giurisprudenza cfr. Cass., 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”. Contrario MESSINEO, *Il contratto*, vol. II in *Trattato di diritto civile* Cicu – Messineo, Milano, 1972, 387, il quale ritiene che la nullità dell'intero contratto, sancita in caso di invalidità di una clausola dello stesso, sia da dichiarare a seguito di una rigorosa indagine di tipo soggettivistico, in modo tale che il giudice sia chiamato a rispondere alla domanda se la volontà delle parti si sarebbe ugualmente indirizzata alla conclusione del contratto, in mancanza della clausola espunta. Cfr. Cass., 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

commento al Codice del consumo, ha ritenuto che il contratto quand'anche affetto da clausole nulle in quanto abusive rimarrebbe comunque in essere, derogandosi pertanto al 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 contratto¹⁶⁰. 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 se la nullità fosse necessariamente parziale, ovvero se fosse applicabile la disciplina di diritto comune. La dottrina¹⁶¹ si è orientata in favore della parzialità necessaria della nullità ritenendo 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 parziale¹⁶². In sede di conversione del decreto il legislatore ha integrato il testo di legge inserendo uno specifico riferimento alla necessità della nullità parziale, rendendo il dato normativo più coerente con l'assetto generale del provvedimento.

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”.

¹⁶⁰ RUFFOLO, *Condizioni generali di contratto, clausole vessatorie e contratto concluso mediante moduli e formulari*, in *Clausole “vessatorie” e “abusiva”*: gli artt. 1469-bis ss. cc. e i contratti col consumatore, Milano 1997, 87 il quale parla esplicitamente 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..

¹⁶¹ ROPPO, *Il contratto del Duemila*, Torino, 2011, 71.

¹⁶² Il ragionamento è tratto da DI STASO, *Modificazioni soggettive del rapporto obbligatorio e garanzie reali*, cit., 247.

7. LA RIDUZIONE DEI COSTI E I BENEFICI FISCALI

Il legislatore, sempre al fine di incentivare il ricorso al meccanismo di portabilità da parte del debitore ha previsto il divieto di imposizione a carico di quest'ultimo di particolari oneri finanziari nel momento in cui viene perfezionata la fattispecie, quali la 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.¹⁶³ e il 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.). La cancellazione dell'ipoteca 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.

Per quanto concerne i costi che si troverà ad affrontare il nuovo istituto di credito 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

¹⁶³ AMATI, *Finanziamenti bancari: cancellazione di ipoteca, estinzione anticipata del mutuo e sua portabilità*, cit., 37; DOLMETTA, SCIARRONE ALIBRANDI, *La facoltà di estinzione anticipata nei contratti bancari, con segnato riguardo alla disposizione dell'art. 7 legge n. 40/2007*, cit., 2008; ARQUILLA, *La nuova disciplina della portabilità del mutuo*, cit., 2632; FALCONE, *Le operazioni di credito fondiario alla luce delle disposizioni del decreto legge n. 7 del 2007, convertito nella legge n. 40/2007*, cit., 727; CERVINI, *Estinzione anticipata dei finanziamenti*, cit., 346; CHIANALE, *Le nuove regole per la cancellazione dell'ipoteca per i mutui bancari*, cit., 487.

più sollecito e anche più economico per il debitore. Tale 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 ammortamento¹⁶⁴.

Quanto al secondo aspetto dei costi della surrogazione, occorre analizzare la tematica dei costi dell'atto notarile di surrogazione. Un primo indice normativo è costituito dall'art. 2 c. 1*bis* 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, 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 notaio¹⁶⁵. La dottrina ritiene che la disposizione trovi applicazione anche nel caso in cui il notaio avesse deciso di impiegare la forma dell'atto pubblico per la surrogazione¹⁶⁶.

¹⁶⁴ BEVILACQUA, *Rischi di pregiudizio per la banca surrogata e relazione ipotecaria notarile* cit., 130 e ss..

¹⁶⁵ Così DI STASO, *Modificazioni soggettive del rapporto obbligatorio e garanzie reali*, cit., 226.

¹⁶⁶ GENTILI, *Teoria e prassi nella portabilità dei contratti di finanziamento bancari*, cit., 453.

8. I DOVERI INFORMATIVI E LA COLLABORAZIONE INTERBANCARIA

Come si è visto, il legislatore ha inteso incentivare il ricorso alla procedura di portabilità attraverso la predisposizione di appositi divieti, tesi a inibire tutti quei patti che avessero lo scopo di impedire all'utente dei servizi bancari di addivenire alla conclusione della procedura e attraverso l'impiego di incentivi fiscali. Il divieto legale tende a bloccare pratiche diffuse 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 finanziamento¹⁶⁷. 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 ma anche nell'ambito del procedimento di surrogazione¹⁶⁸.

¹⁶⁷ GATTONI, *La portabilità del mutuo e l'annotazione della surrogazione nell'ipoteca* cit., 59.

¹⁶⁸ SIRENA, *La “portabilità del mutuo” bancario o finanziario*, cit., 453; DOLMETTA, *Questioni sulla surrogazione per volontà del debitore ex art. 8 legge n. 40/2007*, cit., 395; FAUSTI, *Anticipata estinzione del mutuo e portabilità dell'ipoteca*, cit., 39; ARQUILLA, *La nuova disciplina della portabilità del mutuo*, cit., 2632. Cfr. BARATTERI, *Surrogazione e portabilità dei mutui. Funzione, struttura, efficacia e validità della fattispecie*, cit., 63, secondo cui: “il legislatore ha inteso, evidentemente, fare riferimento al fatto che i soggetti vincolati, in base al rapporto originario, non possano essere ritenuti responsabili oltre il limite dello stesso rapporto

Si è già visto altresì che 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, a criteri di massima riduzione dei tempi, degli adempimenti e dei costi connessi. La dottrina si è divisa: da un lato vi è chi sostiene la tesi per la quale si tratta di norme meramente programmatiche¹⁶⁹; dall'altro vi è chi intende dare a tale disposizione un significato giuridicamente cogente al fine di garantire la migliore tutela del debitore e quindi, la concorrenza tra istituti bancari, secondo il complessivo

originario considerato e, quindi, gli stessi non rispondono degli ulteriori oneri, penali e, comunque, obblighi, che siano eventualmente dovuti in base al rapporto fondamentale. Tali oneri non sono altro che quei rapporti eccedenti il contenuto e l'oggetto del rapporto di mutuo originario, oltre il quale i soggetti terzi vincolati non possono rispondere, anche se tali oneri siano comunque dovuti in base al rapporto fondamentale. Di tali oneri ulteriori potrà ritenersi responsabile soltanto il debitore principale, il quale è l'unico soggetto tenuto a rispondere in base allo stesso rapporto fondamentale, unitamente agli eventuali nuovi soggetti garanti dello stesso rapporto (i quali sono del tutto ammissibili, per legge). Per la determinazione degli oneri e penali considerati (in senso lato), nell'ambito della disposizione normativa citata, si deve far riferimento al criterio già più volte evidenziato, e tratto dai principi sull'indebito arricchimento, secondo il quale la responsabilità dei soggetti vincolati, in base al rapporto di mutuo originario, è determinata dalla minor somma fra l'importo totale del vecchio contratto di mutuo (con tutti i relativi accessori) e l'importo del nuovo contratto di mutuo (che, nel caso di specie, costituisce il rapporto fondamentale). Tali oneri corrispondono alle prestazioni che, nel caso concreto, siano dovute, in aggiunta, in base al rapporto fondamentale, e che eccedano il rapporto originario. Non vi sono, invece, oneri o penali giuridicamente rilevanti, in base alla disposizione di legge considerata, nel caso inverso, in cui il contenuto e l'oggetto del rapporto di mutuo originario ecceda il contenuto e l'oggetto del rapporto fondamentale. In tale ipotesi, i soggetti tenuti in base al rapporto originario, risponderanno, per intero, senza alcuna esclusione, nei limiti massimi imposti di tale rapporto considerato”.

¹⁶⁹ ARQUILLA, *La nuova disciplina della portabilità del mutuo*, cit., 2632.

disegno riformatore, voluto fin dal 2007¹⁷⁰. La dottrina che ha sostenuto tale seconda soluzione ha ricondotto le disposizioni alla categoria delle norme imperative; tuttavia a tale assunto è stato opposto che 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 da parte delle banche¹⁷¹. La norma in commento indica il 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. Si tratta dunque di regole di correttezza che rappresentano un'applicazione speciale dei noti principi generali. La violazione di tali regole, derivanti dal generale principio della buona fede nella fase delle trattative precontrattuali, darà vita, in caso di loro violazione, ad un'obbligazione di tipo risarcitorio e non alla declaratoria di nullità del negozio giuridico, stipulato in virtù di un comportamento non corretto¹⁷². Nel caso in cui, invece, le regole di

¹⁷⁰ FAUSTI, *Anticipata estinzione del mutuo e portabilità dell'ipoteca*, cit., 39; LEMMA, *Sub art. 120 quater*, cit., 1795.

¹⁷¹ DI STASO, *Modificazioni soggettive del rapporto obbligatorio e garanzie reali*, cit., 215.

¹⁷² LEMMA, *Sub art. 120 quater*, cit., 1795. Cfr. Cass., 19 dicembre 2007, n. 26724, in *Danno e Responsabilità*, 2008, 5, 525, secondo cui: "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

correttezza venissero violate durante l'esecuzione del contratto si tratterà di un vero e proprio inadempimento contrattuale che, come tale, darà vita al diritto della parte a ottenere la risoluzione per inadempimento dell'intero contratto. Più in particolare, gli obblighi posti a carico della banca mutuante, nella fase preparatoria della surrogazione *ex art. 120 quater* T.U.B. sono dunque obblighi contrattuali, in quanto derivanti da un'obbligazione integrativa di origine legale, cogente per l'istituto di credito originario finanziatore¹⁷³.

Per ciò che concerne i rapporti tra banca originaria e banca subentrante questi sono regolati dallo stesso art. 120 *quater* T.U.B., il cui comma 7 prevede espressamente che la banca originaria 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.

Guardando 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, gli stessi si devono inquadrare nella fase delle

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".

¹⁷³ BARATTERI, *Surrogazione e portabilità dei mutui. Funzione, struttura, efficacia e validità della fattispecie*, cit., 273.

trattative precontrattuali¹⁷⁴. La dottrina ritiene che, nonostante il silenzio dell'art. 1337 c.c., nulla vieta che soggetti terzi partecipino alla fase delle trattative.

Va ricordato 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 concretizzano, generalmente, nell'imposizione di specifiche misure ritorsive, tali da determinare un aggravio economico, come l'aumento del tasso di interesse nel contratto di mutuo¹⁷⁵. 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. In questo caso il debitore potrebbe tutelarsi ricorrendo al comma 7 dell'art. 120 *quater*, soluzione predeterminata dal legislatore anche con riferimento al soggetto passivamente legittimato al risarcimento¹⁷⁶.

Per completezza, va aggiunto che, ancora una volta per favorire il debitore, è previsto che la procedura di surrogazione avvenga entro il termine di dieci giorni decorrenti dal momento in cui l'istituto di credito subentrante inoltra

¹⁷⁴ 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.

¹⁷⁵ 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 ss., che 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.

¹⁷⁶ Cfr. NATALI, *Considerazioni in materia di surroga del mutuo ipotecario e sua prassi applicativa*, cit.

richiesta alla banca originaria di avviare le procedure di istruzione della pratica di surrogazione¹⁷⁷. In caso di ritardo è previsto un risarcimento in favore del cliente in misura pari all'1% del valore del finanziamento per ciascun mese o frazione di mese di ritardo¹⁷⁸.

9. LA RINEGOZIAZIONE DEL MUTUO

Una delle questioni maggiormente rilevanti, all'interno della riforma della surrogazione per pagamento nei contratti di finanziamento bancario, è costituita dalla rinegoziazione del contratto in essere tra le parti originarie. La

¹⁷⁷ Cfr. LEMMA, Sub *art. 120* quater, cit., 1795, il quale si sofferma sull'inutile decorso del termine: "l'imputazione dell'obbligazione in capo al finanziatore originario, ferma la possibilità di rivalersi sul mutuante surrogato, sembra voler punire chi trae vantaggio dalla situazione (secondo il noto brocardo *ubi commoda, ibi incommoda*). Di contro, non sembra che si versi in presenza di una responsabilità senza colpa, visto che nell'ordinamento bancario v'è il dovere di organizzarsi in modo tale da favorire il tempestivo svolgimento delle operazioni richieste dalla clientela. Ciò anche alla luce delle disposizioni in ordine all'organizzazione dei soggetti vigilati (art. 6 comma 2 bis d.lgs. n. 58/1998, che impone procedure per la corretta e trasparente prestazione dei servizi). Di conseguenza, le *best practices* divengono il presupposto di un sistema di responsabilità che si prefigge di incrementare il livello di efficienza degli operatori del mercato. Quanto all'obbligazione, l'onere di risarcire il cliente si ricollega alla corresponsione di una somma calcolata in base a parametri che non sembrano tener conto dell'effettiva misura del danno. Ed invero, il riferimento all'un per cento (del debito residuo in ragione mensile e, quindi, al dodici per cento per un anno di ritardo) non può essere collegato né alla differenza di tasso che di solito si assesta su valori nettamente inferiori, né al pregiudizio in cui si potrebbe incorrere. Ciò rende necessario, sul piano delle tutele, il concorso della misura in parola con l'ordinario responsabilità del codice civile, salvo diversamente ammettere ipotesi in cui non si riesca a salvaguardare a pieno la posizione del debitore".

¹⁷⁸ Cfr. BUSNELLI, *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, in *Europa e diritto privato*, 2009, 909; D'AGOSTINO, voce *Sanzione*, in *Enc. dir.*, vol. XLI, Milano, 1989, 303 ss.

rinegoziazione, espressione dell'autonomia delle parti, è un contratto stipulato tra le parti originarie per modificare un precedente assetto di interessi ed è stato promosso dal legislatore per consentire al debitore di ottenere condizioni migliorative nei confronti degli istituti di credito.

La disposizione è contenuta nell'art. 120 *quater* c. 5 T.U.B. Dal punto di vista della natura giuridica la rinegoziazione non può che essere un nuovo contratto di secondo grado, accessorio rispetto a un precedente accordo¹⁷⁹. Esso è informato al principio di simmetria formale, in base al quale la forma del successivo contratto viene stabilita *per relationem* con quella del primo¹⁸⁰. 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 anteriore. 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 solo per questi si pone il problema della regolazione di quegli eventi che producono uno squilibrio nel sinallagma funzionale durante l'esecuzione del contratto¹⁸¹.

Il fondamento della rinegoziazione contrattuale si rinviene in primo luogo nella disciplina della risoluzione del contratto per eccessiva onerosità

¹⁷⁹ MARASCO, *La rinegoziazione del contratto*, Padova, 2006, 160.

¹⁸⁰ FAUSTI, *La rinegoziazione dei mutui*, in *Banca borsa titoli di credito*, 2008, 747.

¹⁸¹ Con riferimento all'applicabilità va osservato che la rinegoziazione si inserisce nel corso della fase di adempimento dell'obbligazione originaria, avente la sua fonte nel precedente contratto di finanziamento. Sicché, oltre ai principi che assistono la formazione del consenso e il perfezionamento del contratto, andranno osservati anche quello che attengono all'esecuzione dei contratti bancari.

sopravvenuta, di cui agli artt. 1467 e ss. c.c. nonché nella clausola generale di buona fede. 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. Gli obblighi di buona fede impongono alle parti la ridefinizione dei termini del loro accordo previgente, in quanto non sia più rispondente alle esigenze di entrambe, ovvero, come più di frequente accade, determina un sacrificio così grave 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 consentire¹⁸².

Procedendo all'analisi del quinto comma dell'art. 120 *quater* va evidenziato come lo stesso presenti una serie di contraddizioni che sono state oggetto di analisi da parte della dottrina. Innanzitutto è chiaro che 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

¹⁸² DI STASO, *Modificazioni soggettive del rapporto obbligatorio e garanzie reali*, cit., 259; LEMMA, *Sub art. 120 quater*, cit., 1794, secondo cui: "se vi è giustificazione ulteriore [nella rinegoziazione] oltre alla ricerca della massima economicità, questa può essere trovata nell'onere di correttezza comportamentale imposto all'intermediario sul piano della responsabilità contrattuale. In tale contesto, denota specifica importanza l'assenza di una disciplina di raccordo tra la rinegoziazione e la facoltà della banca di modificare unilateralmente tassi, pressioni ed altre condizioni. Allo stato, dunque, solo la diligenza e la buona fede si oppongono a modifiche peggiorative e immediatamente successive alla rinegoziazione".

condizioni migliori per i consumatori¹⁸³. 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, l'unico parametro di riferimento essendo 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 degli oneri¹⁸⁴. È stato però rilevato come l'obiettivo del legislatore non sia 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 finanziato¹⁸⁵. In questo senso, la rinegoziazione del mutuo è una procedura che consente al cliente di ottenere preziosi sconti sul tasso

¹⁸³ BOSCO, *Portabilità e rinegoziazione dei mutui*, in *Giurisprudenza di merito*, 2010, 265 e ss.. Cfr. BARATTERI, *Surrogazione e portabilità dei mutui. Funzione, struttura, efficacia e validità della fattispecie*, cit., 198, secondo cui: "Da un punto di vista economico, la surrogazione (nell'ambito della portabilità) e la rinegoziazione (pure e semplice), hanno la stessa natura e le stesse caratteristiche, in quanto entrambe consentono di stabilire nuove condizioni, nell'ambito di una medesima operazione finanziaria caratterizzata dallo stesso margine di rischio finanziario. Per portabilità, pertanto, si intende la possibilità di procedere, per un nuovo istituto di credito, alla rinegoziazione di una specifica operazione finanziaria, in senso più favorevole, per il soggetto finanziato, operando sulla base di un livello di rischio economico e finanziario consolidato, avendo riguardo alla originaria operazione economica (il che si ottiene con il subentro in tutte le garanzie e in tutti i mezzi di tutela del credito pregresso), il tutto senza costi e spese aggiuntive".

¹⁸⁴ Sempre BOSCO, *Portabilità e rinegoziazione dei mutui*, cit., 266.

¹⁸⁵ FAUSTI, *La rinegoziazione dei mutui*, cit., 747. Tale norma si risolve a vantaggio del miglior funzionamento del mercato, in ragione della riduzione dei costi transattivi. Cfr. LEMMA, *Sub art. 120 quater*, cit., 1794, secondo cui in generale la norma avvantaggia sia il creditore originario che potrà difendere la propria quota di mercato, sia il debitore, che riscontra un'ulteriore modalità premiale del proprio attivismo di mercato.

di interesse applicato sul proprio finanziamento, ovvero la fissazione di un periodo di ammortamento più favorevole per rientrare in modo più sicuro dal proprio debito¹⁸⁶. Proseguendo nell'analisi, va detto che la procedura di rinegoziazione avviene tramite un meccanismo particolare: 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 ulteriore offerta da parte della banca titolare del prestito originario, sulla base di una rinegoziazione complessiva del finanziamento. La dottrina si è interrogata sulla legittimità di un siffatto comportamento, che avviene quando si è già 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 concluso¹⁸⁷. Tale attività potrebbe infatti rilevare come rottura ingiustificata di trattative, di cui all'art. 1337 c.c.

Si ritiene che l'intervento della banca per rinegoziare il contratto trovi 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 surrogazione¹⁸⁸. È solo in tale momento che non si è formato alcun legittimo affidamento da parte

¹⁸⁶ Non deve, perciò, stupire che, almeno all'indomani dell'entrata in vigore del provvedimento, sia nata una sorta di gara tra banche per migliorare le proprie condizioni di prestito anche oltre i limiti della rinegoziazione imposta dalla legge.

¹⁸⁷ FAUSTI, *La rinegoziazione dei mutui*, cit., 747.

¹⁸⁸ CARRIERO, *Sub art. 118 T.U.B.*, in *Commentario al Testo Unico Bancario*, cit., 914; MAZZINI, *Appunti sul nuovo ius variandi della banca*, in A.A.V.V., *Scritti in onore di Francesco Capriglione*, Padova, 2010, 851 ss.

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, ma 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 credito¹⁸⁹.

Infine, la dottrina ha preso posizione sulla questione della forma del contratto modificativo. Come noto, il contratto di mutuo non necessita di forma solenne, essendo informato al principio di libertà delle forme; si è visto poi che il mutuo di scopo contratto nell'ambito della procedura di portabilità necessita della forma scritta *ad substantiam*. Per quanto concerne i mutui bancari, infatti, 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 nullità¹⁹⁰. Il principio di simmetria delle forme contrattuali, già più sopra

¹⁸⁹ FAUSTI, *La rinegoziazione dei mutui*, cit., 747; PADOLECCHIA, *Nessun obbligo di annotazione degli atti di rinegoziazione dei mutui bancari*, in *Notariato*, 2008; DI STASO, *Modificazioni soggettive del rapporto obbligatorio e garanzie reali*, cit., 266.

¹⁹⁰ RISPOLI-FARINA, voce *Mutuo di scopo*, cit., 560; CARRESI, *Il comodato e il mutuo*, cit., 87; GRASSANI, voce *Mutuo (Diritto civile)*, cit., 1049.

menzionato, 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. Naturalmente, la forma solenne sarà necessaria per quell'ulteriore incombenza che consiste nell'iscrizione dell'ipoteca nei pubblici registri¹⁹¹.

10. ASPETTI TRIBUTARI

Il legislatore, per incentivare il ricorso al meccanismo di portabilità, oltre a rimuovere gli ostacoli di natura contrattuale che impedivano la sostituzione del mutuo originario con altro contratto stipulato da un diverso soggetto operante nel mercato finanziario, ha altresì introdotto norme fiscali agevolatrici del contraente debole. Per quanto concerne il regime tributario della portabilità, la dottrina prevalente è dell'avviso che ad essa non verranno applicate le imposte tipiche previste per il contratto di mutuo, variabili a seconda della finalità dell'operazione e delle caratteristiche soggettive delle parti del contratto, bensì sarà esente da qualunque tributo¹⁹².

Il regime fiscale dell'annotazione ipotecaria, richiesta per il perfezionamento della portabilità della garanzia, sconterà poi l'imposta ordinaria

¹⁹¹ Cfr. LEMMA, Sub *art. 120 quater*, cit., 1794, secondo cui è chiara la finalità promozionale della norma, che si esplica anche attraverso la previsione di requisiti di forma semplificati per la modifica delle condizioni contrattuali, individuati nella mera scrittura privata non autenticata.

¹⁹² FAUSTI, *Anticipata estinzione del mutuo e portabilità dell'ipoteca*, cit., 61.

del 2%, rimanendo tuttavia anch'essa esente da qualsiasi prelievo fiscale nel caso, di gran lunga quello più diffuso, in cui il soggetto surrogante sia una banca e il mutuo sia di medio-lungo periodo. 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. In particolare, il comma 4 *bis* 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 decreto¹⁹³.

¹⁹³ Cfr. DI STASO, *Modificazioni soggettive del rapporto obbligatorio e garanzie reali*, cit., 272.

CAPITOLO III

La trasmissibilità delle garanzie: la portabilità dell'ipoteca

PREMESSA

L'art. 120 *quater* T.U.B. prevede espressamente che per effetto della surrogazione, il mutuante surrogato subentra nelle garanzie, personali e reali, accessorie al credito cui la surrogazione si riferisce. Tale disposizione è il principale elemento che orienta gli interpreti verso una concezione della portabilità del mutuo intesa come circolazione del credito. La norma, infatti, si pone in simmetria con gli artt. 1263 e 1275, i quali prevedono rispettivamente il passaggio degli accessori in caso di circolazione del credito e, all'opposto, l'estinzione delle garanzie nelle ipotesi di delegazione, espressione, e accollo privativi, in tutti i casi nei quali il creditore libera il debitore originario, se colui che le ha prestate non consente espressamente a mantenerle. Deve aggiungersi che, sebbene l'art. 120 *quater* non sia stato limitato ai finanziamenti ipotecari, tali istituti costituiscono il principale ambito di applicazione della normativa. Per questa ragione si è sostenuto che la disposizione, più che la «portabilità del mutuo», avrebbe lo scopo di incentivare la «portabilità dell'ipoteca», intendendosi quest'ultima come la surrogazione del nuovo finanziatore nel credito ipotecario, ovvero più specificamente nell'ipoteca, ai sensi dell'art. 1202 c.c. Il soggetto finanziato, una volta rimborsato anticipatamente il finanziamento ottenuto dalla

banca, stipulerebbe un autonomo contratto di mutuo con il nuovo finanziatore, il quale si surroga nell'ipoteca originaria a garanzia del credito spettantegli *ex novo*¹⁹⁴. Appare evidente come la legge, tramite l'introduzione di una disciplina semplificata, abbia ancora una volta inteso agevolare la trasferibilità del mutuo, volendo in questo modo dare nuova vita all'istituto della surrogazione, rendendolo a tutti gli effetti uno degli strumenti principali di circolazione del credito. Ciò chiarito, occorre a questo punto approfondire i riflessi che la vicenda circolatoria prevista dal legislatore del 2007 ha sulla disciplina delle garanzie, in particolare sull'ipoteca, soffermandosi ancora una volta sui rapporti esistenti tra tale istituto e quello della surrogazione per volontà del debitore, al fine di studiarne gli effetti e giustificare la loro coesistenza nel nostro sistema giuridico.

1. LA CIRCOLAZIONE DEL CREDITO E IL TRASFERIMENTO DELLE GARANZIE

Come si è più sopra sottolineato, importanza centrale nella materia di cui ci si occupa riveste l'art. 1263 c.c. Attraverso tale norma il cessionario subentra nella medesima posizione giuridica relativa a un 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. La dottrina tradizionale ritiene che il passaggio degli accessori sia un elemento costitutivo ed essenziale della cessione del credito:

¹⁹⁴ SIRENA, *La "portabilità del mutuo" bancario o finanziario*, cit., 465; BUSANI, *La portabilità dell'ipoteca: tecnica redazionale*, cit., 154, riferisce il termine portabilità in senso più riduttivo, facendo riferimento al trasferimento della sola ipoteca che assiste il finanziamento; LEMMA, *Sub art. 120 quater*, cit., 1783.

le parti ben possono, nell'esercizio della loro autonomia, decidere di stipulare un patto con il quale tale trasferimento è impedito, ma in questo caso, si ritiene, non può esserci vera cessione del credito, ossia un negozio che dia luogo a completa successione nel lato attivo del rapporto obbligatorio, che non può avvenire senza che ci sia la trasmissione di quanto accede al credito stesso¹⁹⁵.

La questione delle garanzie assume un'importanza davvero decisiva nella moderna economia poiché la loro presenza, rafforzando la potenzialità di recupero del cessionario, incide sensibilmente sul valore di mercato del credito. Va osservato che, tradizionalmente, si considera vietato alle parti operare una riserva delle garanzie in favore del cedente. La caratteristica posizione servente del diritto di garanzia impedisce, infatti, che si abbia una circolazione della garanzia separata da quella del credito¹⁹⁶. Tale nesso che saldamente correla la garanzia al diritto viene individuato con l'espressione di accessorietà della garanzia stessa al credito. Alle parti, in linea di principio, è dunque consentito rinunciare alla garanzia o estinguerla, ma non farla circolare indipendentemente dal credito. A favore di questa tesi la dottrina pone lo stesso art. 1263, che al secondo comma, 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; tuttavia in tal caso, non c'è un'autonoma circolazione del diritto di pegno, che permane a garanzia del credito circolato, ma la mera disponibilità del bene viene attribuita a un terzo¹⁹⁷.

¹⁹⁵ PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, cit., 130; BIANCA, *Diritto civile*, cit., 570; BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., 777.

¹⁹⁶ Sempre PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, cit., 130.

¹⁹⁷ Cfr. PANUCCIO, voce *Cessione dei crediti*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. VI, Milano, 1960.

La legge prevede, dunque, con formula generica e non tassativa, che si trasferiscono i privilegi, le garanzie personali o reali e ogni altro accessorio del credito. I diritti di garanzia si trasferiscono insieme col credito purché siano stati costituiti in data anteriore alla cessione: il trasferimento non può infatti riferirsi ad un oggetto giuridico non ancora esistente nel patrimonio del cedente¹⁹⁸. In dottrina si è ritenuto che anche le cauzioni possono passare in favore del cessionario, così come il *modus* eventualmente apposto al negozio costitutivo del credito ceduto¹⁹⁹. Dubbi si sono posti in merito alla possibile cessione automatica anche della clausola penale, della caparra confirmatoria e di quella penitenziale, ossia di quegli strumenti negoziali che hanno lo scopo di rafforzare il vincolo obbligatorio ovvero di predeterminare il risarcimento del danno. Parte della dottrina è dell'avviso che il carattere meramente strumentale al contratto, non già al credito, impedisca la successione in detti diritti²⁰⁰. Altri Autori, al contrario, sostengono 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 credito, mentre, per quanto concerne le caparre penitenziali e quelle confirmatorie, esse non possono essere considerate accessorie a un credito, in quanto la prima è un mero corrispettivo del

¹⁹⁸ BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., 795.

¹⁹⁹ PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, cit., 131.

²⁰⁰ PANUCCIO, voce *Cessione dei crediti*, cit. 851.

recesso; mentre la seconda funge da garanzia dell'impegno negoziale nel suo complesso²⁰¹.

La norma stabilisce che anche le garanzie personali siano un accessorio, tale da trasmettersi in virtù della cessione del credito. Pertanto, sicuramente può essere oggetto di automatico trasferimento in favore del creditore la fideiussione, nonché, ma si è visto che l'assunto è tutt'altro che pacifico, il contratto autonomo di garanzia²⁰².

Un ruolo centrale nelle vicende della cessione del credito è sicuramente rappresentato dal passaggio a favore del creditore delle garanzie reali che assistono il medesimo. I tipici diritti di garanzia reali seguono, per quanto concerne la loro trasmissione, regole diverse.

Per quanto concerne i privilegi, queste garanzie legali vengono considerate indisponibili dalle parti poiché sono accordate dal legislatore in considerazione della causa del credito. Il privilegio costituisce, come noto, una qualificazione del credito prevista dalla legge, che stabilisce l'ordine degli stessi nell'ipotesi di concorso tra più crediti privilegiati. Si distingue tra privilegi generali, riconosciuti

²⁰¹ PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti (artt. 1260 – 1267 c.c.)* cit., 132; BIANCA, *Diritto civile*, cit., 592. 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. Cfr. Cass., 15 settembre 1999 n. 9823, in *Massimario Giurisprudenza Italiana*, 1999, secondo cui “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”.

²⁰² V. Cap. I, Par. 7.

in ragione della causa del credito indipendentemente da ogni rapporto con la cosa che ne è soggetta, e privilegi speciali, che sorgono in relazione ad una determinata causa prevista dalla legge, la quale ha dato origine al credito²⁰³. Come si vede, il vincolo assume un forte collegamento con il credito e lo mantiene sia nel momento genetico del vincolo, sia in relazione alle vicende del vincolo stesso specie per quanto attiene alla trasmissione e all'estinzione, sia infine nel momento dell'attuazione della garanzia. In dottrina si è sostenuto, in particolare per quanto concerne i privilegi speciali, che tale indisponibilità del privilegio e la sua connessione con la causa del contratto rendano altresì inammissibile la rinuncia di tale diritto da parte del cessionario, al momento del perfezionamento del contratto di cessione²⁰⁴. Altri Autori, al contrario, preso atto della mancanza di una disposizione specifica che vieti alle parti del contratto di cessione del credito 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 contemporaneo alla cessione del credito sia posteriore alla stessa, che renda perciò semplicemente chirografario un credito precedentemente privilegiato²⁰⁵.

Quanto al pegno, gli interpreti hanno sostenuto che il tenore letterale della norma fa supporre che questo, analogamente a quanto accade per gli altri accessori del credito si trasferisce, quale diritto reale di garanzia, immediatamente e automaticamente al momento della cessione, salvo espressa differente volontà

²⁰³ GAETANO, *Dei privilegi*, in *Commentario al cod. civ., Libro della tutela dei diritti*, Firenze 1943, 455 ss.; ANDRIOLI, *Dei privilegi*, in *Commentario del cod. civ. Scialoja-Branca*, IV ed., Bologna-Roma, 2002.

²⁰⁴ PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti (artt. 1260 – 1267 c.c.)* cit., 134.

²⁰⁵ PANUCCIO, voce *Cessione dei crediti*, cit. 851.

delle parti²⁰⁶. Il cedente è obbligato alla consegna dell'oggetto del pegno, ma subordinatamente all'autorizzazione di chi ha concesso la garanzia. Se il datore del pegno non ne autorizza la consegna al cessionario, il pegno rimane al cedente, che ne diviene legalmente custode nell'interesse del datore e del cessionario. È chiaro come la legge si occupi unicamente del trasferimento materiale della cosa e non già del diritto, che avviene perciò in maniera automatica. È stato osservato come non si possa parlare, in questo caso, di deroga al principio della realtà del contratto costitutivo di pegno, poiché lo stesso viene in rilievo al momento genetico del diritto, non già in quello, successivo e diverso, della circolazione del credito²⁰⁷. 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 privato²⁰⁸.

La dottrina ritiene che si trasmettano altresì i poteri connessi al contenuto e all'esercizio del credito, ossia quelli riservati al creditore di determinare o variare la prestazione o le modalità di essa, come ad esempio la facoltà di scelta nelle obbligazioni alternative o il potere di rivalutazione del credito in base ad una

²⁰⁶ BIANCA, *Diritto civile*, cit., 592. Cfr. in materia CHINÉ, voce *Pegno*, III. *Pegno rotativo*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 2006; E. GABRIELLI, *Il pegno*, in *Trattato di diritto civile* diretto da Rodolfo Sacco, Torino, 2005.

²⁰⁷ PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti (artt. 1260 – 1267 c.c.)* cit., 141.

²⁰⁸ MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, cit., 321.

clausola di indicizzazione²⁰⁹. Al cessionario passa il diritto agli interessi convenzionali già spettante al cedente. Il diritto agli interessi legali, invece, non si trasferisce al cessionario ma compete a quest'ultimo in quanto titolare di un credito legalmente fruttifero. Secondo la previsione normativa la cessione non comprende i frutti scaduti salvo che diversamente risulti dal titolo. Al cedente competono quindi gli interessi maturati fino al giorno della cessione (vale il giorno in cui la cessione si perfeziona, non quello della notifica). Si ritiene che la norma concerna anche i frutti naturali²¹⁰.

Una più ampia interpretazione proposta in dottrina estende il criterio normativo a qualsiasi autonomo diritto a prestazioni già scadute che nel credito ceduto trovano il loro titolo, ad esempio i ratei di prestazioni periodiche. Come si è visto, la cessione del credito comprende i rimedi convenzionali contro l'inadempimento, ossia poteri e diritti previsti dal titolo a tutela del credito: clausola penale, interessi moratori convenzionali, anticipata scadenza del termine di pagamento, ecc. La cessione non comporta, invece, il trasferimento delle azioni previste dalla legge a tutela del credito poiché tali azioni spettano al cessionario in base al generale principio della tutela giurisdizionale dei diritti. Di trasferimento potrebbe piuttosto parlarsi con riguardo alle concrete posizioni processuali nell'ipotesi in cui il credito ceduto sia oggetto di un giudizio in corso. Occorre tenere presente la regola secondo la quale se il diritto controverso si trasferisce per atto tra vivi il processo prosegue tra le parti originarie (art. 111 c. p. c.), e la regola secondo la quale la sentenza spiega comunque i suoi effetti nei confronti del

²⁰⁹ BIANCA, *Diritto civile*, cit., 593.

²¹⁰ BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., 795.

successore (art. 2909 c. c.). in applicazione di questa seconda regola si riconosce che il cessionario può giovare del titolo esecutivo costituito a nome del cedente²¹¹. Altro problema concerne la possibilità del cessionario del credito di risolvere il contratto, avvalendosi della clausola risolutiva espressa o delle forme legali. La soluzione, per la maggior parte della dottrina, è negativa, in quanto la risoluzione del contratto è un rimedio posto a tutela della parte contrattuale, e non si presta ad essere utilmente esperito da parte di chi è titolare del solo diritto di credito. La medesima considerazione vale ad escludere che passino al cessionario le azioni di annullamento e di rescissione del contratto²¹².

Le questioni più delicate, in tema di subentro del cessionario nelle garanzie del credito, riguardano tuttavia la garanzia ipotecaria, della quale si ritiene utile delineare preliminarmente i tratti fondamentali inerenti la presente trattazione. Come noto, l'ipoteca è un diritto reale di garanzia concesso dal debitore o da un terzo su un bene a garanzia di un credito, che attribuisce al creditore il potere di espropriare il bene e di essere soddisfatto con preferenza sul prezzo ricavato²¹³.

²¹¹ PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti* (artt. 1260 – 1267 c.c.) cit., 145.

²¹² Così BIANCA, *Diritto civile*, cit., 365.

²¹³ In argomento v. CICU, *L'ipoteca*, Bologna, 1929; BARASSI, *I diritti reali*, I, Milano, 1934; BOERO, *Le ipoteche*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, Torino, 1999, 15 ss.; RUBINO, *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1956, 12; TAMBURRINO, *Della tutela dei diritti. Delle ipoteche*, in *Commentario al codice civile*, Torino, 1976; CHIANALE, voce *Ipoteca*, in *Digesto disc. Priv. – sez. civile*, Vol. X, Torino, 1993; COMPORTI, *Diritti reali in generale*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* già diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, Milano, 1980; COSENTINO, *Brevi considerazioni sulla natura giuridica dell'ipoteca*, in *Temì nap.*, 1964, II, 157; FRAGALI, voce *Ipoteca (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, 751; GENTILE, *Le ipoteche*, Roma, 1961; MAIORCA, voce *Ipoteca, (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. It.*, IX, Torino, 1963, 53 ss.; MONTEL, voce *Garanzia (diritti reali di)*, in *Noviss. Dig. It.*, VII,

Da questa definizione emergono gli elementi caratterizzanti dell'ipoteca ossia: la realtà e la funzione di garanzia. Il carattere della realtà è estrinsecato principalmente dal c.d. diritto di seguito (o di sequela), cioè dalla possibilità per il creditore ipotecario di inseguire e far espropriare il bene oggetto di ipoteca nelle mani di chiunque ne sia divenuto proprietario o possessore. Detto diritto di seguito – riscontrabile esclusivamente nei diritti reali – consentendo la tutelabilità del diritto del creditore ipotecario *erga omnes*, è un chiaro indicatore della realtà ed absolutezza delle ipoteche: esse infatti conferiscono ai creditori un diritto sulla cosa, di carattere assoluto, che tutti gli altri soggetti debbono astenersi dal turbare²¹⁴. La funzione di garanzia dell'istituto è fortemente connessa al carattere di realtà che lo permea. Infatti, è la destinazione reale dello specifico bene ipotecato, in funzione di garanzia del credito vantato dal creditore ipotecario, a rendere effettivo il diritto di prelazione a favore del titolare del diritto di ipoteca consentendogli di agire per l'espropriazione processuale del bene e con prevalenza sui creditori chirografari. L'ipoteca, per il fatto di vincolare beni, normalmente immobili²¹⁵, con un valore definito, costituisce una delle garanzie più sicure per la soddisfazione del credito²¹⁶.

Torino, 1961, 745 ss.; RAVAZZONI, *Le ipoteche*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu- Messineo-Mengoni continuato da Schlesinger, Milano, 2006.

²¹⁴ BOERO, *Le ipoteche*, cit., 15.

²¹⁵ Cfr. TUCCI, voce *Ipoteca (ipoteca mobiliare)*, in *Enc. giur.* Treccani., XVII, Roma, 2001.

²¹⁶ Occorre ricordare, tuttavia, che la prelazione offerta dall'ipoteca non è piena in quanto vi sono crediti con prelazione più intensa. Ci si riferisce all'art. 2748 c.c secondo il quale i creditori che hanno privilegio sui beni immobili sono preferiti ai creditori ipotecari e all'art. 2775 *bis* secondo il quale in caso di mancata esecuzione del contratto preliminare trascritto i crediti del promissario acquirente che ne conseguono hanno privilegio speciale sul bene immobile oggetto del contratto preliminare e quindi sono preferiti ai creditori ipotecari.

La funzione di garanzia esercitata dall'ipoteca si concreta in un vincolo di accessorialità del diritto ipotecario rispetto al diritto di credito²¹⁷; il venir meno del diritto di credito determina, dunque, l'estinzione del diritto di ipoteca a prescindere dai requisiti di forma e pubblicità – che portano alla cancellazione –, i quali attengono ad un momento successivo, incidente solamente sul piano formale e solo indirettamente sul piano sostanziale. In forza di detto principio tutte le vicende del credito garantito si ripercuotono sul diritto che sorge dall'ipoteca: così gli adempimenti parziali, le remissioni parziali, eventuali dilazioni si ripercuotono ugualmente sul rapporto di garanzia che ne viene a risultare limitato. Una limitazione al principio di accessorialità è costituita dalla possibilità di iscrizione ipotecaria per crediti condizionali e, in particolare, per crediti futuri (che, quindi, al momento dell'iscrizione ancora non sussistono); tale possibilità è comunque collegata a crediti che possano nascere da un rapporto già esistente, e ciò ai sensi dell'art. 2852 c.c.²¹⁸

Ulteriori caratteristiche di tale complessa garanzia reale sono la specialità e l'indivisibilità. La specialità dell'ipoteca consiste nella possibilità prevista dalla legge di iscrivere ipoteca esclusivamente su beni specificamente indicati (specialità dell'oggetto) e per una somma espressamente indicata in denaro (specialità del credito garantito)²¹⁹. Il titolo può essere specifico²²⁰ – ed attribuire,

²¹⁷ V. CHIANALE, *L'ipoteca*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco – *I diritti reali*, vol. VI, Torino, 2010.

²¹⁸ FRAGALI, voce *Ipoteca (diritto privato)*, cit., 753.

²¹⁹ Per una esaustiva trattazione dei problemi inerenti ai singoli beni possibile oggetto di ipoteca, v. CHIANALE, *L'ipoteca*, cit., 135 ss.

²²⁰ Come normalmente accade nelle ipoteche volontarie e sempre nelle ipoteche legali di cui ai numeri 1 e 2 dell'art. 2817 c.c.

dunque, il diritto all'iscrizione dell'ipoteca solo su un bene determinato – oppure generale tale da attribuire il diritto all'iscrizione sui beni tutti del debitore²²¹. Ciò tuttavia non toglie che l'iscrizione debba sempre necessariamente cadere su beni specificamente indicati. Dunque, nel caso di universalità patrimoniali, ognuna di esse se capace di ipoteca, sarà oggetto di autonoma ipoteca. Il principio di specialità esplica la sua rilevanza anche sotto un profilo temporale; nel senso, cioè, che non è consentito alle parti, a fronte di una ipoteca su di un bene determinato sostituire, per qualsiasi motivo, il bene stesso²²². Le parti potranno eventualmente, di comune accordo, estinguere una ipoteca per accenderne un'altra con oggetto diverso e con iscrizione che, ovviamente, prenderà data *ex nunc*. Nel secondo significato, la specialità importa che l'ipoteca debba essere riferita esclusivamente e tassativamente ad una somma determinata di denaro, come dispone l'art. 2809 c.c.²²³. Ovviamente può anche non esserci corrispondenza tra importo del credito e somma garantita²²⁴. Il fatto che l'ipoteca debba essere riferita ad una somma determinata, significa anche che la stessa deve riferirsi ad un credito specifico e determinato. Ciò comporta, *inter partes*, l'impossibilità di surrogazione ad un credito ipotecario, per qualsiasi ragione estinto, con un altro credito non *ab origine* garantito da ipoteca. E, in ogni caso, nei confronti di tutti i

²²¹ E' il caso dell'ipoteca giudiziale e di alcune ipotesi di ipoteca volontaria.

²²² FRAGALI, voce *Ipoteca (diritto privato)*, cit., 753.

²²³ CHIANALE, *L'ipoteca*, cit., 68.

²²⁴ Nella nota di iscrizione devono essere indicati, oltre al capitale, anche gli interessi e le annualità che il credito produce, nonché il tempo della esigibilità. La mancata indicazione degli stessi comporta che, agli effetti ipotecari, il credito deve essere trattato come non produttivo di interessi.

terzi creditori, la possibilità di vedere delimitata a quel singolo rapporto obbligatorio la lesione al principio di parità di trattamento²²⁵.

Altra caratteristica dell'ipoteca è quella dell'indivisibilità. L'art. 2809 c.c. dispone infatti che l'ipoteca si estende su tutto il bene vincolato, nella sua interezza ed in ogni sua parte e, nel caso di pluralità di beni, su tutti indistintamente²²⁶. L'indivisibilità è elemento accidentale dell'ipoteca, non essenziale, poiché essa sussiste sempre che l'autonomia privata non la abbia preventivamente esclusa o la abbia fatta venire meno. Si tratta di una caratteristica atta a provocare un rafforzamento del vincolo, in modo tale che fatti quali la divisione giuridica dell'immobile vincolato, la alienazione a terzi di una parte materiale dello stesso o di una quota ideale di proprietà, non incidano sul diritto del creditore ipotecario, che può agire come meglio ritiene: contemporaneamente sull'intero oppure su un singolo lotto, quota o parte²²⁷. Deroghe al predetto principio si riscontrano in talune importanti figure, quali l'ipoteca iscritta su edificio o complesso condominiale a garanzia del finanziamento dell'intervento

²²⁵ RAVAZZONI, *Le ipoteche*, cit., 65.

²²⁶ CHIANALE, *L'ipoteca*, cit., 68: "L'ipoteca colpisce un singolo bene, o una sua determinata porzione materiale per il suo intero valore. Il sistema ipotecario non ammette la possibilità di limitare la garanzia ad una frazione del valore del bene gravato. Il limite costituito dalla somma dell'iscrizione rappresenta il limite massimo del peso ipotecario e si rapporta all'intero valore del bene. Non è ammissibile cioè iscrivere un'ipoteca per una certa somma e limitarla ad una frazione del valore del bene, ad esempio ad un terzo, affinché sul prezzo di vendita soltanto quella frazione venga assoggettata alla prelazione ipotecaria, sempre nel massimo della somma iscritta. Soltanto nel caso regolato dall'art. 2825 c.c. relativo all'ipoteca iscritta su un bene comune e trasportata sul diverso bene assegnato al comproprietario, la garanzia trova il limite del valore del bene in origine ipotecato".

²²⁷ RAVAZZONI, *Le ipoteche*, cit., 66.

edilizio e, più in generale, in tema di credito fondiario²²⁸. La alienazione di parte del bene ipotecato non incide sul diritto del creditore ipotecario. Egli, infatti, potrà fare espropriare tutto il bene nella sua originaria materialità, come se la alienazione non ci fosse stata. Sul piano processuale però, dovrà necessariamente rivolgersi nei confronti dell'acquirente e del proprietario della parte residua²²⁹. Da ultimo si evidenzia come in dottrina si parli di indivisibilità anche relativamente al credito²³⁰. Ci si intende riferire al fatto che se il credito viene parzialmente estinto, l'ipoteca rimane intatta per l'intero e che, in caso di suddivisione del credito, ciascun creditore insoddisfatto conserva la garanzia ipotecaria per l'intero. Per lo stesso principio, qualora l'obbligazione diventi parziaria dal lato passivo, il singolo condebitore che paghi la sua quota, non può pretendere alcuna cancellazione parziale di ipoteca²³¹. È pacifico che la caratteristica dell'indivisibilità operi nell'esclusivo interesse del creditore che, pertanto, può rinunziarvi senza nemmeno la necessità dell'adesione del proprietario del bene vincolato.

²²⁸ FRAGALI, voce *Ipoteca (diritto privato)*, cit., 753.

²²⁹ Sempre FRAGALI, voce *Ipoteca (diritto privato)*, cit., 753.

²³⁰ CHIANALE, *L'ipoteca*, cit., 69, il quale sottolinea che ogni quota del credito può essere esercitata sull'intero bene o su tutti i beni vincolati: "si tratta di una scelta legislativa volta a fornire maggiore tutela al creditore, il quale da un lato, in presenza di più beni ipotecati, può sempre scegliere quale bene debba essere espropriato soddisfacendosi sul ricavato per l'intera somma di iscrizione, senza alcun vincolo di proporzionalità tra credito e valore dei singoli beni; dall'altro, in presenza di un solo bene ipotecato, non subisce alcuna limitazione in caso di divisione del bene o del credito".

²³¹ RAVAZZONI, *Le ipoteche*, cit., 66. L'indivisibilità, tuttavia, non è assoluta: essa incontra il limite di cui all'art. 2873 c.c. in tema di riduzione dell'ipoteca.

L'art. 2808 c.c. dispone che l'ipoteca può avere ad oggetto beni del debitore o di un terzo e si costituisce mediante iscrizione nei registri immobiliari. Si evidenzia la differenza concettuale esistente tra trascrizione ed iscrizione: entrambe hanno la funzione di rendere pubblico l'atto ma solamente la seconda ha la funzione di costituire un diritto reale di garanzia, nella fattispecie l'ipoteca. Per contro, la trascrizione immobiliare non dà origine ad alcun diritto reale, ma si limita a dare pubblicità di un certo evento o a rendere inefficaci, in forza della sua disciplina, identiche formalità successive²³². La nota di iscrizione dovrà contenere: i dati relativi al creditore, al debitore ed al terzo datore di ipoteca; titolo, sia scrittura privata autenticata che atto pubblico, sia sentenza che deve essere anche consegnato e depositato presso la Conservatoria; l'indicazione dell'importo della somma per la quale l'iscrizione è presa, nonché degli interessi ed annualità che il credito produce. Inoltre si dovranno indicare la natura del bene e i dati dell'immobile. Poiché l'ipoteca è destinata a durare nel tempo, il legislatore, come noto, ha previsto anche adeguata pubblicità alle variazioni che possono intervenire in ordine sia al creditore stesso, sia alle vicende del credito, sia agli eventuali atti di disposizione in ordine alla stessa prelazione ipotecaria e comunque alle vicende della stessa. A tal proposito, è disciplinata la figura della annotazione, consistente in una forma di pubblicità accessoria, che integra una pubblicità già sussistente²³³. Le formalità da espletare sono sostanzialmente analoghe a quelle previste in tema di iscrizione; le annotazioni andranno inserite

²³² Cfr. MENGONI, *La pubblicità immobiliare*, Jus, 1986. Di recente, E. GABRIELLI, GAZZONI, *Trattato della trascrizione*, Milano, 2012.

²³³ RUBINO, *Le annotazioni ipotecarie ex art. 2843 codice civile*, in *Riv. dir. ipot.*, 1959, 157 ss.

nell'apposito registro particolare ed in quello generale d'ordine. La pubblicità attuata con l'annotazione può avere natura dichiarativa o costitutiva a seconda dei casi. Talora, infatti, le modificazioni in ordine allo stato dei rapporti si sono già verificate pienamente dal punto di vista sostanziale (si pensi ad esempio all'intervenuto adempimento del debito garantito in relazione alla richiesta di annotamento della cancellazione); in questo caso la pubblicità incide esclusivamente sul piano della opponibilità della modificazione od estinzione del vincolo nei confronti dei terzi. In altre ipotesi, invece, l'annotazione può avere rilevanza determinante ai fini della legittimazione ad esercitare i diritti ipotecari²³⁴. Ai sensi dell'art. 2847 c.c., l'iscrizione ipotecaria perde efficacia decorsi venti anni dall'iscrizione. Prima che sia scaduto il termine di venti anni dalla iscrizione, il creditore può rinnovare l'iscrizione stessa, determinando, in questo modo, il prolungamento per altri venti anni della piena efficacia dell'ipoteca. Per ottenere la rinnovazione è necessario presentare al conservatore una nota in doppio originale conforme a quella della precedente iscrizione in cui si dichiara che si intende rinnovare l'iscrizione originaria. Va poi aggiunto che nel caso di pluralità di ipoteche sullo stesso bene, il concorso è risolto in relazione alla priorità temporale dell'iscrizione. Ed invero, al momento dell'iscrizione, all'ipoteca viene attribuito un numero d'ordine che ne determina il grado. Dunque, l'ipoteca di grado posteriore può dare luogo al soddisfacimento del creditore, solo con quello che rimane dopo che siano stati integralmente soddisfatti tutti i creditori ipotecari con grado anteriore. Nel caso in cui più creditori presentino contemporaneamente la nota di iscrizione contro la stessa

²³⁴ FRAGALI, voce *Ipoteca (diritto privato)*, cit., 754.

persona e sugli stessi immobili, le iscrizioni sono eseguite sotto lo stesso numero²³⁵. I creditori ipotecari possono concludere negozi dispositivi del grado, con l'unico limite che lo scambio o la postergazione non possono nuocere ai terzi concreditori. Infatti, nella ipotesi di scambio di grado tra ipoteca di grado non contiguo, lo scambio è possibile solo entro il limite del pari importo del credito anteriore. I negozi dispositivi del grado ipotecario, una volta annotati, producono effetti *erga omnes*²³⁶.

Tutto ciò chiarito, va detto che, in realtà, l'art. 1263 c.c. 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 fulcro della vicenda relativa al trasferimento del vincolo²³⁷.

L'esigenza di certezza e completezza dei Registri Immobiliari che, si è visto, ha mosso il legislatore in materia di trascrizione e di iscrizione degli atti su immobili o beni mobili registrati – 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 – ha ispirato altresì la disciplina di cui all'art. 2843 c.c., che impone l'annotazione, per consentire a chiunque abbia accesso ai registri

²³⁵ RAVAZZONI, *Le ipoteche*, cit., 67.

²³⁶ FRAGALI, voce *Ipoteca (diritto privato)*, cit., 754.

²³⁷ Per il ragionamento che segue v. DI STASO, *Modificazioni soggettive del rapporto obbligatorio e garanzie reali*, cit., 78.

immobiliari, mediante le visure ipotecarie, di considerare 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 garanzia²³⁸. Tale disposizione, nel prevedere i negozi con effetti sull'ipoteca che debbono essere oggetto di apposita annotazione, prevede un'apposita elencazione di fattispecie negoziali, considerata non tassativa²³⁹.

Per quanto concerne gli effetti giuridici della richiesta annotazione della cessione del credito, la dottrina tradizionale, basandosi sul dato letterale, ritiene che, in deroga al disposto dell'art. 1263 c.c. relativo all'automaticità del trasferimento della garanzia unitamente al 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, si sostiene, l'annotazione fungerebbe da criterio di prevalenza tra più acquirenti del credito, sostituendosi così al criterio della priorità della notificazione della cessione di cui 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 liberatoria²⁴⁰. Altra dottrina, al contrario 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

²³⁸ CHIANALE, *L'ipoteca*, cit., 328.

²³⁹ 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.

²⁴⁰ RUBINO, *L'ipoteca immobiliare e mobiliare* cit., 40 nota 18.

del consenso traslativo, 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'ipoteca²⁴¹. Sempre nell'ambito della

²⁴¹ 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, che sottolinea la crisi del sistema delle garanzie a base reale, abbandonate, anche per la minore agilità ed economicità, in favore delle garanzie personali. La giurisprudenza, dal canto suo, appare orientata verso quest'ultima tesi. V. Cass., 7 maggio 1992, n. 5420 in *Giurisprudenza Italiana*, 1993, I,1, 84 secondo cui “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”. V. altresì Cass., 10 agosto 2007, n. 17644 in *Vita Notarile*, 2007, 1197 (e nel medesimo senso Cass., 9 settembre 2004, n. 18188 in *Vita Notarile*, 2005, 275; Cass., 21 marzo 2003, n. 4137 in *Gius*, 2003, 1624), 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 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,

tesi che rifiuta di legare l'annotazione del trasferimento dell'ipoteca all'efficacia della cessione, si segnala l'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 potrebbe essere interpretato come derogatorio della regola generale sulla cessione dei crediti e svolgerebbe 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 chi sia il destinatario delle notificazioni e delle comunicazioni di cui all'art. 2844 c.c.²⁴² In altre parole, l'annotazione di cui all'art. 2843 c.c. avrebbe effetti meramente oppositivi, di tipo dichiarativo, similmente a quanto accade per la trascrizione di cui agli artt. 2643 e ss. c.c.. In questo modo, il diritto di ipoteca non verrebbe acquistato dal cessionario del credito attraverso 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 potrebbe mai derogare al tipico automatismo degli acquisti dei diritti accessori, che caratterizza l'intera disciplina sull'alienazione del credito²⁴³.

Ad avviso di altra dottrina, infine, la cessione del credito avrebbe certamente l'effetto di trasferire l'intero complesso di diritti che corredano la

comprehensive dunque non solo di quelle iscrivibili dell'ipoteca, se posteriori al fallimento, ma anche di quelle di annotazione del vincolo in favore di nuovo soggetto”

²⁴² CHIANALE, *L'ipoteca* cit., 330-331.

²⁴³ 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.

posizione soggettiva di cui era titolare il cedente, tuttavia, considerando la gravità degli effetti tipici dell'ipoteca nonché il principio dell'iscrizione del diritto nei Registri Immobiliari, si deve ritenere che essa necessiti della formalità dell'annotazione, sia nei confronti dei terzi sia nei confronti dello stesso debitore ceduto²⁴⁴.

Il tema della costitutività dell'annotazione della modificazione del creditore è particolarmente rilevante, come si vedrà, anche in tema di portabilità del mutuo. Chi aderisce a tale tesi conclude infatti che saranno opponibili al nuovo creditore tutti i diritti acquisiti da terzi sul bene vincolato, nel frattempo trascritti o iscritti, con i rischi evidenti che ne conseguono. All'opposto, chi aderisce alla tesi della mera dichiaratività ritiene che tutti i diritti acquisiti posteriormente all'iscrizione originaria dell'ipoteca, che verrebbe mantenuta nel grado originario, non potrebbero essere opposti al nuovo creditore, a prescindere dall'avvenuta annotazione ai sensi dell'art. 2843 c.c..

2. ACCESSORIETÀ E AUTONOMIA DELLE GARANZIE REALI

Prima di procedere all'analisi del meccanismo di circolazione dell'ipoteca introdotto dal Decreto Bersani *bis*, bisogna soffermarsi su una questione preliminare, che influenza tutto il tema trattato: il tradizionale vincolo di accessoriietà che lega le garanzie al credito per il quale sono costituite.

Come noto, la concessione di una garanzia, essendo il nostro ordinamento giuridico informato al principio di causalità, non è sottratta alla giustificazione

²⁴⁴ PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti (artt. 1260 – 1267 c.c.)* cit., 139.

causale, tipica di qualsiasi contratto o negozio giuridico, anche unilaterale. La garanzia è direttamente collegata con l'esistenza di una ragione di credito che ne costituisce il presupposto. Il principio causalistico, dunque, nell'ambito delle garanzie reali, si collega al necessario requisito dell'accessorietà. Non si può avere un diritto reale (o personale) di garanzia senza il credito che esso è chiamato a garantire. Tale principio ha come conseguenza la nullità, per mancanza di causa, del negozio costitutivo del vincolo, sia nel caso in cui lo stesso manchi fin dall'inizio sia nel caso in cui lo stesso venga dichiarato invalido successivamente²⁴⁵. La dottrina si è a lungo interrogata sui rapporti intercorrenti tra il contratto costitutivo del diritto di credito e il contratto costitutivo dell'ipoteca o del pegno, per accertare come la strumentalità sussistente tra i due possa riflettersi sul momento genetico dei contratti. La dottrina tende a classificare il rapporto in questione entro il più generale rapporto di collegamento contrattuale che, come è risaputo, 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 complessa operazione economica²⁴⁶. Secondo la maggior parte della dottrina dunque, il contratto costitutivo dell'ipoteca sarebbe sottoposto al medesimo carattere di collegamento con il negozio principale costitutivo del credito. In particolare, 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 mentre sarebbe per così dire “recessivo” il contratto o il negozio di costituzione del

²⁴⁵ GORLA – ZANELLI, *Del pegno – delle ipoteche*, cit., 368.

²⁴⁶ GALGANO, *Trattato di diritto civile*, cit., 333 ss.

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 accordo²⁴⁷.

A tale tesi si è opposta una parte della dottrina che, in tema di mutuo ipotecario, esalta la funzione unitaria di tale contratto. Il collegamento contrattuale sarebbe in questo caso così forte da modificare la causa generale del mutuo creando un unico rapporto complesso. A dimostrazione di tale assunto si porta il fatto che nella pratica negoziale si tende a porre in essere un'unica operazione economica: 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 centralità²⁴⁸. In definitiva, chi aderisce alla prima tesi ritiene l'ipoteca un elemento accessorio al contratto principale; al contrario chi aderisce alla seconda tesi ritiene la garanzia un elemento collegato alla fattispecie contrattuale che si intende porre in essere, che assume un'importanza tale da divenirne elemento costitutivo. Va tuttavia chiarito come anche in questo secondo caso debba parlarsi di accessorietà della garanzia al credito, poiché la stessa viene costituita soltanto ed esclusivamente sul presupposto dell'esistenza di un determinato rapporto di credito, il qual viene definito in relazione ad una specifica fonte di produzione, ed entro i limiti – sia genetici che funzionali – dello stesso. Nel caso in cui, pertanto venisse meno tale diritto di credito, l'estinzione della garanzia si realizzerebbe

²⁴⁷ Così BIANCA, *Diritto civile 3 Il contratto* cit., 483.

²⁴⁸ BARATTERI, *Surrogazione e portabilità dei mutui. Funzione, struttura, efficacia e validità della fattispecie*, cit., 63.

certamente, in quanto cesserebbe di operare un presupposto strutturale e funzionale imprescindibile della stessa. La possibilità che la garanzia cessi di servire un determinato rapporto di credito per passare ad accessorio di altro rapporto, resta comunque subordinata alla integrazione o alla modifica della fonte della garanzia stessa.

Come si vede, il principio di accessorialità caratterizza in maniera pregnante il sistema delle garanzie reali nel nostro ordinamento. Le ragioni si rinvergono nella considerazione che al vincolo dell'accessorialità consegue una maggiore tutela del debitore, poiché la posizione giuridica del creditore garantito rimane statica. L'accessorialità viene, dunque, considerata come l'esplicazione naturale della funzione di garanzia: ad avviso della dottrina tradizionale nel nostro ordinamento non ha vita propria il diritto accessorio separatamente dal diritto cui è connesso funzionalmente²⁴⁹. Per quanto concerne più in particolare la garanzia ipotecaria, gli artt. 2741 e 2808 c.c. specificano chiaramente che l'ipoteca garantisce un credito, così accogliendo in diritto positivo la natura accessoria del vincolo ipotecario: rispetto all'obbligazione garantita l'ipoteca presenta un'autonomia strutturale e una dipendenza funzionale. Numerose regole sono espressione di tale principio: l'obbligazione garantita deve essere valida ed esistente al momento in cui si costituisce la garanzia. Se il titolo da cui essa deriva è annullabile, l'ipoteca esiste sino alla pronuncia costitutiva di annullamento ed è posta nel nulla con efficacia *ex nunc*; la convalida del negozio salva anche

²⁴⁹ In argomento si v. CICERO, *Iscrizione e rinnovazione ipotecaria*, in *Cod. civ. Commentario*, diretto da Busnelli, Milano, 2008.

l'ipoteca. La dottrina²⁵⁰ individua nella concessione di ipoteca da parte del soggetto a conoscenza della causa di annullabilità del negozio principale un comportamento configurabile come convalida tacita del negozio stesso. Il credito garantito, poi, deve essere determinato nel titolo ipotecario, onde evitare incertezze in tema di espropriazione e tutelare i terzi con esatte informazioni: ciò significa che il titolo deve contenere tutti gli elementi essenziali, sufficienti ed idonei ad individuare la prestazione. Principio generale del nostro ordinamento è, secondo la dottrina maggioritaria, l'inammissibilità di ipoteca costituita per crediti sostanzialmente indeterminati o anche solo determinabili²⁵¹: e ciò perché a ritenere diversamente si arriverebbe ad un eccessivo oberamento dei patrimoni e ad iscrizioni nei pubblici registri di valore incerto, con danno del principio della pubblicità, mancando ai terzi la possibilità di regolarsi secondo il valore dell'iscrizione. Vi possono essere anche più crediti garantiti, purché singolarmente e specificatamente individuati. L'art. 2852 c.c. ammette l'iscrizione ipotecaria per crediti futuri o condizionali, norma cui la dottrina dà un'interpretazione restrittiva, affermando che il credito garantito non possa essere «meramente eventuale», perché deve comunque essere collegato ad un rapporto base già attuale. Come si vede gli interpreti, in linea generale, privilegiano una lettura piuttosto rigida del

²⁵⁰ Per una chiara esposizione cfr. GORLA - ZANELLI, *Del pegno. Delle ipoteche*, cit., 206; CHIANALE, *L'ipoteca*, cit., 55.

²⁵¹ Cfr. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, cit., 46, il quale afferma che la funzione di garanzia si concreta in un rigoroso vincolo di accessorietà del diritto ipotecario rispetto al diritto di credito; TAMBURRINO, *Le ipoteche*, cit., 20, secondo cui l'ipoteca è concepibile esclusivamente in funzione dell'esistenza di un credito di cui costituisce accessorio.

principio di accessorietà, negando la validità di atti di disposizione dell'ipoteca autonomi dal credito²⁵².

Va tuttavia precisato che nel anche nostro ordinamento il concetto di accessorietà non è assolutamente rigido, poiché possono darsi modificazioni relative al credito incapaci di incidere non solo sull'esistenza dell'ipoteca, ma anche sui suoi elementi così come originariamente definiti. Ci si riferisce in particolare agli artt. 1232 e 1275 c.c., i quali dimostrano che la volontà dei soggetti del rapporto obbligatorio ben può rendere l'ipoteca accessoria ad altro credito rispetto a quello in origine garantito: nel primo caso la novazione oggettiva comporta che l'ipoteca permane a garanzia di una nuova obbligazione, se vi è accordo in tal senso; nel secondo caso il concedente può mantenere ferma l'ipoteca a vantaggio del terzo espromissario, accollatario o delegatario. Il principio di accessorietà dunque, pur caratterizzando in maniera pregnante il sistema della garanzie reali del nostro ordinamento, non sembra possa considerarsi insuperabile²⁵³. Anche l'accessorietà, infatti, non rappresenta un dogma, ma una scelta di politica legislativa²⁵⁴. Si ritiene infatti che, di per sé, il vincolo ipotecario non comporti, quale conseguenza necessaria il principio di accessorietà tra credito e garanzia e che spetta all'ordinamento considerato stabilire l'accessorietà dell'ipoteca al credito e consentire deroghe all'esplicazione

²⁵² Per il divieto assoluto di cessione autonoma dell'ipoteca, cfr. CHIANALE, *L'ipoteca*, cit., 58.

²⁵³ MANGANO, *L'autonomia privata e le garanzie reali. Il tentativo di un superamento del principio di tipicità*, in *Nuova giur. comm.*, 2002, II, 588 ss.

²⁵⁴ Per GORLA – ZANELLI, *Del pegno. Delle ipoteche*, cit., 182, l'accessorietà dell'ipoteca non è un'esigenza o un concetto a priori; per RUBINO, *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, cit. 23, il nostro ordinamento non conosce un concetto tecnico unitario di accessorietà, cosicché spetta all'interprete volta per volta individuare quali regole dedurre dal principio stesso.

del principio, specie in materia di trasmissione della garanzia. D'altronde, già da tempo anche nel nostro ordinamento la discussione circa l'ammissibilità di una garanzia personale autonoma (*garantievertrag*) si è conclusa positivamente e senza gravi conseguenze per il sistema²⁵⁵.

Tutto ciò evidenziato, appaiono ora più chiare le ragioni dello studio del meccanismo di trasferibilità dell'ipoteca di cui all'art. 120 *quater*. Ci si chiede, infatti, se la nuova normativa in tema di portabilità abbia contribuito o meno ad allentare la tradizionale connessione tra credito e garanzia ipotecaria, alla luce delle più recenti tendenze europee.

3. LA PORTABILITÀ DELL'IPOTECA. L'ANNOTAMENTO A FAVORE DEL NUOVO DEBITORE.

Si è già mostrato come l'ipoteca accessoria a un rapporto obbligatorio non circoli automaticamente alla conclusione del negozio dispositivo del credito garantito, ma necessiti, in ossequio al principio della iscrizione di ogni vicenda costitutiva e modificativa del gravame reale su immobili, dell'apposita annotazione, ai sensi dell'art. 2843 c.c. Tale forma di pubblicità ha dunque ad oggetto, per ciò che in questa sede ci interessa, non tanto l'effetto della surrogazione in quanto tale, bensì l'effetto della surrogazione con riguardo alla garanzia ipotecaria relativa al diritto sostanziale considerato²⁵⁶. Infatti tale forma

²⁵⁵ Cfr. ampiamente, BARILLÀ, *Contratto autonomo di garanzia e Garantievertrag. Categorie civilistiche e prassi del commercio*, Frankfurt am Main, 2005.

²⁵⁶ BEVILACQUA, *Rischi di pregiudizio per la banca surrogata e relazione ipotecaria notarile* cit., 130.

di pubblicità non risulta in alcun modo prevista per il caso in cui il diritto di credito sostanziale oggetto di cessione o di surrogazione risulti privo di una specifica garanzia ipotecaria. Sarebbe improprio ritenere che la stessa disposizione possa regolare una fattispecie più ampia di quella relativa alla semplice opponibilità di diritti relativi alla garanzia ipotecaria considerata. Se l'oggetto della opponibilità relativa alla pubblicità di cui all'art. 2843 c.c. fosse proprio la vicenda circolatoria del credito garantito si dovrebbe ritenere che fra più cessionari della situazione giuridica sostanziale considerata, debba prevalere colui il quale ha provveduto, prima degli altri, a compiere la formalità pubblicitaria in questione²⁵⁷. L'ambito di opponibilità dell'annotazione, dunque, attiene alla possibilità di far valere il mero trasferimento del diritto di ipoteca considerato, in capo ad altro soggetto, nei confronti di tutti i terzi che sono destinatari degli atti di gestione del medesimo diritto di ipoteca. In mancanza dell'annotazione non si produce l'effetto di immissione nell'ipoteca. Secondo parte della dottrina, tuttavia, l'ambito di operatività della norma si riferirebbe più precisamente alla possibilità di rendere inefficaci, nei confronti del nuovo titolare, tutti gli atti di gestione del diritto di ipoteca considerato posti in essere da colui il quale risulta, in base ai registri immobiliari, già titolare dello stesso²⁵⁸. L'opponibilità in questione riguarderebbe, quindi, essenzialmente i rapporti fra il nuovo soggetto cessionario della garanzia ipotecaria e i destinatari degli atti di

²⁵⁷ Così FRAGALI, voce *Ipoteca (diritto privato)*, cit., 823.

²⁵⁸ BOERO, *Le ipoteche*, cit., 142; TASSINARI, *Portabilità del mutuo e surrogazione dopo l'articolo 8 del d.l. sulla concorrenza* cit.; BUSANI, *La portabilità dell'ipoteca: tecnica redazionale*, in *Il contributo del notariato per l'attuazione delle semplificazioni in tema di mutui ipotecari* cit., 154.

gestione della garanzia ipotecaria compiuti da colui il quale risulta ancora, prima della pubblicità, formalmente titolare del diritto stesso. Ciò nel senso che la cessione della garanzia ipotecaria non sarà opponibile a tutti coloro i quali sono stati destinatari di atti di gestione del diritto considerato compiuti da colui il quale risulta formalmente titolare del diritto stesso, sino al momento dell'annotazione in esame²⁵⁹. L'oggetto della opponibilità, secondo tale dottrina, risulta, quindi, circoscritto ai rapporti giuridici che contrappongono il nuovo titolare della garanzia ipotecaria ai soggetti che sono stati destinatari di atti di gestione della garanzia stessa. Sulla base di quanto sopra considerato, saranno opponibili al nuovo soggetto titolare del diritto di ipoteca tutti quegli atti compiuti da chi non ne risultava effettivo titolare, ma che, tuttavia, ne risultava intestatario in base alle risultanze dei registri immobiliari. Per converso, tali atti non saranno opponibili al nuovo titolare della garanzia ipotecaria, in base ad un titolo valido ed efficace, il quale abbia, precedentemente al compimento degli atti stessi, provveduto alla formalità pubblicitaria considerata²⁶⁰. In altre parole, l'opponibilità derivante dall'annotazione considerata si riferisce alla possibilità di opporre la effettiva titolarità, in capo ad un determinato soggetto – cessionario del diritto stesso –, nei confronti di soggetti che hanno fatto affidamento sulla titolarità del medesimo diritto in capo ad un altro soggetto – precedente titolare –. In tale prospettiva, dunque, l'efficacia della pubblicità opererebbe sul piano della mera opponibilità della qualità di titolare di un determinato diritto di ipoteca, il quale risulta già

²⁵⁹ CHIANALE, *L'ipoteca*, cit., 97.

²⁶⁰ BARATTERI, *Surrogazione e portabilità dei mutui. Funzione, struttura, efficacia e validità della fattispecie*, cit., 236.

preesistente, ed opponibile, in quanto tale, in base alla iscrizione originaria, la quale soltanto vale a regolare i rapporti con gli altri aventi causa di diritti reali, su quanto in oggetto. L'ipoteca si trasferirebbe subito *intra partes*, senza la necessità dell'annotazione la quale avrebbe effetti unicamente nei confronti dei terzi²⁶¹. L'effetto della mera opponibilità è quello proprio della pubblicità dichiarativa, la quale non influisce sulla determinazione dell'effetto sostanziale, ma influisce soltanto sulla possibilità di opporre, nei confronti di determinati terzi, i relativi effetti. In tale ipotesi, come si è visto, la pubblicità non interviene sulla produzione dell'effetto giuridicamente rilevante, come derivante da un determinato fatto giuridico ma, piuttosto, sulla possibilità di far valere lo stesso effetto, il quale si è prodotto, nei rapporti con determinati soggetti²⁶². L'annotazione considerata, pertanto, in tale prospettiva, appare rilevante al fine della opponibilità, non già della costituzione del diritto di ipoteca, ma del

²⁶¹ RUBINO, *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, cit., 38; CHIANALE, *L'ipoteca*, cit., 100, secondo cui: "si deve affermare la natura dichiarativa e non costitutiva dell'annotazione presa ai sensi dell'art. 2843c.c.: il trasferimento dell'ipoteca in capo al soggetto che subentra nel credito, opera indipendentemente dalla formalità dell'annotazione, sia tra le parti sia verso i terzi in generale; esso però diviene opponibile a quei terzi che vantano diritti sull'ipoteca, soltanto a seguito dell'annotazione. L'efficacia dichiarativa è il principio generale in materia di pubblicità immobiliare e si impone quale criterio di interpretazione delle ipotesi dubbie". Nello stesso senso PRESTI, *Annotazione per il subingresso ipotecario e fallimento del proprietario del bene*, in *Giur. comm.*, 1993, II, 498.

²⁶² È noto che la pubblicità dichiarativa è quella forma di pubblicità che non determina l'effetto giuridico che ne costituisce oggetto, ma lo rende semplicemente opponibile ai terzi. Tuttavia, si deve ritenere di essere di fronte ad una pubblicità dichiarativa in tutti i casi in cui vi sia comunque una effettiva produzione dell'effetto considerato, a prescindere dalla pubblicità, e lo stesso possa essere fatto valere, almeno in taluni rapporti giuridici. Se in concreto, la mancanza della pubblicità finisce per rendere del tutto inopponibile l'effetto giuridico di cui si tratta, dovrà essere considerata alla stregua di una pubblicità costitutiva .

trasferimento del medesimo diritto, con la conseguenza che, sino al compimento della relativa formalità, non si può far valere l'effetto derivante dal trasferimento considerato.

La giurisprudenza, all'opposto, aderisce ad una concezione dell'annotazione come pubblicità costitutiva, ritenendo coerentemente che tutte le trascrizioni o iscrizioni pregiudizievoli che vengano concluse anteriormente all'annotazione stessa siano opponibili al creditore subentrante²⁶³. Come noto, la pubblicità costitutiva oltre a produrre l'effetto dell'opponibilità del rapporto giuridico, produce altresì e soprattutto l'effetto di creare, o costituire appunto, il rapporto o l'effetto giuridicamente rilevante. La dottrina che aderisce a tale concezione ritiene che la costituzione dell'effetto traslativo considerato, avendo riguardo al diritto di ipoteca, derivi dunque dalla realizzazione della formalità prevista e disciplinata dal suddetto art. 2843 c.c.²⁶⁴ L'effetto costitutivo, derivante dalla pubblicità considerata avrebbe, peraltro, ad oggetto il semplice trasferimento in senso lato del diritto di ipoteca, e non la costituzione del diritto stesso, che dipenderà, sempre e comunque, dalla iscrizione pregressa della stessa garanzia ipotecaria; all'opposto, la costituzione dell'effetto traslativo, relativa al solo diritto di ipoteca, dipenderà dall'annotazione considerata. Prima della annotazione, la quale determina il predetto effetto traslativo della garanzia ipotecaria, si deve intendere che il diritto di ipoteca resti in capo al dante causa, già titolare del

²⁶³ Cfr. Cass., 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 Cass., 12 settembre 1997, n. 9023 in *Vita Notarile*, 1998, 929 e Cass., 21 marzo 2003, n. 4137 in *Archivio Civile*, 2004, 131.

²⁶⁴ FRAGALI, voce *Ipoteca (diritto privato)*, cit., 823; RAVAZZONI, *Le ipoteche*, cit., 75.

medesimo (il quale ultimo risulti, evidentemente, tale in base ai registri immobiliari di competenza). Si assiste, quindi, ad un'ipotesi eccezionale di dissociazione fra la titolarità del diritto di ipoteca e la titolarità del diritto sostanziale che costituisce l'oggetto della medesima garanzia. Ciò nel senso che il primo continua a spettare formalmente al precedente titolare, mentre il secondo passa nella titolarità dell'effettivo cessionario, in base alle regole generali in materia di cessione del credito²⁶⁵. Tale dissociazione appare del tutto ammissibile, in quanto il diritto di ipoteca continua ad essere destinato al patrimonio del soggetto titolare del relativo diritto sostanziale. Di conseguenza, il diritto di ipoteca, in quanto permane una funzione giuridicamente rilevante alla sua conservazione, continua a restare in vita, sia pure provvisoriamente, nel patrimonio del titolare precedente. Si tratta di una situazione nella quale il titolare formale del diritto di ipoteca ha, comunque, la facoltà di svolgere la relativa attività di gestione in nome proprio, ma per conto dell'effettivo titolare del diritto sostanziale di credito. In altre parole, il titolare in senso formale del diritto di ipoteca può gestire il rapporto relativo alla garanzia ipotecaria, al fine di rimetterne i risultati nel patrimonio dell'effettivo destinatario, in senso sostanziale, del diritto medesimo²⁶⁶. La garanzia ipotecaria pertanto sopravvive, sia pure nel patrimonio di soggetto che in termini giuridici non ne risulta interessato. Per quanto riguarda, invece, l'aspetto funzionale relativo alla individuazione della ragione giustificativa di tale dissociazione, ci si trova di

²⁶⁵ Così BARATTERI, *Surrogazione e portabilità dei mutui. Funzione, struttura, efficacia e validità della fattispecie*, cit., 255.

²⁶⁶ BUSANI, *La portabilità dell'ipoteca: tecnica redazionale*, in *Il contributo del notariato per l'attuazione delle semplificazioni in tema di mutui ipotecari* cit., 154.

fronte ad una situazione del tutto analoga a quella relativa alla successione a titolo particolare nel processo civile (art. 111 c.p.c.). Anche in tale ipotesi si assiste, in caso di mancata estromissione dell'originaria parte processuale, ad una dissociazione fra la titolarità del rapporto processuale e l'interesse sostanziale alla medesima titolarità, il quale ultimo spetta, evidentemente, all'avente causa (cessionario) del diritto sostanziale. Tuttavia, il legislatore, proprio per tutelare ulteriori interessi, di carattere generale finisce, anche in tale ipotesi, per operare la dissociazione considerata fra la titolarità del rapporto – nel caso della fattispecie processuale considerata, si tratta del rapporto processuale – e la titolarità del relativo diritto sostanziale – la quale, evidentemente, spetta al cessionario effettivo nel relativo diritto –. Orbene, la stessa *ratio* sussiste nell'ambito della fattispecie di cui all'art. 2843 c.c., nella quale il legislatore intende procedere al mantenimento del rapporto giuridico considerato in capo al titolare precedente, proprio per tutelare la buona fede dei destinatari degli atti di gestione del relativo diritto, e per consentire una continuità nella gestione dei relativi rapporti, il tutto al fine di realizzare una maggiore certezza del diritto. Pertanto, sulla base di quanto meglio sopra indicato, la dottrina distingue gli atti di gestione del diritto di ipoteca, i quali potranno essere compiuti soltanto dal soggetto che ne risulta titolare in senso formale, dagli effetti di tali atti, i quali dovranno essere, successivamente, trasferiti nel patrimonio del titolare del relativo diritto di credito sostanziale²⁶⁷. Tale trasferimento potrà avvenire, a seconda dei casi, con due modalità differenti. Sino a quando il diritto di ipoteca non si sia estinto, nel

²⁶⁷ BARATTERI, *Surrogazione e portabilità dei mutui. Funzione, struttura, efficacia e validità della fattispecie*, cit., 256.

medesimo diritto subentrerà il titolare del diritto di credito sostanziale, mediante l'annotazione in esame, quale fattispecie costitutiva del relativo trasferimento. Contestualmente al relativo effetto costitutivo del trasferimento, l'annotazione considerata determinerà l'opponibilità, del trasferimento stesso, nei confronti di tutti i possibili destinatari di atti di gestione del precedente titolare. Pertanto, accanto all'effetto costitutivo del trasferimento del diritto di garanzia, l'annotazione, come abbiamo detto già in precedenza, realizza pure l'effetto della piena opponibilità dello stesso effetto costitutivo. Conseguentemente, dopo l'annotazione considerata, qualsiasi atto di gestione del diritto di ipoteca, da parte del precedente titolare, sarà del tutto privo di efficacia. All'opposto, se il diritto di ipoteca sarà già estinto, non potrà certamente ritenersi che il titolare del diritto di credito possa subentrare, per effetto dell'annotazione, in tale situazione giuridica inesistente; in tale ipotesi, il precedente soggetto titolare del diritto in senso formale sarà semplicemente tenuto a trasferire ogni eventuale diritto collegato alla estinzione della medesima garanzia ipotecaria, oppure ogni eventuale diritto collegato alla relativa gestione, in capo al soggetto titolare del relativo diritto in senso sostanziale. Tale ultimo obbligo potrà essere adempiuto, in base al rapporto interno fra il soggetto che risulta formalmente titolare del diritto di ipoteca, ed il soggetto titolare del diritto di credito, in senso sostanziale. Pertanto, l'esecuzione di tale ulteriore atto di trasferimento potrà essere compiuta anche a prescindere dalla formale annotazione della cessione di diritto di ipoteca considerato in quanto ormai inesistente. Dall'efficacia costitutiva dell'annotazione, nel senso di cui meglio sopra, deriva un ulteriore corollario. Sino a tale annotazione, l'effettivo titolare del diritto di credito non potrà compiere alcun atto di gestione del diritto di

ipoteca in oggetto. Tali atti, se compiuti, saranno inefficaci, salvo l'eventuale recupero di tale efficacia successivamente all'annotazione²⁶⁸. Pertanto, a differenza di quanto si verificherebbe qualora l'annotazione avesse mera efficacia dichiarativa, nel qual caso l'effettivo titolare del diritto manterrebbe la facoltà di disporre sino al momento dell'annotazione, non si realizza l'effetto reale considerato e, quindi, il titolare del medesimo continua ad essere colui il quale risulta tale dai registri immobiliari. Soltanto tale ultimo soggetto potrà effettivamente disporre del relativo diritto di ipoteca e porre in essere tutti i relativi atti di gestione, mentre il destinatario del medesimo diritto, in senso sostanziale, non potrà disporre in alcun modo²⁶⁹.

La dottrina ha peraltro da tempo criticato tale orientamento che, seppur conforme ai principi generali in materia di pubblicità, è stato considerato responsabile della scarsa applicazione pratica della surrogazione per volontà del debitore in quanto non consente un'adeguata protezione delle ragioni del creditore subentrante, dando la possibilità al debitore di pregiudicare in modo irreversibile i diritti del nuovo creditore, mediante iscrizioni o trascrizioni pregiudizievoli, opportunamente predisposte per crediti o alienazioni simulate nel periodo di tempo che intercorre tra il perfezionamento della surrogazione e l'annotazione presso i registri immobiliari che, dati i tempi delle Conservatorie, può avvenire

²⁶⁸ BUSANI, *La portabilità dell'ipoteca: tecnica redazionale*, in *Il contributo del notariato per l'attuazione delle semplificazioni in tema di mutui ipotecari* cit., 155.

²⁶⁹ *Contra* CHIANALE, *L'ipoteca*, cit., 100.

anche a distanza di molto tempo²⁷⁰. Appare evidente la rilevanza della norma in tema di portabilità, in quanto, come si è visto, il contenuto della stessa risulta essere nella maggior parte dei casi un diritto di credito munito di garanzia ipotecaria. Come si è visto, una volta effettuata l'annotazione, a cura del soggetto interessato, il medesimo subentrerà nell'intera posizione giuridica del suo dante causa. Tale circostanza rende del tutto compatibile la opponibilità dell'annotazione con la funzione della portabilità, che presuppone, per poter operare, che il nuovo soggetto creditore possa subentrare in tutta la posizione pregressa, già in capo al precedente soggetto bancario. Soltanto se si realizza il predetto subentro è ipotizzabile la creazione di un regime di concorrenza perfetta nell'ambito della rinegoziazione dei rapporti di finanziamento, che, si è detto, rappresenta la finalità ultima della stessa portabilità²⁷¹. Certamente, si deve ritenere che il nuovo soggetto creditore, nell'ambito di un'operazione di portabilità, risulti onerato a porre in essere, nel più breve tempo possibile, l'annotazione considerata, in maniera da realizzare il subentro nel diritto di ipoteca in questione. Tale onere rappresenta la necessaria conseguenza del passaggio da un regime di titolarità del pregresso rapporto finanziario, ad una differente titolarità dello stesso rapporto, e risulta pienamente giustificato dalla necessità di tutelare la buona fede di tutti i terzi che entrano in contratto con il

²⁷⁰ 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.

²⁷¹ SIRENA, *La "portabilità del mutuo" bancario o finanziario*, cit., 465; LEMMA, *Sub art. 120 quater*, cit., 1785.

soggetto già titolare della garanzia ipotecaria²⁷². L'interpretazione della disposizione di cui all'art. 2843 c.c. che viene data dalla dottrina da ultimo esaminata consente comunque di realizzare, sino al momento in cui viene compiuta l'annotazione considerata, una continuità nella gestione del diritto di ipoteca, la quale pone, pertanto, il nuovo soggetto mutuante nell'ambito della portabilità in una posizione del tutto assimilabile a quella del pregresso titolare del credito, il tutto al fine di consentire la realizzazione, in materia, di un regime di concorrenza perfetta²⁷³. Lo stesso non può dirsi analizzando l'interpretazione che della norma da la giurisprudenza che, si è visto, attribuisce alla pubblicità in questione una valenza costitutiva non con riguardo al trasferimento del diritto reale di garanzia in oggetto ma, piuttosto, al fine di realizzare la stessa costituzione del diritto di garanzia considerato²⁷⁴. Tale impostazione finisce per rendere opponibili, al successivo soggetto cessionario del credito tutte quelle trascrizioni pregiudizievoli, che sono anteriori e precedenti rispetto

²⁷² Tale onere rappresenta un costo aggiuntivo in capo al nuovo soggetto creditore, subentrante nella pregressa operazione di finanziamento, nell'ambito di un'operazione di portabilità. Tuttavia, tale costo aggiuntivo rappresenta un elemento necessario della fattispecie, in quanto posto a tutela di interessi ulteriori e meritevoli di tutela. Del resto, tale costo in termini economici risulta del tutto marginale e non idoneo a minare il principio di libera e perfetta concorrenza che, almeno sul piano normativo, il legislatore intende realizzare.

²⁷³ FRAGALI, voce *Ipoteca (diritto privato)*, cit., 753.

²⁷⁴ Ad avviso di CHIANALE, *L'ipoteca*, cit., 100, tale valore costitutivo deve essere rivolto effettivamente nei confronti dei soli 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 pubblicitario. 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.

all'annotazione considerata. Da ciò deriva una situazione di assoluta disparità fra la posizione del pregresso soggetto titolare del credito ed il successivo soggetto cessionario o subentrante nello stesso credito considerato, il quale ultimo potrebbe vedere prevalere, sulla garanzia ipotecaria, i diritti oggetto di trascrizione pregressa, i quali sarebbero, in condizioni normali, del tutto inopponibili alla iscrizione ipotecaria di grado anteriore.

L'art. 120 *quater* T.U.B., dopo aver stabilito il passaggio delle garanzie e degli accessori in capo al creditore subentrante, prevede che l'annotamento della surrogazione possa essere richiesto al conservatore senza formalità, allegando copia autentica dell'atto di surrogazione stipulato per atto pubblico o scrittura privata.

La dottrina si è inoltre posta il problema di stabilire quali siano i presupposti formali necessari al fine di procedere all'annotazione in oggetto in relazione alla fattispecie della surrogazione per volontà del debitore *ex art.* 1202 c.c. Da un punto di vista meramente letterale, l'art. 120 *quater*, comma 3, T.U.B. dovrebbe essere integrato dal disposto di cui all'art. 1202 c.c. il quale prevede, al punto primo, del comma 2, che il mutuo e la quietanza debbano risultare da atto avente data certa²⁷⁵. Questa ultima disposizione, evidentemente, non si occupa di identificare i predetti requisiti formali avendo riguardo al subentro del mutuante in credito garantito da ipoteca; la stessa, invece, ha portata generale e, quindi, si riferisce alla fattispecie sulla surrogazione, a prescindere dalla natura del credito che ne è oggetto. Altra disposizione rilevante è naturalmente il già citato art. 2843

²⁷⁵ DOLMETTA, *Questioni sulla surrogazione per volontà del debitore ex art. 8 legge n. 40/2007*, cit., 395.

c.c., il quale si occupa della annotazione degli atti di surrogazione a margine della garanzia ipotecaria. Tale articolo, precisamente, prevede che, per procedere all'annotazione, debba essere consegnata al conservatore copia del titolo e, che qualora lo stesso sia una scrittura privata, o un atto formato in paese estero, si applichino le disposizioni di cui agli artt. 2835 e 2837 c.c.

Sulla base di un'interpretazione letterale dell'art. 120 *quater*, in combinato disposto con le ulteriori predette disposizioni normative, la dottrina ritiene che, sul piano della forma e della pubblicità, al fine di realizzare la fattispecie della surrogazione in senso lato, è necessario che gli atti di mutuo e di quietanza abbiano data certa. In particolare, nel caso in cui la surrogazione rientri nell'ambito della regolamentazione in materia di portabilità, sempre che il credito che ne è oggetto sia garantito da ipoteca, sarà necessario, al solo fine di precedere all'annotazione di cui all'art. 2843 c.c., che l'atto di surrogazione sia stipulato per atto pubblico o scrittura privata autenticata²⁷⁶; tale requisito formale, il quale sarebbe necessario soltanto al fine di procedere all'annotazione dell'atto di surrogazione, sarebbe l'unico imposto dal legislatore, il quale si esprime, sul punto, prevedendo che l'annotazione stessa debba avvenire senza formalità, soltanto mediante allegazione del predetto atto di surrogazione, stipulato per scrittura privata od atto pubblico. In conclusione, da un punto di vista formale, affinché si realizzi la fattispecie della surrogazione per volontà del debitore, dovrebbe comunque valere il disposto del predetto art. 1202 c.c., il quale impone

²⁷⁶ BUSANI, *La portabilità dell'ipoteca: tecnica redazionale*, cit., 154; BARATTERI, *Surrogazione e portabilità dei mutui. Funzione, struttura, efficacia e validità della fattispecie*, cit., 399.

la data certa del contratto di mutuo ed alla quietanza; invece, per procedere soltanto all'annotazione imposta dall'art. 2843 c.c., sarebbe necessario, in materia di portabilità, che l'atto di surrogazione sia redatto per atto pubblico o scrittura privata autenticata e, dal dettato normativo, sembra addirittura che tale ultima documentazione, relativa all'atto di surrogazione, sia l'unica effettivamente necessaria per procedere all'annotazione in questione, restando, gli altri requisiti formali, estranei al meccanismo della pubblicità²⁷⁷. L'interpretazione letterale delle predette disposizioni normative condurrebbe pertanto alla conclusione che, al fine di procedere all'annotazione di cui all'art. 2843 c.c., sarebbe sufficiente che soltanto l'atto di surrogazione sia redatto nella forma dell'atto pubblico e della scrittura privata autenticata, mentre, per quanto concerne gli altri atti relativi al procedimento di surrogazione, sarebbe sufficiente che gli stessi risultino da documenti aventi data certa. Si potrebbe perfino concludere, sempre partendo dalla lettera della disposizione normativa citata, che tali documenti, relativi al mutuo ed alla quietanza, non siano neppure richiesti per procedere all'annotazione dell'ipoteca. Al fine di procedere all'annotazione di cui all'art. 2843 c.c., nell'ambito della materia della portabilità, sarebbe sufficiente e necessario allegare soltanto l'atto di surrogazione, redatto nella predetta forma; per quanto riguarda gli altri atti, la loro esistenza sarebbe irrilevante al fine della pubblicità, restando, comunque, pacifico che gli stessi, al fine di far valere, in senso

²⁷⁷ GENTILI, *Teoria e prassi nella portabilità dei contratti di finanziamento bancari*, cit., 453; CALDERONI, *Il procedimento di cancellazione delle ipoteche estinte a seguito di regolare adempimento del mutuo nella l. n. 40/2007*, cit., 104; GUERINONI, *Le nuove regole nei rapporti bancari. Ius variandi, recesso, estinzione anticipata dei mutui e portabilità dei contratti di finanziamento*, cit., 129; PETRELLI, *Cancellazione di ipoteche a garanzia di mutui nella legge 2 aprile 2007, n. 40*, cit., 291.

sostanziale, la surrogazione, debbono comunque non soltanto esistere, ma essere redatti con atto avente data certa²⁷⁸.

A tale tesi si è obiettato che se si aderisse fedelmente al dettato letterale dell'art 120 *quater* si dovrebbe arrivare alla conclusione che si possa procedere ad una annotazione, a favore di un nuovo creditore, soltanto sulla base di una dichiarazione unilaterale del debitore, quale è l'atto di surrogazione. Tale annotazione, dunque, qualora non vi fossero i presupposti della surrogazione, sarebbe ugualmente valida ed efficace nei confronti del nuovo titolare e non più in quelli del creditore originario, il quale, invece, sarebbe nella pratica rimasto nella titolarità del credito considerato. In altre parole, l'applicazione letterale della legge porterebbe alla conclusione che la garanzia ipotecaria possa essere, di fatto, pregiudicata dallo stesso debitore, e quindi dallo stesso soggetto che ne è di norma gravato, sulla base di una dichiarazione unilaterale, sia pure redatta nella forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata. È evidente che tale conclusione non sia accettabile, in quanto tutti gli atti di cancellazione o di

²⁷⁸ BUSANI, *La portabilità dell'ipoteca: tecnica redazionale*, cit., 156, secondo cui: "il nuovo mutuo non è necessariamente un atto notarile; tuttavia vi è da sottolineare che difficilmente la nuova banca rinuncia all'atto pubblico o autenticato, in quanto questa è imprescindibile condizione per poter disporre della copia esecutiva in caso di insolvenza del mutuatario (senza titolo esecutivo, infatti, il processo di espropriazione deve essere necessariamente preceduto da un'altra fase processuale, quella finalizzata ad accertare il credito e a ordinarne al creditore il pagamento). Anche per l'atto di quietanza non occorre necessariamente l'intervento del notaio, in quanto la legge dispone che è sufficiente l'atto scritto (e quindi non serve che l'atto sia pubblico o che le firme siano autenticate). L'atto notarile è invece imprescindibile per l'atto di surroga e cioè per l'atto nel quale, ottenuta la quietanza della vecchia banca per effetto dell'estinzione del vecchio mutuo, utilizzando il denaro rinveniente dal nuovo mutuo, il debitore dichiara di attribuire alla nuova banca, le garanzie che assistevano l'operazione estinta. Infatti, l'atto di surrogazione deve essere pubblicato nei registri immobiliari e deve necessariamente essere rivestito di forma autentica".

modificazione di vincoli su beni immobili devono essere previamente consentiti dallo stesso soggetto attivo, già avente diritto al vincolo considerato, oppure sulla base di un provvedimento del giudice competente al riguardo. Cosa debba intendersi per titolo è assunto che spetta all'interprete chiarire, essendo pacifico solamente che, sulla base della disposizione citata, tale titolo debba avere la forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata. Di conseguenza, altra parte della dottrina, per titolo idoneo necessario per procedere all'annotazione della surrogazione, intende non soltanto l'atto di surrogazione, ma pure il documento o i documenti dai quali risultino sia il contratto di mutuo, che costituisce fattispecie imprescindibile dell'effetto della surrogazione, sia la quietanza del creditore originario, dalla quale, naturalmente, risulta l'adempimento della relativa obbligazione²⁷⁹. Tale dottrina, in definitiva, sostiene che mentre l'atto di surrogazione consiste in un atto unilaterale non recettizio, il titolo della surrogazione, in senso lato, deve consistere nel documento o documenti (che devono essere redatti tutti nella forma prevista dal predetto art. 2843 c.c.), dai quali risultano, necessariamente, tutti gli elementi essenziali della fattispecie procedimentale complessa determinante l'effetto della stessa surrogazione. Presupposto per procedere alla pubblicità in parola, dunque, non può essere soltanto un singolo elemento della fattispecie costitutiva dell'effetto considerato, ma tutti gli elementi della fattispecie complessa, idonei a realizzare l'effetto che deve essere pubblicizzato (da intendersi, pure nella loro pluralità,

²⁷⁹ BARATTERI, *Surrogazione e portabilità dei mutui. Funzione, struttura, efficacia e validità della fattispecie*, cit., 406; PETRELLI, *Cancellazione di ipoteche a garanzia di mutui nella legge 2 aprile 2007, n. 40*, cit., 29.

come titolo idoneo per procedere all'annotazione)²⁸⁰. L'annotazione non può quindi essere fatta senza la esibizione di una documentazione completa, dalla quale risultino tutti gli elementi salienti della fattispecie complessa considerata. Diversamente, il titolo dell'annotazione non sarebbe idoneo, in quanto non sarebbe tale da rappresentare, in maniera completa, la fattispecie complessa che è alla base della surrogazione per volontà del debitore.

La lettura dell'art. 120 *quater* pertanto, deve essere effettuata alla luce del contenuto generale di cui all'art. 2843 c.c. Di conseguenza, per atto di surrogazione deve intendersi il titolo dal quale deriva la surrogazione stessa, nello stesso significato in cui tale termine è usato nella disposizione di cui all'art. 2843 c.c. L'atto di surrogazione inteso quale titolo della surrogazione stessa nel significato che si è specificato, in tale ottica deve rappresentare adeguatamente tutti gli elementi essenziali della fattispecie procedimentale considerata, dalla quale deriva l'effetto proprio della surrogazione.

In questo senso, la dottrina ritiene, in definitiva, che l'art. 120- *quater* abbia inteso unicamente agevolare ulteriormente il soggetto richiedente l'annotazione. Tale soggetto, infatti, in base alla disposizione citata, non sarebbe tenuto ad effettuare alcuna richiesta di annotazione in senso formale, oppure a presentare alcuna nota specifica per l'annotazione stessa, oppure a pagare alcuna tassa od imposta, dovendo provvedere, a tale incombenza, di ufficio, il

²⁸⁰ PETRELLI, *Cancellazione di ipoteche a garanzia di mutui nella legge 2 aprile 2007, n. 40*, cit., 30.

conservatore stesso ma, sempre e comunque, sulla base della presentazione di idonea documentazione al riguardo²⁸¹.

La dottrina si è interrogata sul significato da attribuire all'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"²⁸². 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. Da un lato, la dottrina ha ritenuto che l'inciso "senza formalità" non possa avere quale conseguenza la facoltatività della nota in doppio originale, in quanto strumento

²⁸¹ SIRENA, *La "portabilità del mutuo" bancario o finanziario*, cit., 465.

²⁸² Cfr. DI STASO, *Modificazioni soggettive del rapporto obbligatorio e garanzie reali*, cit., 200.

irrinunciabile per consentire la pubblicità della vicenda surrogatoria²⁸³. Altra dottrina ritiene all'opposto che tale interpretazione sia estremamente riduttiva della portata giuridica dell'inciso "senza formalità" che ne risulterebbe talmente depotenziato da essere sostanzialmente privo di qualunque effetto giuridico²⁸⁴. La locuzione "senza formalità" acquisterebbe dunque un significato solo se si accede alla tesi secondo la quale la stessa può essere espletata dall'Amministrazione, che redigerà autonomamente la nota per l'annotazione²⁸⁵.

Resta da chiarire, infine, quali siano gli elementi essenziali della fattispecie complessa dalla quale deriva l'effetto della surrogazione per volontà del debitore, che devono essere necessariamente esibiti, in sede di annotazione, quale titolo per la realizzazione della medesima.

Tale documentazione, a parere della dottrina, deve ricomprendere: il nuovo contratto di mutuo, con gli elementi essenziali prescritti dalla legge, con particolare riguardo al disposto di cui all'art. 1202 c.c.; l'atto di surrogazione (il quale consiste in atto negoziale unilaterale, non recettizio compiuto dal soggetto

²⁸³ 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". TASSINARI, *Portabilità del mutuo e surrogazione dopo l'articolo 8 del d.l. sulla concorrenza* cit.

²⁸⁴ Così DI STASO, *Modificazioni soggettive del rapporto obbligatorio e garanzie reali*, cit., 200.

²⁸⁵ SIRENA, *La "portabilità del mutuo" bancario o finanziario*, cit., 465. *Contra* 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.

debitore con le modalità di cui meglio sopra); l'atto di quietanza, con le dichiarazioni previste dalla legge al riguardo²⁸⁶. La citata documentazione dovrà essere perfezionata ed esibita nella forma prevista dall'art. 2843 c.c., che, richiamando ulteriori disposizioni normative, richiede in ogni caso la forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata.

Resta inteso che i predetti requisiti formali sono necessari soltanto al fine di procedere all'annotazione della surrogazione in margine alla iscrizione della garanzia ipotecaria di cui all'art. 2843 c.c., mentre non sono certamente necessari per il perfezionamento della surrogazione per volontà del debitore dovendo riferirsi, sotto tale aspetto, soltanto la regolamentazione di cui all'art. 1202 c.c.

4. LA POSIZIONE DEL GARANTE E LA TUTELA DEI TERZI CREDITORI

Per completare l'analisi del meccanismo di portabilità dell'ipoteca occorre infine soffermarsi sulla disposizione di cui all'art. 1204 c.c. Tale norma prevede, come noto, che la surrogazione produca i propri effetti anche nei confronti dei terzi che abbiano fornito garanzie, a servizio del credito originario. Se la surrogazione è, come si più volte cercato di affermare, una successione non novativa del rapporto obbligatorio, ne consegue che il nuovo creditore otterrà quel determinato credito con tutti gli accessori del medesimo, comprese le garanzie prestate da terzi. Il medesimo ragionamento deve essere fatto con riguardo alla

²⁸⁶ PETRELLI, *Cancellazione di ipoteche a garanzia di mutui nella legge 2 aprile 2007, n. 40*, cit., 30.

normativa sulla portabilità che, come sappiamo, stabilisce espressamente il trasferimento degli accessori al credito oggetto di surrogazione.

Gli studiosi della materia si sono chiesti che cosa avviene se, ipotesi tutt'altro che teorica, la nuova contrattazione tra il debitore e l'istituto di credito subentrante sia peggiorativa della situazione giuridica del bene e le trattative siano avvenute senza interpellare il terzo datore di ipoteca. Inoltre, la dottrina si è interrogata sulla possibilità che una surrogazione, anch'essa peggiorativa della posizione dei creditori ulteriori che avessero delle iscrizioni successive a quelle per la quale si pone in essere la surrogazione stessa, possa essere conclusa, in assenza del consenso di quest'ultimi.

Va sottolineato che la surrogazione viene realizzata nella maggior parte dei casi col fine di ottenere un risparmio mensile di una somma di denaro sufficiente per riuscire a impiegarla per scopi differenti da quello per cui si era contratto il precedente mutuo. Tale obiettivo può essere raggiunto sia attraverso l'ottenimento di un tasso di interesse più favorevole per il cliente rispetto al precedente, oppure 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 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; dall'altro, la tutela dei terzi che avessero un titolo di prelazione immediatamente successivo a quello del creditore subentrante²⁸⁷. Non potendo fare riferimento all'art. 120 *quater* T.U.B. che non offre elementi per risolvere la predetta

²⁸⁷ Cfr. DI STASO, *Modificazioni soggettive del rapporto obbligatorio e garanzie reali*, cit., 203.

questione, la dottrina ha preso le mosse dall'art. 1204 c.c., che prevede espressamente che anche le garanzie fornite dai terzi transitino in favore del creditore subentrante, e dai principi generali dell'ordinamento in tema di ipoteche. La dottrina ha quindi ritenuto che, con riferimento all'operazione di portabilità del mutuo, 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 originaria²⁸⁸. Si sostiene, infatti, che il mero allungamento del periodo di ammortamento non possa essere considerato come fonte di ulteriori obbligazioni a carico del debitore²⁸⁹. Non si farà luogo ad un'ulteriore valutazione del rischio in merito al credito vincolato alla garanzia del terzo, poiché l'operazione concerne solamente la pattuizione di una nuova modalità di adempimento da parte del debitore.

Per quanta riguarda il secondo profilo problematico che la dottrina ha messo in luce alcuni Autori sostengono che le modifiche, ancor più quelle che imporrebbero un termine di durata più lungo per la definizione del rapporto di prestito, non potrebbero essere prese in pregiudizio dei diritti degli altri creditori, aventi un titolo di preferenza.²⁹⁰ A questa interpretazione si ribatte che, oltre a non essere fondata sul tenore letterale della norma, la stessa paralizzerebbe gli effetti della portabilità, precludendo il suo impiego nelle ipotesi nella prassi frequenti, in

²⁸⁸ cfr. GATTONI, *La portabilità del mutuo e l'annotazione della surrogazione nell'ipoteca* cit., 63; FAUSTI, *Anticipata estinzione del mutuo e portabilità dell'ipoteca*, cit., 51.

²⁸⁹ SIRENA, *La "portabilità del mutuo" bancario o finanziario* cit., 477.

²⁹⁰ GIAMPIERI, *Il decreto sulle liberalizzazioni. La portabilità del mutuo, le intenzioni del legislatore e gli effetti (forse indesiderati) della norma*, cit., 476.

cui l'ammortamento si prolunghi anche oltre il ventennio di efficacia dell'iscrizione ipotecaria²⁹¹. Sarebbe così senz'altro preferibile la tesi secondo cui la surrogazione può essere conclusa anche per un termine più lungo, in quanto l'iscrizione ipotecaria viene assunta 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 preferenziale rispetto ai creditori in subordine²⁹².

Esaurita tale problematica ed analizzato il meccanismo di circolazione dell'ipoteca così come previsto dal Decreto Bersani *bis*, si ritiene utile a questo punto, al fine di approfondire la ricerca, affrontare la materia oggetto di studio in un'ottica comparata, rilevando quali siano a livello europeo le principali differenze in tema di circolazione del credito, portabilità del mutuo e trasferibilità delle garanzie. Va ricordato in proposito che la Commissione Europea nel marzo del 2003 ha costituito un gruppo di discussione sul credito ipotecario, composto da esperti appartenenti ai diversi Stati membri. Nel 2005, in seguito al rapporto presentato dal gruppo, ha emanato un Libro Verde, strutturato in diversi punti, due dei quali riguardanti la c.d. euroipoteca, il cui obiettivo è l'introduzione di uno strumento europeo per garantire i mutui sui beni immobiliari da utilizzare con flessibilità, cioè facilitare il costituirsi e il trasferimento delle ipoteche ed

²⁹¹ SIRENA, *La "portabilità del mutuo" bancario o finanziario* cit., 477.

²⁹² TASSINARI, *Portabilità del mutuo e surrogazione dopo l'articolo 8 del d.l. sulla concorrenza* cit..

esercitare un influsso positivo sul mercato finanziario. Più precisamente poi, si intende svolgere una comparazione specifica, sul tema trattato, tra l'ordinamento italiano e quello francese. S'intendono esaminare le due discipline innanzitutto perché la nostra tradizione giuridica (civilistica e non solo) è strettamente legata a quella d'Oltralpe, ma anche perché i due Paesi hanno un tessuto economico, giuridico e sociale molto simile e può quindi risultare opportuno osservare come si è evoluto il meccanismo di circolazione delle garanzie in tale contesto. Di recente, infatti, *l'Ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés* ha riscritto la disciplina codicistica delle garanzie, soprattutto di quelle reali, che non si trova più nel *Livre Troisième* ma è collocata ora autonomamente nel Libro quarto. La riforma ha espressamente previsto e disciplinato la *hypothèque* c.d. *rechargeable*, mediante la quale il costituente può garantire obbligazioni diverse rispetto a quelle originarie, anche nei confronti di un nuovo creditore. La tendenza dell'ordinamento francese, così come di quello europeo, è dunque nel senso di allentare il vincolo di accessorietà dell'ipoteca rispetto al credito garantito.

Il confronto ha dunque la finalità di comprendere se la disciplina dettata dalla legge n. 40/2007 in tema di «portabilità del mutuo» e la concezione della surrogazione come strumento di circolazione del credito e delle garanzie che essa sottintende, possano rappresentare o meno un'innovazione a livello europeo.

CAPITOLO IV

Uno sguardo comparativo. Le linee di tendenza del diritto europeo: l'Euroipoteka e l'ipoteka ricaricabile

PREMESSA. LE RAGIONI DI UN CONFRONTO.

La materia delle garanzie reali si trova, in tempi recenti e a livello europeo, oggetto di un vasto movimento riformatore stimolato da un lato, dagli studi accademici delle singole realtà nazionali, dall'altro da alcuni rilevanti interventi della stessa Unione Europea, ai quali si è già fatto cenno nel corso della presente trattazione e che verranno ulteriormente approfonditi in seguito. In tale movimento riformatore si inserisce sia la normativa sulla portabilità del mutuo e la disciplina semplificata di circolazione delle garanzie che la stessa comporta, sia la riforma del sistema delle garanzie reali posta in essere dal legislatore francese nel 2006. Con il presente lavoro, come si è più sopra avuto modo di affermare, si intende procedere all'analisi delle due discipline seguendo un metodo comparatistico, confrontando l'esperienza italiana con quella francese. Si vogliono studiare congiuntamente le due normative innanzitutto perché la nostra tradizione giuridica (civilistica e non solo) è legata a doppio filo con quella d'Oltralpe²⁹³. Senza volere in questo testo andare troppo indietro nel tempo, va

²⁹³ LUPOI, *Cenni storici introduttivi allo studio delle fonti del diritto francese*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1968, 1253; ID., *Alle radici del mondo giuridico europeo*, Roma, 1994; SCHIAVONE, *L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, 2005; PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in*

ricordato che entrambi gli ordinamenti giuridici hanno matrice romanistica e tutt'oggi sono retti da un sistema di *civil law*²⁹⁴. Venendo a periodi a noi più vicini, è noto che il nostro Codice civile del 1865 subì grandemente le influenze del *Code Napoléon*. Può affermarsi che la maggior parte delle norme contenute nel nostro codice erano in sostanza la traduzione italiana delle omologhe disposizioni del *Code civil*²⁹⁵. La vicinanza dei due ordinamenti è testimoniata altresì dal fatto che nel 1927 le dottrine francesi ed italiane arrivarono a proporre e a stendere un progetto di Codice unificato delle obbligazioni e dei contratti²⁹⁶. Il progetto del 1927 è considerato il primo tentativo di redazione di un Codice europeo; alla base vi era l'intenzione di razionalizzare ed avvicinare gli istituti italiani e francesi per migliorare le relazioni tra le due nazioni. Ma studiare proprio questi due ordinamenti non è solo interessante per la matrice comune che hanno. È infatti stimolante osservare come nonostante i due Paesi abbiano un tessuto economico, giuridico e sociale molto simile, in questa materia abbiano trovato soluzioni alquanto differenti.

Europa. Dal medioevo all'età contemporanea, Bologna, 2007; GALGANO, *Atlante di diritto privato comparato*, Bologna, 2011.

²⁹⁴ GUARNERI, *Diritto Romano, Tradizione romanistica e storia universale del diritto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 5, 2006, 667.

²⁹⁵ BETTI, *Cours de droit civil comparé des obligations*, Milano, 1958; DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon- Vol. XXX, Traité des contrats ou des obligations conventionnelles*, Paris, 1868; BAUDRY-LACANTINIERE, *Trattato teorico pratico di diritto civile*, Milano, 1915; 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.

²⁹⁶ ALPA, CHIODI, *Il progetto italo francese delle obbligazioni (1927). Un modello di armonizzazione nell'epoca della ricodificazione*, Milano 2006; CHIODI, *Un tentativo fallito di armonizzazione: il progetto italo-francese di codice delle obbligazioni e dei contratti (1927)*, in *Il diritto privato europeo al vaglio della comparazione e della storia*, Milano, 2004, 225.

1. IL DIRITTO COMUNITARIO E LA CIRCOLAZIONE DELLE GARANZIE REALI

Come si è detto, l'Unione Europea ha recentemente emanato due documenti, il "Libro verde sul credito ipotecario nell'UE" del 19 luglio 2005 e il "Libro bianco sull'integrazione dei mercati UE del credito ipotecario" del 18 dicembre 2007, che, seppur al momento non vincolanti, hanno tuttavia orientato i legislatori dei diversi paesi europei²⁹⁷. Tali documenti nascono con l'intento di stimolare la concorrenza a livello europeo tra istituti mutuanti – con le conseguenze che ne derivano in favore dei consumatori, dovute ai maggiori risparmi connessi al meccanismo concorrenziale – prevedendo il contenimento dei costi in caso di rimborso anticipato del mutuo e l'ammissibilità di operazioni tali da consentire la libera circolazione dei finanziamenti tra diversi operatori finanziari, senza che ciò implichi alcun tipo di penalità a danno del mutuatario²⁹⁸. Queste esigenze sono state recepite dal c.d. decreto Bersani *bis* di cui ci si è occupato e maggiormente sviluppate dai successivi interventi modificativi che hanno inserito la normativa nel Testo Unico Bancario, regolata ora all'art. 120 *quater*. Altre misure attendono invece ancora un'attuazione o, quantomeno, una discussione approfondita a livello di singoli Stati o anche a livello comunitario. Tra esse, un'importanza centrale è sicuramente da attribuire alla c.d. Euroipoteca. Volendo darne una prima generica definizione, si può anticipare che la stessa consiste in un peso imposto al credito, che legittima il suo titolare a ricevere il

²⁹⁷ V. Cap. II, Par. I.

²⁹⁸ V. ampiamente FUSARO, *Le linee di tendenza del diritto europeo dell'ipoteca: euroipoteca e ipoteca ricaricabile*, cit., 560.

pagamento di una somma di denaro. Si tratta, come è evidente, di una garanzia non accessoria che, in antitesi con i principi storici del diritto privato, sorge a prescindere dall'esistenza del credito ed è quindi azionabile dal beneficiario senza alcun onere della prova in merito al credito stesso. La riflessione sugli istituti proposti in sede comunitaria, al fine di ipotizzarne l'introduzione nel nostro ordinamento, deve basarsi sull'assunto secondo cui il vincolo ipotecario non comporta quale conseguenza necessaria il principio di accessorialità tra credito e garanzia. Lo scopo dell'ipoteca, si è detto, è quello di vincolare singoli beni che possono venire assoggettati ad espropriazione con attribuzione del ricavato al titolare della garanzia. Questo meccanismo si può esplicitare in due modalità differenti: in una prima soluzione il vincolo assume la natura di garanzia di un credito determinato e mantiene un forte collegamento con il credito stesso dal momento genetico al momento estintivo. L'insieme di regole che più o meno saldamente correlano la garanzia ipotecaria al credito viene appunto individuato con l'espressione di accessorialità della garanzia al credito²⁹⁹. Spetta quindi al singolo ordinamento scegliere se imporre alla garanzia la caratteristica dell'accessorialità al credito garantito ed, in caso positivo, determinare fino a quale punto attuare l'accessorialità³⁰⁰. In una seconda soluzione al vincolo non viene imposta la natura accessoria; pertanto il vincolo sul bene consiste nel mezzo concesso dall'ordinamento in via autonoma allo scopo di prelevare una somma in

²⁹⁹ CHIANALE, *L'ipoteca*, cit., 55.

³⁰⁰ Per GORLA – ZANELLI, *Del pegno. Delle ipoteche*, cit., 182, l'accessorialità dell'ipoteca non è un'esigenza o un concetto a priori; per RUBINO, *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, cit. 23, il nostro ordinamento non conosce un concetto tecnico unitario di accessorialità, cosicché spetta all'interprete volta per volta individuare quali regole dedurre dal principio stesso.

sede di espropriazione del bene. Al titolare del vincolo viene concesso di partecipare alla distribuzione del ricavato della vendita forzata, anche senza che egli vanti un credito nei confronti del debitore espropriato³⁰¹. Tale soluzione, come è noto e come meglio si approfondirà, è tipica del sistema tedesco. In definitiva spetta all'ordinamento stabilire l'accessorietà dell'ipoteca e consentire deroghe all'esplicazione del principio, specie in materia di trasmissione della garanzia. Accolta l'accessorietà della garanzia, quanto più rigidamente l'ordinamento la attua, tanto più il creditore trae vantaggio esclusivamente in sede di espropriazione del bene, senza cioè poter immettere l'ipoteca nella circolazione giuridica, ad esempio al fine di accedere egli stesso al credito. Al contrario, quanto minore è il vincolo dell'accessorietà, tanto maggiore pare l'efficienza del mercato del credito garantito da immobili³⁰². Infatti, appare evidente che l'accoglimento rigido del dogma dell'accessorietà, seppur in linea di principio più garantista, rende il bene gravato da ipoteca non agevolmente commerciabile, con palese sacrificio dell'interesse generale alla circolazione della ricchezza. Ciò chiarito, si può procedere ora all'analisi del nuovo strumento europeo di garanzia del credito: l'Euroipoteca.

2. UNO STRUMENTO PER L'UNIFICAZIONE DEI MERCATI: L'EUROIPOTECA

Con il termine Euroipoteca ci si riferisce ad una eventuale futura garanzia immobiliare europea (regolata, cioè, in maniera uniforme nei diversi Stati membri

³⁰¹ RAVAZZONI, *Le ipoteche*, cit., 65.

³⁰² Così CHIANALE, *L'ipoteca*, cit., 56.

dell'UE), caratterizzata dalla non accessorietà e destinata ad affiancare le garanzie immobiliari già esistenti nei singoli ordinamenti³⁰³, allo scopo di agevolare l'attività transfrontaliera del credito ipotecario. Per operazioni di credito ipotecario transfrontaliere la dottrina intende quelle operazioni in cui l'ente finanziatore si trova in uno Stato dell'Unione, mentre il soggetto finanziato o il bene concesso in garanzia – ovvero entrambi – si trovano in un diverso Stato membro³⁰⁴.

L'euroipoteca è, dunque, un istituto giuridico che non è ancora venuto ad esistenza. L'interesse attuale per un tale istituto non è solo accademico e nasce dal fatto che la Commissione Europea ha, recentemente, focalizzato la propria attenzione sul mercato del credito ipotecario europeo. Come si è visto, con il “Libro Verde sul credito ipotecario dell'UE” del 19 luglio 2005 la Commissione Europea ha inteso avviare una pubblica discussione sul mercato del credito ipotecario e sulla necessità ed opportunità che a livello comunitario si intraprendano azioni volte ad agevolare l'integrazione di tale mercato a livello europeo³⁰⁵. Il punto 47 del Libro Verde sul credito ipotecario individua, in

³⁰³ FUSARO, *Le linee di tendenza del diritto europeo dell'ipoteca: euroipoteca e ipoteca ricaricabile*, cit., 555, secondo cui: “la Comunità non ha pensato all'armonizzazione delle discipline nazionali delle garanzie immobiliari, ma alla creazione di un regime ulteriore, utilizzabile in tutti i paesi destinato ad affiancarsi a quelli già previsti, caratterizzato in negativo rispetto ad essi dal difetto di accessorietà o comunque dalla sua attenuazione, considerandolo funzionale ad alcune esigenze, quali sono state enunciate nel Libro Verde del 2005”.

³⁰⁴ SCALAMOGNA, *Euroipoteca, lo strumento per armonizzare il mercato ipotecario europeo?*, *Congresso nazionale del Notariato*, Pesaro, 18-21 settembre 2005.

³⁰⁵ Di Euroipoteca non parla invece il “Libro Bianco sull'integrazione dei mercati UE del credito ipotecario” del 2007, nel quale è tuttavia ribadito che la competitività ed efficienza dei mercati del credito ipotecario è collegata all'adozione di misure che ne agevolino l'erogazione a livello transfrontaliero, favorendo la diversificazione dei prodotti, migliorando la fiducia dei consumatori

maniera sintetica, le caratteristiche essenziali dell'euroipoteca e la sua funzione, qualificandola come il tentativo d'introdurre uno strumento europeo per garantire i mutui sui beni immobiliari da utilizzare con flessibilità. Il suo aspetto centrale – attenuare il nesso tra la garanzia ipotecaria ed il credito – faciliterebbe il costituirsi e il trasferimento delle ipoteche, esercitando così un influsso positivo sul mercato del credito ipotecario in generale, e sul suo finanziamento in particolare. Come rileva la dottrina, il mercato del credito ipotecario, di indubbia importanza sia sociale che economica attenendo in larga misura ai finanziamenti per l'acquisto di case di abitazione e coinvolgendo aspetti rilevanti quali la tutela dei consumatori, è pressoché esclusivamente un mercato nazionale. Infatti, appena l'1% delle operazioni di credito ipotecario risultano essere operazioni transfrontaliere³⁰⁶. Gli ostacoli che si frappongono alla realizzazione di un effettivo mercato unico del credito ipotecario sono molteplici. In primo luogo, è un dato ormai assodato che i consumatori non cercano offerte di credito ipotecario in mercati esteri, e ciò per diversi motivi: difficoltà linguistiche; mancanza di conoscenza dei sistemi giuridici stranieri, timore di eventuali controversie da gestire all'estero, trattamenti fiscali non vantaggiosi. Essi, però, accettano di valutare ed eventualmente scegliere offerte di istituti mutuanti esteri, qualora

e la mobilità dei clienti. L'aumento della gamma dei prodotti deriverebbe dalla possibilità di usufruire in ciascun paese di quelli offerti negli altri, facoltà attualmente impedita da ostacoli giuridici ed economici. Anche la mobilità dei clienti sarebbe in grado di influenzare la concorrenza nel mercato: essa dovrebbe essere realizzata assecondando la propensione a passare da un erogatore ad un altro, migliorando la qualità e chiarezza delle informazioni precontrattuali ed ostacolando le pratiche volte a disincentivarla, quali la vendita abbinata di altri prodotti.

³⁰⁶SCALAMOGNA, *Euroipoteca, lo strumento per armonizzare il mercato ipotecario europeo?*, cit., 265.

questi si presentino sul mercato nazionale, ad esempio tramite la istituzione di sedi secondarie³⁰⁷. Tutto ciò rende difficoltosa la realizzazione di un mercato unico europeo del credito ipotecario. Il Libro Verde individua vari settori di intervento diretti ad agevolare la realizzazione di un mercato unico del credito ipotecario quali la tutela ed informazione dei consumatori, l'agevolazione delle operazioni di fusione ed acquisizione, la riduzione dei tempi relativi alle procedure espropriative, la riduzione ed uniformazione dei trattamenti fiscali³⁰⁸. Tra tali settori di intervento rientra appunto quello delle garanzie immobiliari, sulle quali si è inteso intervenire al fine di realizzare un'ipoteca europea non accessoria uniforme. Va detto preliminarmente che con riguardo ai diritti reali immobiliari trova applicazione in quasi tutti gli Stati il principio della *lex rei sitae*, per cui sono le norme del luogo in cui si trova l'immobile a regolarne il contenuto, le vicende reali costitutive, modificative ed estintive e le relative formalità

³⁰⁷ Cfr. LICINI, *L'euroipoteca cartolare (a proposito di un istituto giuridico che ... non esiste ancora)*, in *Quadr.*, 1993, 765.

³⁰⁸ 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 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 si è corretta 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". Cfr. DI STASO, *Modificazioni soggettive del rapporto obbligatorio e garanzie reali*, cit., 294.

pubblicitarie³⁰⁹. La legge nazionale regola altresì le procedure esecutive su detti beni. La dottrina ha spiegato che la ragione di ciò sta essenzialmente nel fatto che ciascuno Stato ha sempre identificato i diritti sui beni immobili, in quanto relativi a porzioni del suolo nazionale, quali elementi della propria identità, da regolare secondo il proprio diritto nazionale³¹⁰. Così, anche la disciplina ipotecaria è distinta nei diversi ordinamenti dei singoli stati dell'Unione. Per agevolare l'integrazione del mercato europeo del credito ipotecario la Commissione ha quindi pensato ad una garanzia immobiliare che si aggiungesse alle ipoteche nazionali e che, pur avendo una disciplina uniforme in tutti gli stati membri dell'UE, fosse costruita nel rispetto del principio della *lex rei sitae*, per non creare tensioni nei vari sistemi legali nazionali³¹¹. Ritenendo l'ipoteca accessoria uno strumento troppo rigido e poco agevole per raggiungere il fine che l'Europa si era prefissata, si è pensato ad un diverso strumento, denominato appunto euroipoteca, caratterizzato da un affievolimento del nesso di accessorietà con il credito garantito e, perciò, idoneo ad un utilizzo flessibile, tale cioè da agevolare lo sviluppo del credito ipotecario transfrontaliero, ma anche capace di facilitare le operazioni relative al mercato secondario del credito ipotecario destinate al finanziamento del settore, come ad esempio la cartolarizzazione dei crediti su base

³⁰⁹ Cfr. BALLARINO, *Diritto Internazionale Privato*, Padova, 1999; GALGANO, *Atlante di diritto privato comparato*, cit., 25.

³¹⁰ ZOPPINI, *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Bari-Roma, 2004.

³¹¹ Per un approfondito esame della compatibilità dell'euroipoteca con il diritto comunitario e degli strumenti comunitari utilizzabili, v. MUÑIZ ESPADA, *Bases para una propuesta de Eurohipoteca*, Valencia, 2004.

transnazionale³¹². L'euroipoteca, dunque, non dovrebbe sovrapporsi, ma affiancarsi alle ipoteche nazionali già esistenti, presentandosi come un possibile regime ipotecario alternativo, rispettoso delle soluzioni nazionali in tema di diritti reali immobiliari, ma connotato da una uniformità di disciplina a livello europeo³¹³.

Va sottolineato che l'euroipoteca ha come modelli di riferimento gli istituti della Cartella Ipotecaria svizzera e, soprattutto, il Debito Fondiario tedesco³¹⁴. Appare dunque utile, per meglio comprendere la struttura dell'istituto europeo, analizzare preliminarmente tali garanzie. La Cartella Ipotecaria Svizzera (*Cedule Hypothecaire o Schuldbrief*) è disciplinata dagli artt. 842-846 del codice civile svizzero e costituisce un credito personale garantito da pegno immobiliare³¹⁵. Come risulta facile intuire dalla stessa denominazione, essa è necessariamente un documento cartolare. La garanzia viene costituita mediante atto pubblico –

³¹² LICINI, *L'euroipoteca cartolare (a proposito di un istituto giuridico che ... non esiste ancora)*, cit., 765.

³¹³ In pressoché tutti gli stati dell'UE è presente l'ipoteca cd. accessoria (in alcuni paesi in coesistenza con garanzie immobiliari non accessorie) che, seppure efficiente in ambito nazionale, appare però, soprattutto con riguardo alle prospettive del mercato ipotecario transnazionale (sia primario che secondario), come uno strumento rigido, *non market-friendly*. Cfr. SCALAMOGNA, *Euroipoteca, lo strumento per armonizzare il mercato ipotecario europeo?*, cit. 265.

³¹⁴ Già nel 1966 la Commissione Segrè, nel pubblicare il proprio rapporto su “*Lo sviluppo di un mercato europeo dei capitali*” sottolineava come “l'introduzione di una ipoteca comune a tutti gli Stati Membri aiuterebbe ad integrare i mercati dei capitali” ed indicava nella *Grundsschuld* tedesca un valido modello cui fare riferimento. Molti anni dopo, nel 1987, una commissione dell'UINL pubblicava uno studio dove lo spunto era ripreso, valorizzandosi anche lo *Schuldbrief* svizzero. *La proposta fu fatta propria del Forum group creato dalla Commissione europea*.

³¹⁵ SCHWERTFEGGER, *Der Hypothekarkredit von A-Z*, 1985; AA. VV., *Handbuch des Geld-, Bank- und Börsenwesens der Schweiz*, 1987; BOHM, *Übersicht der Hypothekenformen*, 1999; BOEMLE (a cura di), *Geld-, Bank- und Finanzmarkt-Lexikon der Schweiz*, 2002; AA. VV., *Das schweizerische Bankgeschäft*, 2004.

contratto o atto unilaterale – con l’iscrizione nel registro fondiario, cui segue l’emissione di un documento cartolare che incorpora sia il credito – astratto in quanto il credito sottostante a seguito dell’emissione della cartella ipotecaria si estingue per novazione – sia la relativa garanzia ipotecaria. Va rilevato che il credito non può sussistere senza la garanzia e che la stessa è altrettanto legata al credito garantito. La Cartella Ipotecaria ha la peculiarità di poter essere intestata sin dall’origine al proprietario del fondo; costui può poi attribuire ad un terzo la qualità di creditore, attraverso la girata, quindi riacquisirlo, una volta estinto il debito, e girarlo per altro sottostante rapporto causale³¹⁶. Caratteristica dell’istituto è il fatto che, già nel momento costitutivo, attraverso l’intestazione che si attua con l’indicazione del nome, il proprietario è creditore di se stesso. Il credito non reca una scadenza e così pure il diritto di garanzia; la cartella ipotecaria, infatti, ha per funzione principale quella di mobilitare il valore fondiario. Il documento cartolare contiene oltre alle varie indicazioni occorrenti per identificare i termini oggettivi e soggettivi del credito e della somma garantita, la descrizione del bene immobile gravato, l’indicazione della sua titolarità e i dati relativi alle formalità di trascrizione altri eventuali pesi gravanti sullo stesso. Il documento risulta così completo e da solo sufficiente ad assicurare con certezza gli interessati sull’affidabilità della garanzia³¹⁷.

Il Debito Fondiario tedesco (*Grundschuld*), regolato dagli artt. 1191-1198 del codice civile tedesco, costituisce invece il diritto, gravante su un bene

³¹⁶ LICINI, *L’euroipoteca cartolare (a proposito di un istituto giuridico che ... non esiste ancora)*, cit., 765.

³¹⁷ Sempre LICINI, *L’euroipoteca cartolare (a proposito di un istituto giuridico che ... non esiste ancora)*, cit., 766.

immobile, di prelevare una determinata somma in sede di espropriazione³¹⁸. Anche la *Grundschild* si costituisce sulla base di un atto notarile e con la iscrizione nel registro fondiario. Esso può essere costituito dal proprietario anche a suo favore. Potrà quindi essere assegnato ad un creditore per garantire obbligazioni anche successive alla sua costituzione. Il debito fondiario può anch'esso sorgere prima del credito e sopravvive alla sua cessazione, ciò in quanto la garanzia immobiliare ha una esistenza indipendente dal credito garantito. In tal modo, la garanzia può essere utilizzata più volte. Tutte le modifiche, comunque, richiedono la iscrizione nel registro fondiario e, quindi, l'utilizzo di atti notarili. La dottrina rileva che nella pratica il nesso di accessorietà con il credito garantito non è totalmente escluso, in quanto normalmente si stipula un contratto obbligatorio di collegamento che impegna il debitore ad attribuire al creditore la garanzia in forma di debito fondiario e fissa i criteri in base ai quali il creditore potrà, eventualmente, azionare la garanzia³¹⁹. Anche per il debito fondiario è possibile ottenere l'emissione di un documento che incorpora la garanzia, destinato alla circolazione, il che avvicina molto il debito fondiario tedesco documentario alla cartella ipotecaria svizzera. Entrambi gli istituti considerati, la *Schuldbrief* svizzera e la *Grundschild* tedesca, hanno dunque la

³¹⁸SOERGEL-STOECKER, *EU-Oesterweiterung und dogmatische Fragen des Immobiliarsachenrechts- Kausalitaet und Sicherungszweck*, in *Notarius International*, 2002, 227; STAEDLER, *Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch abstraction. Eine rechtsvergleichende Studie zur abstrakten und kausalen Gestaltung rechtsgeschaeflicher Zuwendungen anhand deas deutschen, schweizerischen, oesterreischen, franzoesischen und US-amerikanischen Rechts*, Tübingen, 1996, 584.

³¹⁹LOVATO, "Grundschild e ipoteca su se stesso", *Rivista del Notariato* 1971, 29; FERRARI, "Alcune esperienze straniere in tema di garanzie immobiliari" in *La casa di abitazione fra normativa vigente e prospettive*, Milano, 1986, II, 539 ss.

funzione di favorire la c.d. mobilitazione degli immobili³²⁰, al fine di facilitare l'acquisizione del credito da parte del proprietario. Non accessorietà della garanzia ed incorporazione in un documento destinato ad una facile circolazione sono quindi le caratteristiche essenziali di entrambi gli istituti.

L'euroipoteca, ispirata agli istituti predetti, è dunque una garanzia immobiliare non accessoria che legittima il suo titolare ad ottenere una determinata somma di denaro in sede di esecuzione sull'immobile gravato. I commentatori rilevano che il rapporto di accessorietà tra garanzia e credito non risulta in realtà del tutto escluso, ma verrebbe affievolito e trasferito dal piano reale al piano obbligatorio³²¹. Tale risultato è ottenuto attraverso la suddivisione dell'intero rapporto in tre diversi elementi: da un lato il contratto di finanziamento, fonte del credito e soggetto alla *lex contractus*; dall'altro la garanzia immobiliare non accessoria, l'euroipoteca appunto, autonoma ed indipendente dal credito; dall'altro ancora, il cd. contratto di collegamento o *security agreement* (da distinguere dal contratto di finanziamento anche se, eventualmente, contenuto nel medesimo documento) che contiene l'obbligo di costituire la garanzia, nonché le condizioni che legittimano il titolare dell'euroipoteca ad azionarla. Esso rappresenta, dunque, la causa della costituzione della garanzia ed il mezzo che permette di traslare dal piano reale a quello obbligatorio il vincolo di accessorietà tra garanzia e credito. Per quanto concerne il suo contenuto, è stabilito che l'euroipoteca debba conformarsi

³²⁰ SCALAMOGNA, *Euroipoteca, lo strumento per armonizzare il mercato ipotecario europeo?*, cit., 265.

³²¹ FUSARO, *Le linee di tendenza del diritto europeo dell'ipoteca: euroipoteca e ipoteca ricaricabile*, cit., 564.

all'ipoteca nazionale ed attribuire al suo titolare i medesimi diritti. Allo stesso modo, le modalità di costituzione e le relative formalità saranno determinate in base alla *lex rei sitae*. Anche il *security agreement* si ritiene debba essere assoggettato alla *lex rei sitae*, per la stretta connessione funzionale che esso presenta con il diritto di garanzia cui si riferisce; esso, comunque, non richiede di essere iscritto nei registri immobiliari³²².

L'euroipoteca, in quanto non accessoria ed indipendente dal credito, potrà essere costituita anche prima che il credito stesso venga ad esistenza. Tale indipendenza riguarderà non solo la costituzione della garanzia in oggetto, ma anche il suo trasferimento ed in genere la sua esistenza. Caratteristica peculiare dell'euroipoteca quale garanzia non accessoria, è la possibilità che essa venga costituita dal proprietario dell'immobile gravato anche a favore di se stesso (ipoteca "del proprietario" o "su se stesso"). In tal modo, adempite le formalità di iscrizione, il proprietario potrà poi utilizzare l'euroipoteca semplicemente trasferendola al creditore una volta stipulato il contratto di finanziamento. Coerentemente con quanto sinora riportato, l'integrale rimborso del credito garantito consentirà al proprietario dell'immobile gravato di scegliere se pretendere la cancellazione dell'euroipoteca dai registri immobiliari, oppure recuperarne la titolarità, mantenendola in vita seppur quiescente, in attesa di utilizzarla nuovamente per garantire un diverso creditore, ma conservando il proprio grado originario³²³.

³²² STOECKER, *The Euroypothee .Accessoriness as legal dogma?*, in *Mortgage Credit Foundation-Mortgage Bulletin*, 21/2005, 39 ss.

³²³ SCALAMOGNA, *Euroipoteca, lo strumento per armonizzare il mercato ipotecario europeo?*, cit., 268.

Ciascuna legge nazionale potrà, inoltre, prevedere che l'euroipoteca possa essere incorporata in un documento cartolare destinato alla circolazione secondo i principi dei titoli di credito (*certificaded right*). Tale possibilità dovrà risultare dai registri immobiliari. Ciò consentirà l'utilizzo dell'euroipoteca cartolare quale valore mobiliare caratterizzato da una facile e certamente poco costosa negoziabilità.

Il carattere immobiliare dell'euroipoteca richiede poi che ogni vicenda connessa alla sua nascita, circolazione ed estinzione, sia assoggettata obbligatoriamente alle forme notarili³²⁴.

I difensori³²⁵ dell'euroipoteca sottolineano come essa sia capace di introdurre nel mercato del credito ipotecario una serie di vantaggi ed utilità che si possono così semplificare: innanzitutto l'euroipoteca non sostituirebbe l'ipoteca nazionale, ma si presenterebbe come uno strumento alternativo per gli istituti di credito e per i consumatori; tale strumento darebbe la possibilità di costituire l'euroipoteca prima della conclusione del contratto di finanziamento e della nascita del credito da garantire; inoltre si avrebbe la possibilità di garantire diversi

³²⁴ LICINI, *L'euroipoteca cartolare (a proposito di un istituto giuridico che ... non esiste ancora)*, cit., 766, il quale sottolinea quali ragioni giustificatrici dell'intervento notarile: “- la prevenzione del riciclaggio del denaro, per garantire il profilo della identificazione del c.d. “ beneficiario finale ” di ciascuna operazione; -la tutela del consumatore; -il generale principio di trasparenza”. Cfr. così CHIANALE, *L'ipoteca*, cit., 52, secondo cui “al momento dell'iscrizione dell'ipoteca non è apprestato alcun sistema di verifica, relativamente alla sussistenza del credito garantito. Il conservatore dei registri immobiliari non ha alcun mezzo di controllo, né alcun onere in proposito, per accertare se l'iscrizione si risolva in una formalità inutile. Ed anzi dannosa per il soggetto che la subisce, per mancanza del credito garantito.”

³²⁵ SCALAMOGNA, *Euroipoteca, lo strumento per armonizzare il mercato ipotecario europeo?*, cit., 268; FUSARO, *Le linee di tendenza del diritto europeo dell'ipoteca: euroipoteca e ipoteca ricaricabile*, cit., 564.

crediti del medesimo creditore, anche se sorti in momenti diversi e successivi alla costituzione della garanzia. La non accessorietà dell'euroipoteca renderebbe possibile l'uso ripetuto della medesima per garantire nuovi crediti una volta rimborsati quelli precedentemente garantiti, senza dovere sostenere i costi di una nuova iscrizione ipotecaria (con evidenti risparmi per il consumatore). Verrebbe inoltre garantita una maggiore possibilità per i debitori ipotecari di ricorrere al rifinanziamento facilmente e senza costi eccessivi, con la possibilità di ricercare un istituto di credito che fornisca un prodotto/servizio più vantaggioso, nonché una maggiore possibilità di creare una reale concorrenza tra gli istituti di credito di diversi paesi, i quali potrebbero operare nei diversi Stati membri utilizzando un diritto reale di garanzia uniforme³²⁶.

Dopo avere indicato gli elementi caratterizzanti l'euroipoteca ed i vantaggi che si sostiene da essa deriverebbero, appare opportuno dedicare alcune brevi considerazioni alla eventuale possibilità di introdurre detto istituto nell'ordinamento giuridico italiano.

³²⁶ Per quanto concerne i numerosi ulteriori aspetti relativi alla regolamentazione dell'euroipoteca, quali: previsione o meno di un termine di prescrizione, rapporti con la procedura esecutiva e con l'eventuale esecuzione attivata in contrasto con quanto previsto nel *security agreement*, rapporti con eventuali procedure concorsuali relative al titolare del bene ("consolidazione dell'euroipoteca"), problematiche relative al trattamento fiscale, utilizzo dell'euroipoteca solo con riferimento alle operazioni di finanziamento ipotecario transnazionale o anche a livello "interno", ecc., cfr. ampiamente "*Basic Guidelines for a Eurohypothec*", *Mortgage Credit Foundation, Warsaw*, maggio 2005.

3. I RAPPORTI TRA LA GARANZIA EUROPEA E L'ORDINAMENTO ITALIANO

La dottrina, nell'affrontare il tema trattato, ha analizzato in primo luogo la possibilità che l'euroipoteca sia costituita dal proprietario dell'immobile a proprio favore, situazione analoga a quella del proprietario dell'immobile gravato da euroipoteca il quale, avendo rimborsato il credito garantito, diviene titolare della garanzia in attesa di utilizzarla nuovamente. Si sostiene che la coesistenza nel medesimo soggetto di entrambe le posizioni, attiva e passiva, a seconda dei casi, non dovrebbe permettere il sorgere del diritto di garanzia o, comunque, ne dovrebbe determinare la estinzione³²⁷. Deve però qui richiamarsi la c.d. dottrina del rapporto unisoggettivo³²⁸, che, nell'ambito della teoria dei titoli di credito, ha spiegato come sia possibile che nonostante l'unisoggettività del rapporto, lo stesso non si esaurisca, ma si produca un effetto di quiescenza del rapporto, che permane in vita, ancorché temporaneamente inefficiente quanto al suo esercizio, consentendo al titolo di essere dunque successivamente riutilizzato, allorché la posizione attiva verrà trasferita ad un diverso soggetto. Far sussistere o meno il diritto di garanzia è quindi una scelta puramente legislativa. La conferma di tale possibilità si rinviene proprio in riferimento alla fattispecie di cui all'art. 1203 n. 2 c.c che prevede la surrogazione legale e, quindi, come già sappiamo, una non estinzione del rapporto a vantaggio dell'acquirente di un immobile che, fino alla concorrenza del prezzo di acquisto, paga uno o più creditori ipotecari.

³²⁷ Cfr. SCALAMOGNA, *Euroipoteca, lo strumento per armonizzare il mercato ipotecario europeo?*, cit., 269.

³²⁸ L'opera fondamentale in materia è quella di PUGLIATTI, *Il rapporto giuridico unisoggettivo*, in *Diritto civile. Metodo, teoria, pratica. Saggi*, Milano, 1951.

Il ragionamento sin qui fatto trova applicazione diretta con riguardo alla eventuale euroipoteca cartolarizzata; ma esso vale anche per l'ipoteca del proprietario non cartolarizzata³²⁹.

Per quanto concerne il principio di accessorietà, che si è visto, caratterizza in maniera pregnante il sistema della garanzie reali del nostro ordinamento, non sembra possa considerarsi un ostacolo insormontabile all'ammissibilità dell'eventuale introduzione di una garanzia immobiliare autonoma. Anche l'accessorietà, infatti, non rappresenta un dogma, ma una scelta di politica legislativa. D'altronde, già da tempo anche nel nostro ordinamento la discussione circa l'ammissibilità di una garanzia personale autonoma (*garantievertrag*) si è conclusa positivamente e senza gravi conseguenze per il sistema³³⁰.

L'introduzione in un ordinamento causalista quale il nostro di una garanzia immobiliare indipendente dal credito non appare, comunque, priva di conseguenze, specie con riguardo ad eventuali comportamenti abusivi da parte del creditore titolare dell'euroipoteca. Ciò dipende dal fatto che nell'ipotesi dell'euroipoteca, la garanzia ed il credito risultano collegati tra loro unicamente sul piano obbligatorio tramite il *security agreement* e non sul piano reale.

Come è stato sottolineato, al vincolo dell'accessorietà consegue una maggiore tutela del debitore, poiché la posizione giuridica del creditore ipotecario

³²⁹ V. LICINI, *L'euroipoteca cartolare (a proposito di un istituto giuridico che ... non esiste ancora)*, cit., 766.

³³⁰ BARILLÀ, *Contratto autonomo di garanzia e Garantievertrag. Categorie civilistiche e prassi del commercio*, cit. 25 ss.; ID., *Le Sezioni Unite e il Garantievertrag un quarto di secolo dopo: una pronuncia "storica" fa chiarezza sui differenti modelli di garanzie bancarie autonome*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 2010, II, 279.

rimane statica³³¹. In linea di principio il titolare di una ipoteca non accessoria risulta legittimato ad agire esecutivamente sul bene gravato dalla garanzia senza dovere fornire la prova del proprio credito. Al debitore resta, comunque, la possibilità di reagire all'azione esecutiva avviata dal creditore non in conformità alle condizioni stabilite nel *security agreement*, ottenendone l'interruzione³³².

Diversa è invece, la tutela del debitore qualora la garanzia (specie se cartolarizzata) risultasse trasferita ad un terzo di buona fede, ma senza che a questi venissero trasferiti anche gli obblighi e le condizioni previste nel contratto di collegamento. In tal caso, di fronte all'azione esecutiva del terzo di buona fede – cui il contratto di collegamento non è opponibile – al debitore è concesso solo di agire nei confronti del suo creditore per i danni³³³.

La maggiore flessibilità dell'ipoteca non accessoria comporta quindi, necessariamente, un ripensamento del livello di protezione del debitore, limitato al piano obbligatorio (azione per ingiustificato arricchimento e risarcimento del danno). Si tratta, dunque, di una tutela del valore del bene e non necessariamente della sua titolarità³³⁴.

³³¹ CHIANALE, *L'ipoteca*, cit., 57.

³³² STOECKER, *The Euroypothec. Accessoriness as legal dogma?*, cit., 51.

³³³ LICINI, *L'euroipoteca cartolare (a proposito di un istituto giuridico che ... non esiste ancora)*, cit., 766; STOECKER, *The Euroypothec. Accessoriness as legal dogma?*, cit., 52.

³³⁴ Cfr. FUSARO, *Le linee di tendenza del diritto europeo dell'ipoteca: euroipoteca e ipoteca ricaricabile*, cit., 564, secondo cui: “la funzione dell'accessorietà viene riconosciuta nella combinazione di diritti con identici oggetti, l'uno ancillare rispetto all'altro, insomma un ruolo di semplificazione consistente nella propagazione al secondo diritto della sorte riservata al primo. Nella forma assoluta, pura, essa non è rintracciabile in alcun sistema, in quanto ovunque tale regola patisce eccezioni. Laddove l'accessorietà non sia connaturata alla garanzia, il legame trova fonte nell'accordo di base, senza per questo supplirla pienamente, poiché configura piuttosto un

Per quanto estranea ad nostro attuale sistema giuridico, una tale soluzione può forse ritenersi accettabile nell'ottica di evoluzione di una realtà economico-giuridica tendente a privilegiare i rapporti mobiliari rispetto alla tutela del diritto immobiliare³³⁵. Per completezza, va aggiunto che la dottrina, tenendo conto della affievolita tutela che viene prestata al debitore dallo strumento europeo, ha ipotizzato diverse cautele ulteriori, quali la possibilità per il debitore di stabilire nel titolo costitutivo della garanzia, che ogni titolare della garanzia risulti vincolato al contenuto del *security agreement*; la possibilità che la garanzia possa essere trasferita solo unitamente al contratto di collegamento; la menzione nella formalità pubblicitaria dell'esistenza del *security agreement* al fine di renderne edotto il terzo acquirente; l'eventuale previsione che creditori titolari dell'euroipoteca possano essere unicamente soggetti qualificati (quali banche e istituti finanziari) sottoposti ad attività di vigilanza e controllo da parte di pubbliche autorità³³⁶.

In definitiva, può dirsi che anche il nostro ordinamento giuridico potrebbe ammettere l'eventuale introduzione dell'euroipoteca, con effetti meno dirompenti di quanto si potrebbe pensare.

patto fiduciario con portata vincolante interna, forza del quale il creditore si impegna ad escutere la garanzia solo in presenza di determinate circostanze”.

³³⁵ LICINI, *L'euroipoteca cartolare (a proposito di un istituto giuridico che ... non esiste ancora)*, cit., 766.

³³⁶ SCALAMOGNA, *Euroipoteca, lo strumento per armonizzare il mercato ipotecario europeo?*, cit., 269; STOECKER, *The Euroypothec. Accessoriness as legal dogma?*, cit., 52.

4. LE GARANZIE REALI NEL DIRITTO FRANCESE

Un ordinamento molto vicino al nostro, quello francese, è 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 privilegi³³⁷. Come è noto, anche nell'ordinamento transalpino 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 credito³³⁸, alla specialità quanto al credito garantito e al bene oggetto di garanzia e al principio generale del divieto del patto commissorio³³⁹. In Francia, peraltro, lo sviluppo dell'ipoteca, a differenza di

³³⁷ GRIMALDI, *Le garanzie reali in Francia. Problemi e prospettive*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1999, 3, 391; BARILLA', *Il Garantievertrag da prassi a legge: il caso francese*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 2007, I, 217; BRIOLINI, *La riforma del diritto delle garanzie in Francia*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 2007, I, 226.

³³⁸ DUPIN AINÉ, *Oeuvres de R.J. Pothier contenant les traites du droit français* tomo V, Bruxelles, 1831, 443, "il ne peut y avoir d'hypothèque, s'il n'y a une dette qui subsiste, pour laquelle l'hypothèque ait été contracté" [non ci può essere un'ipoteca, se non c'è un debito che sussiste, per il quale l'ipoteca era stata contrattata].

³³⁹ Quanto al divieto del patto commissorio, la riforma delle garanzie reali 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. Cfr. VARI, *La riforma dell'ipoteca convenzionale in Francia*, in *Rivista di diritto civile*, 2009, 256.

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; nel sistema francese il credito ipotecario è solo una frazione neppure maggioritaria del complesso insieme del credito immobiliare³⁴⁰. Il legislatore francese, a seguito di un dibattito sorto in occasione dei festeggiamenti per il bicentenario del codice napoleonico, ha ritenuto 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 per i legislatori di altri ordinamenti, fosse appunto quello delle garanzie. La recente celebrazione del bicentenario del *Code civil* è stata dunque l'occasione storica per la Francia di riflettere sull'adeguatezza delle regole in esso contenute e sulle possibili prospettive di modernizzazione delle stesse³⁴¹. Si tratta di un processo che consiste, in primo luogo, di un'intensa positivizzazione di istituti e regole di creazione giurisprudenziale. In secondo luogo, esso mira a costruire una disciplina organica e coerente, da consolidarsi in modo sistematico all'interno del *Code civil*, la cui centralità nel sistema del diritto privato nazionale. La riforma del diritto civile francese trova, tra le sue principali ragioni, il bisogno di porre ordine e di semplificare le regole e le fonti di

³⁴⁰ MAZEAUD, MAZEAUD, CHABAS, *Leçons de droit civil. Obligations: théorie générale*, Paris, 1998, 1208 ; CARBONNIER, *Droit civil, t. IV, Les obligations*, P.U.F., 2000, 348; FRANÇOIS, *Droit civil, Les obligations, Régime général*, Economica, 2000, 103; TERRÉ, SIMLER, LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Précis Dalloz, 2002, 1423.

³⁴¹ GRIMALDI, *Le garanzie reali in Francia. Problemi e prospettive*, in *Riv. crit. dir. priv.*, cit., 392; CROCQ, *Réformes du droit français et harmonisation des droits européens en matière de suretés*, Parigi, 2008.

reperimento del diritto, in un'epoca in cui i molteplici interventi normativi, nazionali e comunitari, hanno prodotto sì innovazioni nelle discipline, ma in modo spesso frammentario e contraddittorio rispetto alle linee guida scolpite nelle codificazioni³⁴².

Nel luglio 2003, il Ministero della Giustizia, accogliendo l'iniziativa dell'*Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française*, ha costituito una commissione governativa al fine di progettare una riforma organica delle garanzie del credito. La Commissione, presieduta dal prof. M. Grimaldi ha presentato, nel marzo 2005, il proprio progetto. Il documento ha dato il via alla riforma per il tramite della tecnica della legislazione per via di ordinanza. L'*Ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés* ha dunque riscritto la disciplina codicistica delle garanzie, soprattutto di quelle reali, che non si trova più nel *Livre Troisième* ma è collocata ora autonomamente nel Libro quarto. 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 ipotecario³⁴³.

Per comprendere contenuti ed impatto della riforma francese delle garanzie reali si ritiene occorra, in via preliminare, ricordare i tratti salienti della disciplina anteriore, la quale risiedeva, da un lato, nell'apparato codicistico, così come disegnato dal *Code civil* del 1804 e, dall'altro, in diverse leggi speciali

³⁴² FUSARO, *Le linee di tendenza del diritto europeo dell'ipoteca: euroipoteca e ipoteca ricaricabile*, cit., 562.

³⁴³ VARI, *La riforma dell'ipoteca convenzionale in Francia*, cit., 256.

emanate per la tutela di interessi particolari. Come è noto, il sistema francese concepisce le garanzie reali come eccezioni al principio dell'universalità della responsabilità patrimoniale e le ritiene soggette al principio di tipicità, con conseguente marcata limitazione delle possibilità operative dell'autonomia privata³⁴⁴. All'interno del codice vi sono una molteplicità di istituti deputati a svolgere la funzione di garanzia reale del credito, classificati dalla dottrina francese sotto la categoria di garanzie tradizionali (*sûretés réelles traditionnelles*). Le garanzie tradizionali sono tutte accomunate dall'accentuato formalismo della costituzione; dall'essere garanzie accessorie rispetto al credito da garantire; dall'essere informate al principio di specialità quanto al credito garantito e al bene oggetto di garanzia e dall'essere sottoposte al divieto del patto commissorio³⁴⁵.

Tali garanzie sono³⁴⁶: per i beni mobili, il pegno (*gage* o *nantissement*), per la cui validità il codice stabiliva il requisito dello spossessamento del costituente; e, per i beni immobili (art. 2119 "*les meubles n'ont pas de suite par hypothèque*"), l'ipoteca (*hypothèque*, art. 2114 c.c.), caratterizzata invece dal fatto di essere una garanzia non possessoria, la cui opponibilità è determinata dalla pubblicità. Il *Code civil* prevede infatti che per la venuta in essere dell'ipoteca tra le parti sia necessario un atto autentico notarile (art. 2127), e che la pubblicità della garanzia non sia, quindi, di tipo costitutivo, come invece accade in Italia (art. 2808 co. 2 c.c.), ma valga ai soli fini di opponibilità ai terzi del diritto. Nel settore immobiliare è poi operativa, come contraltare dell'ipoteca, l'anticresi

³⁴⁴ Così FIORENTINI, *La riforma francese delle garanzie reali*, in *Notariato*, 2006, 493.

³⁴⁵ BRIOLINI, *La riforma del diritto delle garanzie in Francia*, cit., 226.

³⁴⁶ Cfr. Ampiamente SIMLER, DELEBECQUE, *Les sûretés. La publicité foncière*, Parigi, 2009.

(*antichrèse*), definita dal *Code* come *nantissement* di bene immobile (art. 2072 c.c.), ossia garanzia immobiliare possessoria. Il diritto francese delle garanzie reali è poi noto per essere caratterizzato dalla presenza dei privilegi (*privilèges*), generali e speciali, mobiliari ed immobiliari, ossia diritti di preferenza accordati dalla legge a taluni creditori in ragione della causa del credito. La dottrina parla di un vero e proprio eccesso dei privilegi, da cui deriverebbe la difficoltà di individuare con precisione l'ordine di prelazione tra gli stessi con conseguente indebolimento della posizione dei titolari di garanzie reali convenzionali, ciò che rende il sistema delle garanzie reali poco efficace e poco attrattivo per gli attori del mercato³⁴⁷.

Accanto ai pegni e all'ipoteca, poi, il diritto francese delle garanzie reali riconosce l'operatività del *cautionnement réel* – una sorta di “fideiussione reale” – che consiste in una particolare figura la quale può assumere le forme di un pegno o di un'ipoteca³⁴⁸. Esso si produce in presenza di una fideiussione rafforzata da una garanzia reale; oppure in caso di garanzia reale prestata dal terzo non debitore. Inoltre, il diritto di ritenzione (*droit de rétention*), ossia il diritto di un soggetto, creditore di un'obbligazione di pagamento e debitore di un'obbligazione di restituzione, di ritenere la cosa oggetto del diritto sino al completo pagamento del proprio credito, è disciplinato dal codice in certe sue applicazioni. La

³⁴⁷ Cfr. FIORENTINI, *La riforma francese delle garanzie reali*, cit., 493.

³⁴⁸ ALBIGES, DUMONT-LEFRAND, *Droit des sûretés*, Parigi, 2009; JOBARD-BACHELLIER, BOURASSIN, BREMOND, *Droit des sûretés*, Parigi 2007.

giurisprudenza ne ha ricavato un principio generale e lo qualifica come diritto reale opponibile *erga omnes*, ma non come garanzia reale³⁴⁹.

A fianco delle *sûretés réelles traditionnelles*, il sistema francese ha poi visto il riemergere dell'antico utilizzo della proprietà in funzione di garanzia, risalente al diritto romano o comunque all'età primitiva di ogni sistema giuridico. La *propriété-sûreté* opera in Francia soprattutto attraverso le figure della riserva di proprietà, sino ad oggi oggetto solo di scarsa disciplina nel *Code de commerce*; della cessione dei crediti commerciali a scopo di garanzia, oggetto di speciale ammissione per legge e del *crédit bail* o *lease-back*³⁵⁰.

Tutto ciò chiarito, appare evidente come il sistema delle garanzie in diritto francese sia un sistema complesso, caratterizzato da un alto tasso di diversità degli istituti rilevanti e di frammentazione delle regole di riferimento. La riforma francese, operando una revisione organica e sistematica della materia, ha inteso semplificare il diritto delle garanzie reali, costituendo un apparato omogeneo di regole certe e facilmente conoscibili da parte di tutti gli utenti del diritto. Il fine ultimo era quello di massimizzare l'efficacia delle tecniche di tutela del credito, pur senza abbandonare l'approccio tradizionale, volto a promuovere la tutela del debitore³⁵¹.

Entrando nei contenuti della riforma, va preliminarmente sottolineato che la stessa ha operato da un lato un rinnovamento delle tassonomie al fine di

³⁴⁹ SAINTE-ROSE, *Une Chambre mixte se prononce sur la nature du cautionnement réel*, in *Recueil Dalloz*, 2006, 729.

³⁵⁰ SIMLER, DELEBECQUE, *Les sûretés. La publicité foncière*, cit., 45 ; AYNES, CROCQ, *Droit civil : les sûretés, la publicité foncière*, Parigi, 2009, 235 ; CROCQ, *Propriété et garantie*, Paris, 1995.

³⁵¹ Così FIORENTINI, *La riforma francese delle garanzie reali*, cit., 495.

conferire ordine ad una materia tanto complessa; dall'altro ha introdotto una serie di innovazioni sia nel settore mobiliare che immobiliare, al fine di conferire flessibilità ed efficacia al regime delle garanzie.

Sulla linea generale tracciata dal progetto Grimaldi, l'ordinanza governativa n. 2006-346, si è detto, porta l'istituzione di un nuovo Libro IV del *Code civil* dedicato al diritto delle garanzie (*Des sûretés*), il quale si trovava disciplinato in modo non unitario nel Libro III (*Des différentes manières dont on acquiert la propriété*). Il nuovo Libro IV sulle garanzie è diviso in due Titoli, secondo la tradizionale partizione tassonomica della materia: *Des sûretés personnelles* (Titre I) e *Des sûretés réelles* (Titre 2). Questo secondo titolo consta, a sua volta, di tre sottotitoli, il primo dedicato alle disposizioni generali, il secondo alle garanzie sui beni mobili, l'altro a quelle sui beni immobili (art. 8, *ordonnance* n. 2006-346)³⁵². Fin da un primo sguardo è evidente la rottura con l'assetto tradizionale del *Code civil*, il quale ordina le garanzie reali a seconda dell'opposizione relativa alla presenza/assenza dello spossessamento del costituente. Il sottotitolo relativo alle garanzie mobiliari disciplina, in quattro capitoli, quattro categorie di garanzie: i privilegi mobiliari, generali e speciali; il *gage* (come pegno di bene corporale); il *nantissement* (come pegno di bene immateriale); la proprietà-garanzia, nelle due varianti della proprietà ceduta a titolo di garanzia o proprietà-*fiducie* (solitamente operativa come cessione dei crediti a scopo di garanzia), e della proprietà riservata a titolo di garanzia

³⁵² Cfr. GRIMALDI, *L'hypothèque rechargeable et le pret viager hypothécaire*, in *JCP/Suppl.* al n. 2° del maggio 2006, 33; BUSSANI, GRIMALDI, *Le droit comparé des sûretés réelles*, Bruxelles, 2006.

(usualmente operativa nel campo dei mobili corporali). Il terzo sottotitolo, deputato a regolare le garanzie immobiliari, distingue invece tre categorie di figure: i privilegi immobiliari; l'anticresi; l'ipoteca. L'ordinanza non prevede una disciplina della proprietà-garanzia immobiliare, perché essa non è diffusa nella pratica per via dei costi fiscali imposti dal doppio trasferimento; tuttavia ne riconosce la validità in via generale, lasciando libero il mercato di esplorare nuove possibilità (nuovo art 2373 co 2)³⁵³. Se questa è la struttura essenziale della nuova disciplina delle garanzie reali, vi sono, peraltro, taluni ulteriori profili che meritano di essere segnalati, prima di analizzare i punti più rilevanti della riforma. Il Libro Delle Garanzie si apre con la statuizione dei principi generali della materia, comuni a tutte le garanzie, personali o reali. L'ordinanza conferma la tradizionale costruzione del sistema della responsabilità patrimoniale sulle grandi direttrici dell'universalità della responsabilità e della *par condicio creditorum*, salva l'esistenza di cause legittime di prelazione (nuovi artt. 2284 e 2285, che corrispondono ai tradizionali artt. 2092 e 2093 c.c.). L'ordinanza, tuttavia, non accoglie la proposta del progetto Grimaldi volta ad introdurre nelle disposizioni generali la statuizione di due altri principi, assai significativi per la materia che ci occupa, quali quelli secondo i quali la garanzia non può essere una fonte d'arricchimento per il creditore (art. 2287 co. 2 dell'*avant-projet de texte*); ed è un accessorio del credito che garantisce, nel senso che essa segue il credito garantito in caso di cessione (art. 2289 dell'*avant-projet de texte*)³⁵⁴.

³⁵³ VARI, *La riforma dell'ipoteca convenzionale in Francia*, cit., 256; FIORENTINI, *La riforma francese delle garanzie reali*, cit., 495; BRIOLINI, *La riforma del diritto delle garanzie in Francia*, cit., 226.

³⁵⁴ FIORENTINI, *La riforma francese delle garanzie reali*, cit., 496.

Il *Code civil* riformato traccia le direttrici essenziali del diritto delle garanzie reali, mentre la disciplina di dettaglio per figure particolari di garanzie resta oggetto di regole specifiche, contenute nelle leggi speciali già esistenti, in particolare nel *code de commerce*.

Come hanno sottolineato i commentatori³⁵⁵, la riforma francese appare permeata dalla consapevolezza che l'efficacia delle garanzie reali è in grande misura determinata dal convergere, nel regime giuridico che ne governa le vicende essenziali, di due caratteri fondamentali: la semplicità dei formalismi e l'elasticità delle regole. In particolare, la flessibilità delle regole deve consentire alle tecniche di garanzia del credito di soddisfare i bisogni del mercato evitando costi e tempi che, non essendo necessari ai fini della tutela degli interessi dei terzi, finiscono con lo scoraggiare il ricorso a queste figure e sono pertanto responsabili della fuga del mercato verso altre tecniche di tutela del credito, spesso più costose e difficili da ottenere, come le garanzie personali³⁵⁶. Gli interventi innovativi, sia nel settore delle garanzie mobiliari che immobiliari, sono riassumibili in tre grandi punti di rottura con i principi tradizionali: quello dall'esigenza dello spossessamento del costituente per la nascita della garanzia mobiliare; quello di un'accezione rigida del principio di accessorietà della garanzia; quello dell'accezione rigida del principio di specialità. Come più volte ricordato, queste

³⁵⁵ VARI, *La riforma dell'ipoteca convenzionale in Francia*, cit., 256; GRIMALDI, *Le garanzie reali in Francia. Problemi e prospettive*, cit., 392; CROCQ, *Réformes du droit français et harmonisation des droits européens en matière de sûretés*, cit., 32.

³⁵⁶ Così FIORENTINI, *La riforma francese delle garanzie reali*, cit., 496.

direttrici caratterizzino ormai da tempo le tendenze evolutive più moderne nel settore delle garanzie reali del credito nei principali Paesi occidentali³⁵⁷.

Venendo ora più precisamente allo studio delle garanzie immobiliari, che in questa sede maggiormente ci interessano, va detto che gli interventi più significativi della riforma nel settore delle garanzie in esame si assestano in capo al regime dell'ipoteca convenzionale. In primo luogo, la riforma prende posizione sulla possibilità di costituire ipoteca a garanzia di un credito futuro³⁵⁸: la giurisprudenza francese ha sempre considerato che la legge non impedisse di garantire un credito futuro, qualora esso fosse sufficientemente determinabile nel suo ammontare, e venisse in essere tra i medesimi soggetti (es. la banca ed il suo cliente). Così, secondo la giurisprudenza era possibile costituire un'ipoteca a garanzia di un credito futuro di cui fosse indicato l'ammontare massimo garantito richiesto dall'attuale art. 2132 c.c.³⁵⁹ Le nuove regole consacrano l'evoluzione giurisprudenziale, ammettendo espressamente che un'ipoteca possa garantire crediti attuali o futuri che siano determinabili, la causa dei quali sia indicata nell'atto costitutivo (nuovo art. 2421 c.c.); e che l'ipoteca è costituita per una somma determinata, da indicarsi nell'atto costitutivo a pena di nullità (nuovo art. 2423 c.c.); la riforma non si spinge, tuttavia, sino ad ammettere

³⁵⁷ FUSARO, *Le linee di tendenza del diritto europeo dell'ipoteca: euroipoteca e ipoteca ricaricabile*, cit., 562.

³⁵⁸ Per i riferimenti v. CROCQ, *Réformes du droit français et harmonisation des droits européens en matière de sûretés*, cit., 32.

³⁵⁹ Cass. 3e civ., 4déc. 1973: Bull. civ. 1973, III, n°613; Cass. com., 26 nov. 1979: Bull. civ. 1979, IV, n°302; Cass. comm., 16 avr. 1996: Bull. civ., 1996, IV, 120; Cass. soc., 3 juin 1997: *Juris-Data n°1997-002479*; Cass., 3e civ. 28 mars 2001: *Contrats, conc. Consom.2001, n°118*.

un'ipoteca *omnibus*, a garanzia cioè di ogni credito futuro che possa insorgere tra debitore e creditore³⁶⁰.

Inoltre, qualora l'ipoteca a garanzia di crediti futuri sia concessa per un periodo indeterminato, essa potrà essere limitata unilateralmente dal costituente (il progetto parla in realtà di *résiliation* dell'ipoteca), rispettando un obbligo di preavviso di tre mesi; una volta effettuata la *résiliation*, l'ipoteca non sarà valida che a garanzia dei crediti sorti anteriormente (nuovo art. 2423, co. 3 c.c.)³⁶¹. La nuova disciplina consacra la prassi della purgazione convenzionale delle ipoteche (*purge amiable*, detta anche *mainlevée*, nuovo art. 2475 c.c.). Essa si realizza quando, al presentarsi di un'occasione per la vendita dell'immobile ipotecato, i creditori ipotecari ed il debitore convengano che le loro prelazioni si eserciteranno sul prezzo ricavato dalla vendita. Nei limiti necessari a soddisfare i creditori ipotecari (e a pagare le spese di cancellazione del vincolo), il credito al pagamento del prezzo della vendita, che viene versato dall'acquirente nelle mani del notaio, sarà indisponibile, cioè non aggredibile da parte dei cessionari o dei creditori che esercitino l'esecuzione su di esso. Una volta ottenuto dai creditori il denaro dal prezzo dell'alienazione dell'immobile, detto immobile sarà liberato dal diritto di seguito connesso all'ipoteca³⁶².

Ancora più significative sono state le innovazioni apportate al sistema tradizionale con riferimento alla messa in discussione del principio di accessorialità

³⁶⁰ FIORENTINI, *La riforma francese delle garanzie reali*, cit., 497.

³⁶¹ TEYSSIE, *La clause de résiliation et de résolution*, in *Cahiers de droit de l'entreprise*, 1975, I, 13.

³⁶² FIORENTINI, *La riforma francese delle garanzie reali*, cit., 498; VARI, *La riforma dell'ipoteca convenzionale in Francia*, cit., 258.

della garanzia in confronto al credito. Un ruolo essenziale in questo senso è svolto dall'ipoteca ricaricabile (*hypothèque 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.

L'ipoteca ricaricabile è un istituto che può essere utilizzato più volte dal costituente, a garanzia di diversi crediti rispetto a quello originario, nei confronti del medesimo creditore, oppure a garanzia di creditori successivi, diversi dal primo³⁶³. Si tratta quindi 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

³⁶³ Cfr. in materia DAGOT, *L'hypothèque rechargeable*, Paris, 2006; THERY, *L'hypothèque rechargeable*, in *Droit et Patrimoine*, 2007; GOURIO, *L'hypothèque rechargeable*, in *Revue de droit Bancaire et financier*, 2006 ; GRIMALDI, *L'hypothèque rechargeable et le pret viager hypothécaire*, cit., 33.

precedente creditore, ovvero da un nuovo soggetto. Il grado dell'ipoteca così rincaricata, 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 Registri³⁶⁴. I terzi sono resi edotti della presenza di un'ipoteca rincaricabile 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 Immobiliare. Il vantaggio dal punto di vista degli interessi del costituente è evidente, poiché costui è dispensato dall'onere di cancellare la vecchia ipoteca, costituita a garanzia del credito originario, per crearne una nuova, a garanzia di creditori successivi. Il creditore garantito da questo tipo di ipoteca, da parte sua, ha il beneficio di godere del grado ipotecario originario, potendo così prevalere su tutti i creditori che avessero iscritto garanzia sul medesimo bene dopo la costituzione dell'ipoteca rincaricabile, ma prima della ricarica, ovvero del suo riutilizzo³⁶⁵. Secondo la disciplina racchiusa nel nuovo art. 2422 co. 1 c.c. "l'ipoteca può essere ulteriormente utilizzata a garanzia di crediti altri rispetto a quelli individuati nell'atto costitutivo, qualora l'atto costitutivo lo preveda espressamente". Questa regola mostra che, nel diritto francese riformato, non tutte le ipoteche saranno *rechargeables*, ma solo quelle che prevedano espressamente nell'atto costitutivo tale particolare natura. Per ragioni di certezza nel credito

³⁶⁴ Cfr. FIORENTINI, *La riforma francese delle garanzie reali*, cit., 497.

³⁶⁵ DI STASO, *Modificazioni soggettive del rapporto obbligatorio e garanzie reali*, cit., 292; VARI, *La riforma dell'ipoteca convenzionale in Francia*, cit., 261.

ipotecario la clausola (o convenzione) di ricarica dovrà essere notarile e riceverà pubblicità mediante annotazione nei registri immobiliari. Il secondo comma del medesimo articolo stabilisce che “il costituente potrà allora offrirla in garanzia [l’ipoteca ricaricabile], nei limiti previsti nell’atto costitutivo e indicati all’art. 2423 c.c., non solamente al creditore originario, ma anche ad un nuovo creditore, anche qualora il primo non sia ancora stato pagato”³⁶⁶. Questa specificazione introduce l’aprirsi di due possibilità operative per l’istituto in esame³⁶⁷. La prima prevede che il creditore originario sia stato pagato, e allora è evidente che, se l’ipoteca *rechargeable* può essere utilizzata per garantire un nuovo credito, ciò significa che essa sopravvive all’estinzione per adempimento del credito originariamente garantito. La caratteristica maggiormente interessante ai fini di una lettura critica del nuovo provvedimento, entro i canoni generali dell’istituto ipotecario, è rappresentata proprio da questa possibilità: 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. In questo modo, infatti, il nuovo istituto introduce una frattura evidente del nesso di accessorietà tra garanzia e credito garantito, nesso che, nel settore delle garanzie immobiliari, è stato tradizionalmente inteso – soprattutto dagli interpreti, più che non dal legislatore – in modo piuttosto rigido, in Francia così come in Italia. Infatti, nel nostro ordinamento tuttora, ma in Francia la

³⁶⁶ Cfr. CUIF, *Le caractère hybride de la convention de rechargement*, in *RLDC*, 2007.

³⁶⁷ Così FIORENTINI, *La riforma francese delle garanzie reali*, cit., 497.

situazione era identica (e tale rimane per le ipoteche non ricaricabili), il principio di accessoriaietà 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 germanica, tant'è che l'ipoteca ricaricabile nasce accessoria, bensì in una fase necessariamente successiva, essa può perdere o comunque limitare gli effetti connessi all'accessoriaietà³⁶⁸.

La seconda alternativa prospettata dal nuovo art. 2422 co. 2 prevede, invece, che il credito originario non sia stato pagato. In questo caso, il riutilizzo dell'ipoteca *rechargeable* crea una situazione di concorrenza tra il creditore originariamente garantito e quello beneficiario della ricarica. Tale conflitto di interessi è regolato dai commi 4 e 5 del nuovo art. 2422 c.c., secondo i quali la ricarica deve essere oggetto di pubblicità sotto forma di una annotazione a margine dell'iscrizione dell'ipoteca, la quale determina il grado del secondo creditore garantito rispetto al primo. L'art. 2422 c. 2 *code* pare consentire il riutilizzo 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

³⁶⁸ DI STASO, *Modificazioni soggettive del rapporto obbligatorio e garanzie reali*, cit., 293.

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]”. Talvolta accade che il credito per il quale era stata pattuita l'iscrizione ipotecaria originaria fosse inferiore (anche notevolmente) rispetto all'importo massimale che può essere garantito con la convenzione di ricarica. In questo caso, non paiono esserci ostacoli a che 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 debito³⁶⁹. Tale soluzione non pare essere che la traduzione pratica di quanto previsto nel comma più sopra riportato.

Diversa l'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 legislative³⁷⁰.

Ciò chiarito, e valutando in un'ottica europea la riforma francese, potremmo sostenere che essa segni un equilibrato progresso del sistema nazionale verso il raggiungimento degli obiettivi comunitari. L'allentamento del legame di accessorialità tra garanzia e credito garantito premette non solo di garantire obbligazioni future, purché identificabili, ma anche di risparmiare i costi per la

³⁶⁹ GRIMALDI, *L'hypothèque rechargeable et le pret viager hypothécaire*, cit., 35.

³⁷⁰ VARI, *La riforma dell'ipoteca convenzionale in Francia* cit., 259.

creazione di sempre nuove garanzie attraverso l'istituto dell'ipoteca ricaricabile. A ben vedere, tuttavia, la riforma francese non attua una rivoluzione del sistema, poiché anche se l'accessorietà è allentata, non è ammessa nessuna cessione della garanzia separatamente rispetto al credito garantito. Pur se il panorama internazionale offre esempi di regimi delle garanzie reali mobiliari che hanno unificato la tradizionale diversità degli istituti rilevanti in un'unica figura, la riforma francese non rompe con il passato, ma lo attualizza. Il legislatore, si ritiene, ha trovato il giusto compromesso tra tradizione e modernità, rispondendo alle esigenze di flessibilità del mercato pur senza rinunciare alla tutela della posizione del debitore.

Alla luce di quanto detto, risulta chiaro come il Decreto Bersani *bis* non abbia recepito nello stesso modo le indicazioni europee. Infatti, la normativa sulla portabilità dell'ipoteca, pur semplificando il passaggio delle garanzie attraverso una riduzione delle formalità, non prevede espressamente la possibilità di utilizzare l'ipoteca a garanzia di diversi crediti rispetto a quello originario, nei confronti del medesimo creditore, oppure a garanzia di creditori successivi, diversi dal primo, allentando il nesso di accessorietà. Si è visto come tale principio non sia assolutamente inderogabile da parte del legislatore e come al contrario, sia stato già affievolito dall'introduzione nel nostro ordinamento di alcuni istituti innovativi, come il più volte citato contratto autonomo di garanzia. A ulteriore conferma di ciò può richiamarsi brevemente la disciplina del c.d. prestito ipotecario vitalizio introdotto nel nostro ordinamento nel 2005. Il prestito vitalizio ipotecario ha per oggetto la concessione da parte di aziende ed istituti di credito nonché da parte di intermediari finanziari, 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 compiuti³⁷¹. Evidentemente il prestito vitalizio ipotecario è uno strumento adatto a smobilizzare una parte della notevole ricchezza impegnata oggi in immobili, in Italia, come nella maggior parte dei Paesi europei. L'istituto mira a rendere disponibile questa ricchezza per il sostegno del bisogno di liquidità dell'anziano, mediante modalità di minor impatto – dal punto di vista psicologico, ancor più che fiscale – rispetto alla vendita della nuda proprietà. Va rilevato che l'obbligazione di restituzione della somma ricevuta non sorge immediatamente dopo l'erogazione della somma stessa, 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, proprio per spezzare il legame con un credito, del tutto eventuale e non necessariamente collegato con il negozio costitutivo della garanzia.

Il legislatore, si ritiene, ha dunque perso l'occasione di uniformarsi alle più moderne tendenze europee. La disciplina della portabilità, in definitiva, pur non creando tensioni con la normativa codicistica, troppo lascia al lavoro dell'interprete, non regolando specificamente l'istituto nei suoi aspetti fondamentali, a differenza di quanto è avvenuto in Francia.

³⁷¹ Cfr. GIGLIOTTI, *Il prestito vitalizio ipotecario: un reverse mortgage all'italiana?*, in *Il Corriere del Merito*, 2011, 677 e ss.); RAZZINO, *Il prestito ipotecario vitalizio (reverse mortgage)*, in *Notiziario CNN* del 7 marzo 2006; CERINI, *Il prestito vitalizio ipotecario: legal transplant in cerca di definizione*, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 2006, 503 e ss..

Conclusione

Tirando le fila del presente lavoro e volendone sintetizzare i risultati, si può affermare quanto segue.

Il d.l. 31 gennaio 2007, n. 40 convertito nella l. 2 aprile 2007, n. 40, ha introdotto una nuova regolamentazione dei contratti di mutuo, prevedendo all'art. 8, il meccanismo di «portabilità», ora regolato dall'art. 120 *quater* del Testo Unico Bancario. Tale intervento normativo nasce dalla necessità di adeguare la regolamentazione nazionale ad esigenze fortemente sentite a livello comunitario. L'Unione Europea ha infatti recentemente emanato due documenti, il “Libro verde sul credito ipotecario nell'UE” del 19 luglio 2005 e il “Libro bianco sull'integrazione dei mercati UE del credito ipotecario” del 18 dicembre 2007, che nascono con l'intento di stimolare la concorrenza tra istituti mutuanti prevedendo il contenimento dei costi in caso di rimborso anticipato del mutuo e l'ammissibilità di operazioni tali da consentire la libera circolazione dei finanziamenti tra diversi operatori finanziari, senza che ciò implichi alcun tipo di penalità a danno del mutuatario, nonché l'introduzione di uno strumento europeo per garantire i mutui sui beni immobili da utilizzare con flessibilità, cioè facilitare il costituirsi e il trasferimento delle ipoteche ed esercitare un influsso positivo sul mercato finanziario.

La ricerca ha inteso indagare quali siano state le novità apportate dal legislatore italiano per rispondere a tali esigenze europee e se le risposte fornite siano efficaci ed adeguate ad incentivare la concorrenza tra istituti finanziari tutelando al contempo la posizione degli utenti.

Il legislatore italiano, nel regolare la disciplina della portabilità, ha richiamato il tradizionale istituto della surrogazione per pagamento, introducendo alcuni strumenti – quali la nullità di ogni patto con il quale si impedisca o si renda più oneroso per il debitore l'esercizio della facoltà di surrogazione e la possibilità di ricorrere a diversi benefici fiscali – per incoraggiarne l'utilizzo da parte degli utenti del mercato del credito. La principale novità è costituita dalla c.d. portabilità dell'ipoteca, ovvero, la previsione secondo cui in caso di surrogazione il nuovo soggetto mutuante, surrogato, subentra nelle garanzie accessorie relative al credito oggetto di surrogazione. Sebbene l'art. 8 non sia stato limitato ai finanziamenti ipotecari, tali istituti costituiscono senza dubbio il principale ambito di applicazione della normativa, la cui novità è rappresentata dall'inciso «senza formalità». Il passaggio della garanzia ipotecaria ad un nuovo titolare a seguito di surrogazione era infatti già possibile prima del decreto, attraverso l'annotazione dell'atto stesso *ex art. 2843 c.c.*: la nuova legge comporta che ora l'annotamento può essere richiesto semplicemente sulla base di deposito di copia autentica dell'atto di surrogazione stipulato per atto pubblico o scrittura privata; sulla base di tale previsione si ritiene che al fine di procedere all'annotamento considerato sia sufficiente che soltanto l'atto di surrogazione posto in essere dal debitore nell'ambito della disposizione citata vada depositato presso la conservatoria di competenza. Tale istituto, come si vede, semplifica solo in minima parte la procedura e non è privo di criticità, poiché l'interpretazione di cosa debba intendersi per «annotazione senza formalità» è lasciata ai singoli operatori, con la conseguenza che non vi è un'uniformità di disciplina, a danno degli utenti e del mercato.

Tale meccanismo di portabilità dell'ipoteca, confrontato ad altre realtà comunitarie, recepisce solo in parte le esigenze di flessibilità ed economicità auspiccate dall'Europa al momento dell'ideazione dell'euroipoteca quale garanzia non accessoria comune in tutti gli stati membri che sorge a prescindere dall'esistenza del credito. Infatti, il trasferimento della garanzia non avviene nel nostro ordinamento in maniera automatica e non viene in alcun modo allentato il legame di accessorietà con il credito garantito, non essendo possibile utilizzare l'ipoteca a garanzia di diversi crediti rispetto a quello originario, nei confronti del medesimo creditore, oppure a garanzia di creditori successivi, diversi dal primo. La non accessorietà dell'euroipoteca, al contrario, rende possibile l'uso ripetuto della medesima per garantire nuovi crediti una volta rimborsati quelli precedentemente garantiti, senza dovere sostenere i costi di una nuova iscrizione ipotecaria (con evidenti risparmi per l'utente). Viene inoltre garantita una maggiore possibilità per i debitori ipotecari di ricorrere al rifinanziamento facilmente e senza costi eccessivi, con la possibilità di ricercare un istituto di credito che fornisca un prodotto/servizio più vantaggioso, nonché una maggiore possibilità di creare una reale concorrenza tra gli istituti di credito di diversi paesi, i quali potrebbero operare nei diversi Stati membri utilizzando un diritto reale di garanzia uniforme.

Il legislatore dunque, pur potendo aderire alle esigenze del mercato del credito europeo, ha accolto tali istanze solo in parte. Va precisato che anche nel nostro ordinamento il concetto di accessorietà non è assolutamente rigido, poiché possono darsi modificazioni relative al credito incapaci di incidere non solo sull'esistenza dell'ipoteca, ma anche sui suoi elementi così come originariamente

definiti. Ci si riferisce in particolare agli artt. 1232 e 1275 c.c., i quali dimostrano che la volontà dei soggetti del rapporto obbligatorio ben può rendere l'ipoteca accessoria ad altro credito rispetto a quello in origine garantito: nel primo caso la novazione oggettiva comporta che l'ipoteca permane a garanzia di una nuova obbligazione, se vi è accordo in tal senso; nel secondo caso il concedente può mantenere ferma l'ipoteca a vantaggio del terzo espromissario, accollatario o delegatario. Il principio di accessorialità dunque, pur caratterizzando in maniera pregnante il sistema della garanzie reali del nostro ordinamento, non sembra possa considerarsi un ostacolo insormontabile all'ammissibilità dell'eventuale introduzione di una garanzia immobiliare "autonoma". Anche l'accessorialità, infatti, non rappresenta un dogma, ma una scelta di politica legislativa. Di per sé, quindi, il vincolo ipotecario non comporta, quale conseguenza necessaria il principio di accessorialità tra credito e garanzia. Spetta all'ordinamento considerato stabilire l'accessorialità dell'ipoteca, e consentire deroghe all'esplicazione del principio, specie in materia di trasmissione della garanzia. D'altronde, già da tempo anche nel nostro ordinamento la discussione circa l'ammissibilità di una garanzia personale autonoma (*garantievertrag*) si è conclusa positivamente e senza gravi conseguenze per il sistema. Dunque, come si vede, quanto minore è il vincolo di accessorialità, tanto maggiore sarà l'efficienza del mercato del credito garantito da immobili. Infatti, appare evidente che l'accoglimento rigido del dogma dell'accessorialità, seppur in linea di principio più garantista, rende il bene gravato da ipoteca non agevolmente commerciabile, con palese sacrificio dell'interesse generale alla circolazione della ricchezza. La maggiore flessibilità dell'ipoteca non accessoria comporta poi, necessariamente, una diminuzione del

livello di protezione del debitore, che viene trasferita dal piano reale al piano obbligatorio (azione per ingiustificato arricchimento e risarcimento del danno), trattandosi di una tutela del valore del bene e non necessariamente della sua titolarità.

Ad un confronto con i meccanismi europei di circolazione delle garanzie, nei quali il nesso di accessorietà è da anni spezzato o affievolito, il nostro ordinamento risulta dunque meno agile ed efficiente. Inoltre, la normativa sulla portabilità non risolve alcuni punti critici esistenti – quali le questioni connesse all’opponibilità 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 – che al contrario, al fine di incentivare l’utilizzo dell’istituto, sarebbe stato opportuno affrontare e precisare.

In definitiva si ritiene che il legislatore abbia perso l’occasione di uniformarsi alle più moderne tendenze europee, poiché la disciplina della portabilità, pur non creando tensioni con la normativa codicistica, troppo lascia al lavoro dell’interprete, non regola specificamente l’istituto nei suoi aspetti fondamentali e lascia aperti numerosi punti problematici. In definitiva, in una prospettiva *de iure condendo*, potrebbe risultare opportuno, più che riconsiderare la funzione della garanzia ed il principio della accessorietà rispetto alle esigenze del mercato, che non può avvenire, in un ordinamento garantista come il nostro, prima di aver predisposto più efficaci tutele a favore dei soggetti coinvolti, quantomeno migliorare gli aspetti ancora critici della disciplina che, se meglio

regolata, potrebbe costituire un primo incentivo alla circolazione delle garanzie nel nostro ordinamento.

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., *L'Avant-projet Catala*, tradotto da Ferri e Spada, Milano, 2008;

AA. VV., *Handbuch des Geld-, Bank- und Börsenwesens der Schweiz*, 1987;

AA. VV., *Das schweizerische Bankgeschäft*, 2004;

ALBIGES, DUMONT-LEFRAND, *Droit des sûretés*, Parigi, 2009;

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

ALPA, *Commento sub art. 23 T.U.F.*, in AA.VV., *Commentario al testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, a cura di Alpa, Capriglione, 1998;

ALPA, CHIODI, *Il progetto italo francese delle obbligazioni (1927). Un modello di armonizzazione nell'epoca della ricodificazione*, Milano 2006;

AYNES, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes* Thèse, Economica, 1984;

AYNES, CROCQ, *Droit civil : les sûretés, la publicité foncière*, Parigi, 2009;

AMATI, *Finanziamenti bancari: cancellazione di ipoteca, estinzione anticipata del mutuo e sua portabilità*, in *Ventiquattrore avvocato-Contratti*, 2007;

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;

ANDRIOLI, *Dei privilegi*, in *Commentario del cod. civ. Scialoja-Branca*, IV ed., Bologna-Roma, 2002;

ARQUILLA, *La nuova disciplina della portabilità del mutuo*, in *Corriere tributario*, 2007;

BALLARINO, *Diritto Internazionale Privato*, Padova, 1999;

BARASSI, *I diritti reali*, I, Milano, 1934;

BARATTERI, *Surrogazione e portabilità dei mutui. Funzione, struttura, efficacia e validità della fattispecie*, Torino, 2011;

BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, II, Torino, 1965;

BARILLÀ, *Contratto autonomo di garanzia e Garantievertrag. Categorie civilistiche e prassi del commercio*, Frankfurt am Main, 2005;

BARILLÀ, *Il Garantievertrag da prassi a legge: il caso francese*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 2007;

BARILLÀ, *Le Sezioni Unite e il Garantievertrag un quarto di secolo dopo: una pronuncia "storica" fa chiarezza sui differenti modelli di garanzie bancarie autonome*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 2010;

BAUDRY-LACANTINIERE e L. BARDE, *Delle obbligazioni* in *Trattato teorico pratico di diritto civile*, diretto da G. Baudry-Lacantinière, II, Milano, 1915;

BANABENT, *Droit civil. Les obligations*, Paris, Collection *Damant droit privé*, 2007 ;

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;

BETTI, *Cours de droit civil comparé des obligations*, Milano, 1958;

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;

BIANCA, *Diritto civile I La norma giuridica – I soggetti*, Milano, 2002;

BIANCA, *Diritto civile 4 L'obbligazione*, Milano, 1993;

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, voce *Patrimonio autonomo e separato*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXII, Milano, 1982;

BIHR, *Droit civil général*, Mementos Dalloz, 2008 ;

BISCONTI, *Fideiussione omnibus*, in *I Contratti*, 1995;

BOEMLE (a cura di), *Geld-, Bank- und Finanzmarkt-Lexikon der Schweiz*, 2002;

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

BOHM, *Übersicht der Hypothekenformen*, 1999;

BORDIGNON, *La cessione del credito tra disciplina generale e disciplina speciale : l'esperienza francese*, Padova, 2003;

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;

BRIOLINI, *La riforma del diritto delle garanzie in Francia*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 2007;

BUCCISANO, *La surrogazione per pagamento*, Milano, 1958;

BUSANI, *La portabilità dell'ipoteca: tecnica redazionale*, in *Il contributo del Notariato per l'attuazione delle semplificazioni in tema di mutui ipotecari*, Milano-Roma, 2008;

BUSNELLI, *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, in *Europa e diritto privato*, 2009;

BUSSANI, GRIMALDI, *Le droit comparé des suretés réelles*, Bruxelles, 2006;

CAGNASSO, voce “*Surrogazione per pagamento*”, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1993;

CALDERONI, *Il procedimento di cancellazione delle ipoteche estinte a seguito di regolare adempimento del mutuo nella l. n. 40/2007*, in *Notariato*, 2008;

CAPITANT, *De la cause des obligations*, Parigi, 1927;

CARBONNIER, *Droit civil- Les biens-Les obligations*, 1ère édition "Quadrige", P.U.F., 2004;

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;

CARRESI, *Il comodato e il mutuo*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da Vassalli, Torino, 1957;

CATALA, *"Il est temps de rendre au code civil son rôle de droit commun des contrats"* en *La Semaine Juridique Edition Générale*, n° 39, 28 Septembre 2005;

CECCHETTI, voce *Quietanza*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVIII, Milano, 1987;

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;

CERVINI, *Estinzione anticipata dei finanziamenti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007;

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

CHINÉ, voce *Pegno, III. Pegno rotativo*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 2006;

CHIODI, *Un tentativo fallito di armonizzazione: il progetto italo-francese di codice delle obbligazioni e dei contratti (1927)*, in *Il diritto privato europeo al vaglio della comparazione e della storia*, Milano, 2004;

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;

CICCARELLO, voce *Pegno (dir. priv.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXII, Milano, 1982;

CICCARELLO, voce *Privilegio*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1985, vol. XXXIV;

CICERO, *Iscrizione e rinnovazione ipotecaria*, in *Cod. civ. Commentario*, diretto da Busnelli, Milano, 2008;

CICU, *L'ipoteca*, Bologna, 1929;

COMPORZI, *Diritti reali in generale*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* già diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, Milano, 1980;

CONDÒ, *Condizioni generali di contratto, clausole vessatorie, clausole abusive e intervento del notaio*, in *Federnotizie*, 2/1997;

CORAPI, *Regresso e surrogazione nelle obbligazioni solidali*, Milano, 2010;

CORNU, *Regards sur le titre III du livre III du code civil*, Cours de DEA Paris II, 1975/76;

COSENTINO, *Brevi considerazioni sulla natura giuridica dell'ipoteca*, in *Temina nap.*, 1964;

CROCQ, *Propriété et garantie*, Paris, 1995 ;

CROCQ, *Réformes du droit français et harmonisation des droits européens en matière de suretés*, Parigi, 2008;

CROZIO, *À propos de la novation*, Petites affiches, 1995;

CUIF, *Le caractère hybride de la convention de rechargement*, in *RLDC*, 2007;

DAGOT, *L'hypothèque rechargeable*, Paris, 2006;

DAGUT, *La novation par changement de débiteur et le droit hypothécaire*, JCP G 1975, I ;

D'AGOSTINO, voce *Sanzione*, in *Enc. dir.*, vol. XLI, Milano, 1989;

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 MARTINI, *Girata di cambiale ipotecaria e trasferimento dell'ipoteca*, in *Banca borsa titoli di credito*, 1949;

DE NOVA, *Il contratto alieno*, Torino, 2010;

DE RUGGIERO – MAROI, *Istituzioni di diritto privato*, vol. II, Milano - Messina, 1952;

DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon- Vol. XXX, Traité des contrats ou des obligations conventionnelles*, Paris, 1868;

DIANA, *La surrogazione*, in *Giurisprudenza critica*, collana diretta da Cendon, Torino, 2003;

DIENER, *Il contratto in generale*, Milano, 2002;

DI MAJO, *Adempimento in generale*, in *Commentario al codice civile Scialoja-Branca*, artt. 1177-1200, Bologna-Roma, 1994;

DI MAURO, *Le disposizioni testamentarie modificative ed estintive del rapporto obbligatorio*, Milano, 2005;

DI STASO, *Modificazioni soggettive del rapporto obbligatorio e garanzie reali*, Bologna, 2012;

DOLMETTA, *Questioni sulla surrogazione per volontà del debitore ex art. 8 l. n. 40/2007 (c.d. portabilità del mutuo)*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2008;

DUCCESCHI, *L'ipoteca del proprietario*, Milano, 1904;

DUPIN AINÉ, *Oeuvres de R.J. Pothier contenant les traites du droit français* tomo V, Bruxelles, 1831;

FALCONE, *Le operazioni di credito fondiario alla luce delle disposizioni del decreto legge n. 7 del 2007, convertito nella legge n. 40/2007*, in *Dir. fall.*, 2007;

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;

FERRARI, *Alcune esperienze straniere in tema di garanzie immobiliari*, in *La casa di abitazione fra normativa vigente e prospettive*, Milano, 1986;

G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 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;

FRAGALI, voce *Ipoteca (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972;

FRANÇOIS, *Droit civil, Les obligations, Régime général*, 1ère ed., Economica, 2000;

FRANZONI, *Degli effetti del contratto – Artt. 1374 – 1381*, in *Il Codice civile. Commentario*, diretto da Schlesinger, vol. II, Milano, 1999;

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, *Il pegno*, in *Trattato di diritto civile* diretto da Rodolfo Sacco, Torino, 2005;

E. GABRIELLI, GAZZONI, *Trattato della trascrizione*, Milano, 2012;

GAETANO, *Dei privilegi*, in *Commentario al cod. civ., Libro della tutela dei diritti*, Firenze 1943;

GALASSO, *Mutuo e deposito irregolare*, Milano, 1967;

GALGANO, *Atlante di diritto privato comparato*, Bologna, 2011;

GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna, 2001;

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;

GAVALDA, STOUFFLET, *Instruments de paiement et de crédit*, 6^{ème} éd. LITEC, 2006;

GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2006;

GAZZONI, *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista “non vivente” su trust e trascrizione)*, in *Rivista del notariato*, 2001;

GENOVESE, *Il contrasto delle pratiche commerciali scorrette nel settore bancario*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2011;

GENTILE, *Le ipoteche*, Roma, 1961;

GENTILI, *Teoria e prassi nella portabilità dei contratti di finanziamento bancario*, in *I Contratti*, 2007;

GIAMPICCOLO, voce *Mutuo*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXVII, Milano, 1977;

GIAMPICCOLO, *Comodato e mutuo*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Grosso-Santoro Passarelli, Milano, 1972;

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 *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;

GOURIO, *L'hypothèque rechargeable*, in *Revue de droit Bancaire et financier*, 2006 ;

GRASSANI, voce *Mutuo (Diritto civile)*, in *Novissimo Dig. it.*, vol. X, 1964;

GRIMALDI, *Le garanzie reali in Francia. Problemi e prospettive*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1999;

GRIMALDI, *L'hypothèque rechargeable et le prêt viager hypothécaire*, in *Revue de droit Bancaire et Financier*, 2006;

GUARNERI, *Diritto Romano, Tradizione romanistica e storia universale del diritto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 5, 2006;

INZITARI, voce *Interessi*, in *Digesto delle discipline privatistiche – Sezione civile*, Torino, 1993;

JEULAND, *Essai sur la substitution de personne dans un rapport d'obligation*, LGDJ, 1999;

JOBARD-BACHELLIER, BOURASSIN, BREMOND, *Droit des sûretés*, Parigi 2007 ;

LARROUMENT, *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, Thèse Bordeaux, 1968;

LASBORDES – DE VIRVILLE, *La cession de créance à titre de garantie*, en *Revue de Droit bancaire et financier* n° 1, Janvier 2009;

LEGEAIS, *La cession de créance à titre de garantie, hors les cas prévus par la loi, est constitutive d'un simple nantissement de créance*, en *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 16, 18 avril 2007, II;

LEMMA, Sub art. 120 quater, in *Commentario al Testo Unico Bancario*, a cura di Capriglione, Padova, 2012;

LEVENEUR, *La première chambre civile tire toutes les conséquences du principe de transmission des accessoires* en *Contrats Concurrence Consommation* n°11, Novembre 2007 ;

LICINI, *L'euroipoteca cartolare (a proposito di un istituto giuridico che ... non esiste ancora)*, in *Quadr.*, 1993;

LOBUONO – LOPS - MACARIO, *Tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire*, Milano, 2008;

LOVATO, “*Grundschild e ipoteca su se stesso*”, *Rivista del Notariato*, 1971;

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;

LUPOI, *Cenni storici introduttivi allo studio delle fonti del diritto francese*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1968;

LUPOI, *Alle radici del mondo giuridico europeo*, Roma, 1994;

LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, Padova, 2010;

MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996;

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;

MAIORCA, voce *Ipoteca, (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. It.*, IX, Torino, 1963;

MALAUURIE, AYNES, STOFFEL-MUNK, *Les obligations, Collection Droit civil, Dèfrenois*, Paris, 2003;

MALAUURIE, AYNES, GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, Paris, 2011;

MANGANO, *L'autonomia privata e le garanzie reali. Il tentativo di un superamento del principio di tipicità*, in *Nuova giur. comm.*, 2002;

MARASCO, *La rinegoziazione del contratto*, Padova, 2006;

MATTEI, *Liberalizzazioni, mercati e legalità*, in *Notariato*, 2012;

H et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD & F. CHABAS, *Leçons de droit civil. Obligations : Théorie générale*, Montchrestien, Paris, 1998;

MAZZINI, *Appunti sul nuovo ius variandi della banca*, in A.A.V.V., *Scritti in onore di Francesco Capriglione*, Padova, 2010;

MENGONI, *La pubblicità immobiliare*, Jus, 1986;

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;

MINUSSI, *Il rapporto obbligatorio*, Napoli, 2006;

MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, vol. III, in *Commentario del codice civile*, Torino, 1980;

MONTEL, voce *Garanzia (diritti reali di)*, in *Noviss. Dig. It.*, VII, Torino, 1961;

MUÑIZ ESPADA, *Bases para una propuesta de Eurohipoteca*, Valencia, 2004;

NATALI, *Considerazioni in materia di surroga del mutuo ipotecario e sua prassi applicativa*, in *Il Quotidiano giuridico*, 2010;

NATOLI, *La regola della correttezza e l'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Studi sulla buona fede*, Milano, 1975;

NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936;

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, *Obbligazioni e contratti* a cura di Grassetti, Padova, 1950;

PACCHIONI, *Trattato delle obbligazioni*, Torino, 1927;

PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*, Bologna, 2007;

PADOLECCHIA, *Nessun obbligo di annotazione degli atti di rinegoziazione dei mutui bancari*, in *Notariato*, 2008;

PANUCCIO, voce *Cessione dei crediti*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. VI, Milano, 1960;

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;

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, *Mutui bancari e cancellazione di ipoteche: novità del decreto legge Bersani bis*, in *Notariato*, 2007;

PINTO, *Mobile number portability*, in *Il nuovo diritto*, 2007;

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 regles tant du for de la conscience que du for extérieur*, Parigi, 1762;

PRESTI, *Annotazione per il subingresso ipotecario e fallimento del proprietario del bene*, in *Giur. comm.*, 1993;

PROSPERETTI, *Il pagamento con surrogazione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, vol. IX, Torino, 1984;

PUGLIATTI, voce *Acquisto del diritto*, in *Enc. Dir.*, I, Milano, 1958;

PUGLIATTI, *Il rapporto giuridico unisoggettivo*, in *Diritto civile. Metodo, teoria, pratica. Saggi*, Milano, 1951;

RAVAZZONI, *Le ipoteche*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu- Messineo-Mengoni continuato da Schlesinger, Milano, 2006;

RAZZINO, *Il prestito ipotecario vitalizio (reverse mortgage)*, in *Notiziario CNN* del 7 marzo 2006;

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 *Novazione (dir. civ.)*, in *Novissimo Digesto Italiano* vol. XI, Torino, 1965;

RISPOLI-FARINA, voce *Mutuo di scopo*, in *Dig. disc. priv.*, vol. XI, 1994;

ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato* Iudica – Zatti, Milano, 2001;

ROPPO, *Il contratto del Duemila*, Torino, 2011;

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;

RUBINO, *Le annotazioni ipotecarie ex art. 2843 codice civile*, in *Riv. dir. ipot.*, 1959;

RUFFOLO, *Condizioni generali di contratto, clausole vessatorie e contratto concluso mediante moduli e formulari*, in *Clausole “vessatorie” e “abusive”: gli artt.1469-bis ss. cc. e i contratti col consumatore*, Milano 1997;

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;

SAINTE-ROSE, *Une Chambre mixte se prononce sur la nature du cautionnement réel*, in *Recueil Dalloz*, 2006;

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;

SCALAMOGNA, *Euroipoteca, lo strumento per armonizzare il mercato ipotecario europeo?*, *Congresso nazionale del Notariato*, Pesaro, 18-21 settembre 2005;

SCHIAVONE, *L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, 2005;

SCHWERTFEGER, *Der Hypothekarkredit von A-Z*, 1985;

SESTA, *Le garanzie atipiche*, Padova, 1988;

SIMLER, *Transport des créances et autres droits incorporels*, en *JurisClasseur, Civil Code, Art. 1689 à 1695, fasc.10* ;

SIMLER, DELEBECQUE, *Les suretés. La publicité foncière*, Parigi, 2009;

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;

SOERGEL-STOECKER, *EU-Oesterweiterung und dogmatische Fragen des Immobiliarsachenrechts- Kausalitaet und Sicherungszweck*, in *Notarius International*, 2002;

STAEDLER, *Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch abstraction. Eine rechtsvergleichende Studie zur abstrakten und kausalen Gestaltung rechtsgeschäftlicher Zuwendungen anhand des deutschen, schweizerischen, österreichischen, französischen und US-amerikanischen Rechts*, Tübingen, 1996;

STOECKER, *The Euroypothec .Accessoriness as legal dogma?*, in *Mortgage Credit Foundation-Mortgage Bulletin*, 21/2005;

STARCK, LAURET, BOYER, *Les obligations. Tome III régime général*, 6° ed, LITEC;

TAMBURRINO, *Della tutela dei diritti. Delle ipoteche*, in *Commentario al codice civile*, Torino, 1976;

TASSINARI, *Portabilità del mutuo e surrogazione dopo l'articolo 8 del d.l. sulla concorrenza*, in CNN Notizie 30 gennaio 2007;

TEYSSIE, *La clause de résiliation et de résolution*, in *Cahiers de droit de l'entreprise*, 1975 ;

TESTA, *Le conseguenze del d.lgs. 141/2010 sui contratti di mutuo e sulle procedure di cancellazione delle ipoteche*, in *Immobili e proprietà*, 2010;

THERY, *L'hypothèque rechargeable*, in *Droit et Patrimoine*, 2007;

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;
- TUCCI, voce *Ipoteca (ipoteca mobiliare)*, in *Enc. giur. Treccani.*, XVII, Roma, 2001;
- 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;
- ZACCARIA, *Artt. 1201 ss.*, in *Commentario breve al codice civile*, a cura di Cian, Trabucchi, Padova, 2002;
- ZANELLI, *Considerazioni di interesse notarile in tema di ipoteca: flessibilità e altre innovazioni*, in *Contratto e impresa*, 1998;
- ZOPPINI, *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Bari-Roma, 2004.