



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PAVIA

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

**XXX° ciclo del corso di dottorato di ricerca in diritto privato,
diritto romano e cultura giuridica europea**

Tesi di dottorato di ricerca

**Portabilità del mutuo e surrogazione per volontà del debitore
*ex art. 1202 c.c.***

Dottoranda:

Silvia Cocco

Tutore:

Ch.mo Prof. Giovanni Stella

Anno accademico 2016/2017

Indice

INTRODUZIONE	1
1. LA PORTABILITA' DEL MUTUO	
1.1. Nozione e <i>ratio</i> applicativa	6
1.2. Ambito soggettivo di applicazione della fattispecie	17
1.3. Ambito oggettivo di applicazione della fattispecie	21
1.4. Natura giuridica della portabilità	24
1.5. Perfezionamento della fattispecie di portabilità del mutuo ..	30
1.6. Regime delle eccezioni opponibili al creditore surrogato ...	34
1.7. Nullità delle clausole contrarie	38
1.8. Responsabilità della banca originaria per il ritardo nella surroga	41
1.9. Le questioni poste dall'efficacia traslativa della surrogazione	
1.9.1. La sorte del nuovo contratto di mutuo	52
1.9.2. La forma dell'annotazione ipotecaria	55
1.9.3. L'efficacia dell'annotazione ipotecaria	58
1.9.4. Il consenso del terzo garante	68
1.10. Rinegoziazione del contratto di finanziamento	73
2. LA SURROGAZIONE PER PAGAMENTO	
2.1. Premessa: la differenza tra la surrogazione e il regresso ...	83
2.2. La disciplina della surrogazione	93
2.3. La natura giuridica del pagamento surrogatorio	
2.3.1. L'equiparazione alla cessione del credito	108
2.3.2. Il trapasso delle sole garanzie	113
2.3.3. La teoria del regresso legale	117

2.3.4. La teoria dell'espropriazione del credito per utilità privata	118
2.3.5. La teoria dell'estinzione relativa	119
2.3.6. La teoria della successione nel lato attivo del rapporto obbligatorio	125
2.4. La sorte degli accessori del credito	132

3. LA NOVAZIONE SOGGETTIVA

3.1. Premessa: la novazione dell'obbligazione	146
3.2. La novazione oggettiva e la portabilità.....	152
3.2.1. Il profilo strutturale della novazione	153
3.2.2. L' <i>animus novandi</i>	158
3.2.3. La <i>causa novandi</i>	160
3.2.4. L' <i>aliquid novi</i>	163
3.3. La novazione soggettiva	166
3.3.1. Cenni sulla novazione soggettiva passiva	168
3.3.2. La novazione soggettiva attiva e la portabilità.....	176

BIBLIOGRAFIA	191
---------------------------	-----

INTRODUZIONE

Alla base del presente elaborato vi è l'analisi della natura giuridica della portabilità dei mutui e il suo inquadramento nell'ambito della surrogazione per pagamento.

Si cerca di comprendere se l'istituto introdotto dall'art. 8 della L. 40/2007, modificato dalla L. 2/2009 e confluito nel TUB all'art. 120 quater, costituisca un'ipotesi di surrogazione per volontà del debitore o una nuova, quarta forma di surrogazione, considerato che il subentro del creditore surrogato avviene in genere a condizioni e termini diversi rispetto a quelli che regolavano il credito originario.

Le motivazioni che mi hanno spinto ad approfondire questo tema risiedono nell'importanza dell'istituto della portabilità, quale strumento utile, da una parte, a facilitare i rimborsi dei mutui, delle aperture di credito e degli altri contratti di finanziamento, e dall'altra parte, ad accrescere la concorrenza tra gli intermediari e l'efficienza del sistema bancario e finanziario.

L'obiettivo della mia ricerca è quello di proporre una soluzione alternativa rispetto all'utilizzo della surrogazione per pagamento, che possa rendere l'istituto della portabilità dei mutui maggiormente conveniente per tutti i soggetti coinvolti, ampliando la concorrenza del settore bancario e finanziario, e quindi consentendo ad ogni debitore di usufruire delle migliori condizioni di mercato per restituire il proprio debito.

La tesi è articolata in tre capitoli: nel primo capitolo si analizza la disciplina di cui all'art. 120 quater TUB, che riconosce la possibilità per colui il quale abbia precedentemente ottenuto un finanziamento di sostituire il proprio creditore – a prescindere dal suo consenso – con un altro soggetto che gli proponga un finanziamento a condizioni migliori o comunque

adeguate alle sue mutate esigenze, senza subire oneri o spese di qualsiasi natura e mantenendo l'ipoteca originariamente iscritta.

In particolare, si cerca di dimostrare come la novella del 2007 non abbia introdotto un nuovo istituto giuridico, bensì abbia fatto leva sul meccanismo della surrogazione per volontà del debitore disciplinata dall'art. 1202 c.c., che – come noto – consente al debitore di prendere a mutuo una somma di denaro destinandola al rimborso di un proprio debito, surrogando il mutuante nei diritti del creditore soddisfatto, anche a prescindere dal consenso di quest'ultimo.

Ai fini del perfezionamento dell'operazione di surroga, si richiede che il mutuo e la quietanza risultino da atto avente data certa, che nell'atto di mutuo sia indicata espressamente la specifica destinazione della somma mutuata, e che nella quietanza si menzioni la dichiarazione del debitore circa la provenienza della somma impiegata nel pagamento. La norma precisa che il creditore originario non può rifiutarsi di attestare tale dichiarazione nella quietanza.

Ecco quindi che, indipendentemente dalla volontà e dalla partecipazione del creditore originario, il terzo concede al debitore una somma di denaro col preciso fine del pagamento del debito.

L'art. 120 quater TUB ha cercato di potenziare il ricorso alla portabilità, e così di incentivare la trasferibilità dei finanziamenti, sancendo altresì la conservazione delle garanzie personali e reali annesse al vecchio finanziamento e la nullità di ogni patto, anche posteriore alla stipulazione del contratto, che impedisca o renda oneroso per il debitore l'esercizio della facoltà di surroga.

Dall'analisi della normativa emerge come il legislatore abbia preferito rimuovere i costi fiscali, notarili e bancari dell'operazione di surroga, senza modificare la disciplina prevista dall'art. 1202 c.c., nel senso di escludere la

possibilità per il debitore di opporre alla nuova banca le eccezioni che avrebbe potuto opporre alla banca originaria.

Un aspetto molto interessante della ricerca, che viene trattato nel secondo capitolo, è costituito dalla qualificazione della surrogazione per pagamento, che è stata oggetto di varie ricostruzioni, volte a spiegare come possa combinarsi l'effetto estintivo dell'obbligazione conseguente all'adempimento con la persistenza in capo al terzo surrogato dello stesso diritto di credito già spettante al creditore soddisfatto.

Dopo aver analizzato più attentamente la disciplina dell'art. 1202 c.c. e averne messo in luce le peculiarità rispetto alle altre due forme di surrogazione per pagamento, si avalla l'orientamento maggioritario che riconduce la surrogazione alle vicende traslative del credito.

Il legislatore, optando per la conservazione del rapporto obbligatorio e per la mera sostituzione del creditore originario – ormai soddisfatto – con il terzo, ha seguito un criterio di economicità e ha permesso – ad evidente vantaggio del creditore surrogato – che le garanzie di cui sia munito il credito restino immutate, conservando la data di costituzione e il loro grado.

Tuttavia, questa affermazione non può non comportare la possibilità per il debitore di opporre al nuovo creditore, surrogatosi nel rapporto obbligatorio, tutte le eccezioni che avrebbe potuto opporre all'originario creditore.

È evidente come ciò finisca con il compromettere il successo operativo della portabilità, perché i terzi mutuanti saranno meno invogliati a concedere un nuovo finanziamento se corrono il rischio di vedersi opposte dal debitore clausole ed eccezioni riguardanti il rapporto originario.

Per questo motivo, il terzo capitolo si concentra sull'indagine dell'istituto della novazione, ed in particolare sull'ammissibilità di una novazione soggettiva attiva come autonomo contratto atipico, ritenuta superflua dalla dottrina prevalente, stante l'esistenza degli istituti della cessione del credito e della surrogazione per pagamento.

Si cerca di dimostrare l'utilità della novazione soggettiva attiva, la quale – ove ritenuta ammissibile – produrrebbe conseguenze diverse rispetto a quelle derivanti dai citati istituti di carattere modificativo, destinati a realizzare la successione nel rapporto.

Invero, ai sensi dell'art. 1322 co. 2 c.c., le parti ben possono concludere contratti atipici, purché diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela.

È chiaro che l'istituto della novazione soggettiva attiva richiede la necessaria partecipazione del nuovo creditore, dovendo le parti manifestare espressamente l'intento di estinguere il rapporto precedente e di costituire un nuovo rapporto tra soggetti diversi.

La tesi qui sostenuta ritiene dunque che la volontà novativa delle parti, se inequivoca, produca di per sé novazione, senza la necessità che l'oggetto o il titolo della nuova obbligazione siano diversi dall'oggetto o dal titolo del rapporto precedente.

È sì vero che la successione è uno strumento più agile della novazione soggettiva per realizzare la modifica del soggetto del rapporto obbligatorio, ma questa non sempre risponde agli interessi delle parti, potendo nel singolo caso l'effetto novativo meglio attagliarsi alle esigenze dei contraenti.

Più precisamente, la prospettazione di una vicenda novativa del rapporto obbligatorio potrebbe rendere l'istituto della portabilità dei mutui molto più vantaggioso per i nuovi finanziatori, che vedrebbero scongiurato

il rischio di vedersi opposte dal debitore clausole ed eccezioni attinenti al precedente rapporto obbligatorio.

Le parti potranno ovviamente concordare anche una modificazione delle condizioni del contratto nonché il mantenimento delle garanzie del credito, come previsto dall'art. 1232 c.c., purché questo patto sia anteriore o contestuale alla novazione, altrimenti si tratterebbe di un accordo con oggetto inesistente, stante l'automatico prodursi dell'effetto estintivo e delle sue conseguenze.

1. LA PORTABILITA' DEI MUTUI

1.1. Nozione e *ratio* applicativa

L'art. 8 del decreto legge 31 gennaio 2007 n. 7 (c.d. decreto Bersani bis), convertito dalla legge 2 aprile 2007 n. 40, ha riconosciuto la possibilità per colui il quale abbia precedentemente ottenuto un finanziamento¹ di sostituire il proprio creditore – a prescindere dal suo consenso – con un altro soggetto che gli proponga un finanziamento a condizioni migliori, senza subire oneri o spese di qualsiasi natura e mantenendo l'ipoteca originariamente iscritta².

È bene precisare che – anche prima della riforma – era possibile, almeno in teoria, trasferire le operazioni di finanziamento ad altri istituti di credito. E ciò mediante lo strumento della cessione del contratto³, con eventuale modifica del contenuto del rapporto, oppure in forza della surrogazione per volontà del debitore⁴.

¹ Secondo P. SIRENA, *La «portabilità del mutuo» bancario o finanziario*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 449, può avvalersi dell'istituto della portabilità del mutuo pure l'accollante, quand'anche la banca o l'intermediario finanziario non abbia aderito all'accollo: “*premesso che, [...], la facoltà di cui si tratta spetta al debitore, si deve [...] rilevare che l'accollante diviene debitore in virtù del solo accordo con l'accollato, in quanto l'adesione del creditore non condiziona tale effetto giuridico, ma ai sensi dell'art. 1273 co. 1 c.c., vale solo a rendere irrevocabile la stipulazione a suo favore*”. Sebbene tale estensione sia vista con favore, non è però ritenuta ammissibile alla luce del vigente dettato normativo da P. L. 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, tit. cred.*, Suppl. al n. 5/2007, p. 43. In generale sull'accollo v. C.M. BIANCA, *L'obbligazione*, in *Diritto civile*, 4, Giuffrè, Milano, 1993, p. 675 ss.

² Si veda G. CASSANO, *Il mutuo – il sistema delle tutele*, CEDAM, Padova, 2009, p. 691 ss.; F. TASSINARI, *Portabilità del mutuo e surrogazione dopo l'art. 8 del D.L. sulla concorrenza (c.d. Bersani-bis)*, in *Segnalazioni di novità normative del notiziario del CNN*, 30 gennaio 2007, p. 3; P. 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*, I quaderni della fondazione italiana del notariato, reperibile in www.elibrary.fondazione-notariato.it, ultimo accesso il 25 agosto 2016; D. FARACE, *Portabilità del mutuo e atto di surrogazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, p. 615 ss.

³ V. in generale R. CLARIZIA, *La cessione del contratto*, Artt. 1406-1410, in *Cod. civ. Comm.*, fondato da P. SCHLESINGER, diretto da F. D. BUSNELLI, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 2005; A. M. BENEDETTI, *La cessione del contratto*, in *Il diritto privato oggi*, a cura di P. CENDON, Giuffrè, Milano, 1998; A. LEPRI, *La forma della cessione del contratto*, CEDAM, Padova, 1993. C.M. BIANCA, *Il contratto*, in *Diritto Civile*, 3, Giuffrè, Milano, 2000, p. 716, precisa che “*le modifiche al contenuto del rapporto sono infatti pur sempre compatibili con l'intento dei contraenti di tenere fermo il rapporto originario, fatta eccezione per le parti espressamente modificate*”.

⁴ Cfr. E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, 2, Giuffrè, Milano, 1955, p. 22 ss.; O. BUCCISANO, *La surrogazione per pagamento*, Giuffrè, Milano, 1958; B. CARPINO, *Del pagamento con*

Ciononostante, nella prassi tali operazioni venivano realizzate raramente sia per l'ostruzionismo delle banche sia per la resistenza degli stessi clienti.

L'atteggiamento ostile delle banche derivava essenzialmente da ragioni economiche, considerato che il rischio di credito è molto più elevato all'inizio del rapporto, mentre diminuisce in seguito. Mancava, pertanto, un incentivo a separarsi dal cliente proprio nel momento in cui l'operazione procedeva verso la sicurezza del recupero dell'esborso e del profitto.

Inoltre, i contratti di finanziamento spesso prevedevano il beneficio del termine di adempimento a favore del creditore, impendendo così al debitore di adempiere prima della scadenza, e quindi di ricorrere al meccanismo della surrogazione.

L'utilizzo di questo istituto era ostacolato anche dal fatto che i contratti ben potevano includere clausole che precludevano la possibilità di estinzione anticipata, al fine di garantire alla banca di conseguire il profitto derivante dalla durata inizialmente concordata dell'operazione di finanziamento.

A ciò si aggiunga che, nel caso in cui il debitore fosse fallito, la banca originaria rischiava di subire, dopo aver perso con la surrogazione la garanzia ipotecaria, la dichiarazione di inefficacia del pagamento anticipatamente ricevuto o da parte del curatore fallimentare *ex art. 65 l. fall.* o da parte dei creditori del debitore *ex art. 2901 c.c.*⁵

surrogazione, in *Comm. cod. civ.*, V. SCIALOJA-G. BRANCA, a cura di F. GALGANO, Libro IV, *Delle obbligazioni*, Art. 1201-1205, Zanichelli-Soc. ed. del Foro it., Bologna-Roma, 1988. S. VIOTTI, *I nuovi strumenti giuridici di modifica dei contratti di mutuo*, in *Giur. merito*, 2008, p. 3093, sostiene che la disposizione sulla portabilità sia una superfetazione rispetto alla disciplina della surrogazione per volontà del debitore, alla quale fa peraltro esplicito riferimento.

⁵ FAUSTI, *Anticipata estinzione e portabilità dell'ipoteca (articoli 7, 8 e 8-bis della legge 2 aprile 2007 n. 40)*, cit., p. 36, lamenta che la normativa sulla portabilità nulla disponga con riguardo a questo specifico problema.

Dal canto loro, i clienti non avevano nessun interesse ad adempiere anticipatamente il debito con conseguente surrogazione del nuovo creditore, atteso che i medesimi avrebbero dovuto farsi carico delle spese dell'operazione.

Sul versante tributario non è poi mai stato certo se l'operazione di surroga comportasse aggravii fiscali sia con riferimento alla perdita degli speciali benefici (si pensi a quelli connessi ai mutui per l'acquisto della prima casa) sia con riferimento al rischio di dover pagare sull'operazione una nuova imposta sostitutiva o altre imposte⁶.

Con il d.l. n. 7/2007 il legislatore ha così voluto facilitare i rimborsi dei mutui, delle aperture di credito e degli altri contratti di finanziamento, nonché promuovere la concorrenza e la mobilità dei creditori⁷.

L'intervento normativo si inserisce in una prospettiva di *law & economics*, nella quale il contratto – che deve essere considerato all'interno del mercato concorrenziale – consente il raggiungimento del benessere sociale, fine ultimo dell'intervento pubblico nell'economia *ex art. 41 Cost*⁸.

È bene sottolineare che la novella del 2007 non ha introdotto un nuovo istituto giuridico, ma ha fatto leva sul meccanismo della surrogazione per volontà del debitore disciplinata dall'art. 1202 c.c., che consente al debitore

⁶ Cfr. A. GENTILI, *Teoria e prassi nella portabilità dei contratti di finanziamento bancario*, in *I contratti*, 2007, p. 466; S. BOSCO, *Portabilità e rinegoziazione dei mutui*, in *Giur. merito*, 2010, pp. 266-267. Si veda anche A. BUSANI, *La portabilità dell'ipoteca: tecnica redazionale*, in *Il contributo del notariato per l'attuazione delle semplificazioni in tema di mutui ipotecari*, I quaderni della fondazione italiana del notariato, reperibile in www.elibrary.fondazione-notariato.it, ultimo accesso il 27 agosto 2016.

⁷ Il legislatore italiano ha recepito l'esigenza manifestata dalla Commissione Europea nel Libro bianco del 18 dicembre 2007 sull'integrazione dei mercati del credito ipotecario nell'UE [COM(2007) 807 definitivo - non pubblicato nella Gazzetta ufficiale], che nel par. 3.4 afferma: “*la mobilità dei clienti e la propensione dei consumatori a passare da un erogatore di mutui ipotecari all'altro può influenzare il livello della concorrenza nel mercato. La Commissione desidera agevolare la mobilità dei clienti garantendo che i consumatori che tentano di cambiare l'erogatore del mutuo non siano ostacolati o dissuasi dal farlo dalla presenza di ostacoli giuridici o economici ingiustificabili*”.

⁸ Cfr. V. LEMMA, *sub art. 120 quater, Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da F. CAPRIGLIONE, III, 3^a ed., CEDAM, Padova, 2012, pp. 1783-1784. L'A. considera ormai superata l'opinione di BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 27 secondo cui “*il contratto è un fenomeno giuridico distinto rispetto alla sottostante operazione economica*”.

di prendere a mutuo una somma destinandola al rimborso di un proprio debito, surrogando il mutuante nei diritti del creditore soddisfatto, anche a prescindere dal consenso di quest'ultimo⁹.

In particolare, è stato previsto che il meccanismo della surrogazione si applichi pure nei casi in cui il debito da pagare non sia esigibile o il termine di adempimento sia previsto a favore del creditore, non potendo l'originario finanziatore opporre al pagamento – che è condizione per l'operatività dell'istituto – il proprio interesse a condurre a termine l'operazione per ottenere il profitto atteso (art. 8 co. 1).

In tali ipotesi il debitore può, a prescindere da ogni diversa pattuizione concordata con il creditore, rimborsare il debito contratto utilizzando, nel rispetto dei presupposti di cui all'art. 1202 c.c., la somma ricevuta a mutuo da un altro creditore e surrogando quest'ultimo nei diritti del primo creditore¹⁰.

La norma circoscrive dunque l'autonomia negoziale delle parti favorendo la posizione del debitore, ma solo limitatamente alla fase del rifinanziamento. Qualora il rimborso avvenga secondo lo schema di cui all'art. 1202 c.c., si prevede sempre un termine di adempimento a favore del debitore, in deroga all'art. 1184 c.c. e, per quanto concerne i mutui onerosi, all'art. 1816 c.c. Tuttavia, per le altre ipotesi di rimborso, le eventuali pattuizioni legittimamente concordate tra le parti in ordine al termine di adempimento risultano pienamente opponibili al debitore.

⁹ Cfr. GENTILI, cit., p. 464, secondo il quale il legislatore ha voluto restituire agli utenti dei servizi di credito la possibilità – solo teorica fino alla novella di cui alla L. n. 40/2007 – di pagare anzitempo un proprio debito attraverso un nuovo finanziamento, surrogando il nuovo creditore nella stessa posizione di quello precedente.

¹⁰ Cfr. A. 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, p. 469 ss. Secondo l'A. “sembra [...] di poter scorgere nelle intenzioni del legislatore la possibilità, per coloro che hanno accesso al credito, di ristrutturare la propria posizione debitoria contraendo un nuovo debito e rimborsando quello o quelli già esistenti, consentendo ai nuovi creditori di subentrare nelle garanzie già concesse a favore dei creditori soddisfatti e beneficiare delle medesime agevolazioni fiscali concesse a fronte del negozio di finanziamento oggetto di rimborso”.

Il legislatore ha cercato di potenziare il ricorso alla portabilità, e così di incentivare la trasferibilità dei finanziamenti, sancendo altresì la conservazione delle garanzie personali e reali connesse al vecchio finanziamento (art. 8 co. 2)¹¹ e la nullità di ogni patto, anche posteriore alla stipulazione del contratto, che impedisca o renda oneroso per il debitore l'esercizio della facoltà di surroga (art. 8 co. 3).

È stato infine garantito il mantenimento dei benefici fiscali che accedono al finanziamento originario (art. 8 co. 4)¹² e un trattamento fiscale di favore sulla surrogazione tramite l'esonero dall'imposta sostitutiva e da ogni altra imposta (art. 8 co. 4 bis).

La *ratio* dell'intervento riformatore è ancora più evidente nella legge n. 40 del 2007, di conversione del citato decreto legge n. 7/2007, la quale – nel confermarne l'impostazione – reca talune modifiche di rilievo.

Più precisamente, questa legge chiarisce l'ambito di applicazione della disciplina, specifica la natura parziale della nullità prevista dall'art. 8 co. 3 e conferma la conservazione di tutti i benefici fiscali. In generale l'art. 8 bis della L. n. 40/2007 vieta di addebitare al cliente ogni costo di qualsiasi natura relativo ad adempimenti e comunicazioni previsti dalla nuova disciplina¹³.

Successivamente, la L. n. 244 del 2007 specifica, all'art. 8 co. 3 bis del d.l. n. 7/2007, che la surrogazione ivi prevista comporta “il

¹¹ Al riguardo, G. PETRELLI, *Portabilità dei mutui. Surrogazione per pagamento*, Aggiornamento al 13 luglio 2011, reperibile in www.gaetanopetrelli.it, p. 3, ultimo accesso il 27 agosto 2016, ritiene che il vantaggio della portabilità consista proprio nella possibilità di evitare l'iscrizione di una nuova ipoteca e la cancellazione della precedente con i relativi costi anche notarili.

¹² Tali benefici consistono nell'esenzione del secondo finanziamento non solo dalle imposte ordinarie, ivi compresa quella ipotecaria, ma anche da quella sostitutiva sull'erogazione del finanziamento. La conservazione dei benefici fiscali è stata confermata anche da Cass., sez. trib., 16 aprile 2008, n. 9931, in *Guida al diritto*, 2008, n. 23, p. 88, con nota di G. GRISI, *Un diritto riconosciuto dalla legge a favore dei soggetti finanziati*.

¹³ BUSANI, cit., afferma che il legislatore ha voluto accollare tutte le spese (comprese quelle notarili) alla nuova banca.

trasferimento del contratto di mutuo esistente, alle condizioni stipulate tra il cliente e la banca subentrante”.

Inoltre, viene previsto il divieto di imporre al mutuatario sia oneri bancari per le comunicazioni inerenti la portabilità sia penali con riguardo all'estinzione anticipata del precedente mutuo. La disposizione di cui al citato co. 3 bis vieta altresì l'imposizione di spese o commissioni a carico del cliente per la concessione del nuovo mutuo, per l'istruttoria e per gli accertamenti catastali, che si devono svolgere secondo procedure di massima collaborazione tra gli istituti di credito ispirate all'esigenza di riduzione dei tempi, degli adempimenti e dei costi connessi¹⁴.

La legge n. 244/2007 introduce infine la disciplina della “*ricontrattazione*”, intesa quale “*possibilità del creditore originario e del debitore di pattuire la variazione, senza spese, delle condizioni del contratto di mutuo in essere, mediante scrittura privata anche non autenticata*” (ora art. 120 quater co. 5 TUB).

L'art. 2 co. 1 bis della L. n. 2 del 2009, di conversione del d.l. n. 185 del 2008, ha eliminato tutti i costi notarili dell'operazione di surroga a carico del debitore.

In seguito, è intervenuto il d.lgs. n. 141 del 2010 che ha trasposto la disciplina relativa alla portabilità nel testo unico bancario (art. 120 quater d.lgs. n. 385 del 1993).

In particolare, con questo intervento normativo è stato inserito all'art. 120 quater TUB il comma settimo, che prevede la responsabilità del

¹⁴ Cfr. anche PETRELLI, cit., p. 9. SIRENA, *Alcuni problemi sistematici in materia di c.d. portabilità del mutuo bancario o finanziario*, cit., sostiene che la novella del 2007 abbia comportato – attraverso la drastica riduzione dei costi dell'operazione in esame – un eccesso di tutela del cliente, che non può non tradursi in un aumento dei tassi di interesse, e quindi in un risultato regressivo dal punto di vista sociale, posto che i mutui sono sì più sicuri e trasparenti, ma se li potranno permettere sempre meno cittadini. Si consideri infatti che “*i costi di un'operazione economica non possono sparire per volontà della politica, ma soltanto essere addossati ad una delle parti in gioco*”.

finanziatore originario in caso di ritardo nel perfezionamento dell'operazione di surroga¹⁵.

Si anticipa rispetto al prosieguo dell'esposizione che il decreto legge n. 70 del 2011 (c.d. decreto Sviluppo) ha ridotto l'ambito applicativo della portabilità¹⁶ e ha delimitato la responsabilità del finanziatore originario per il ritardo nell'operazione di surroga¹⁷.

Per completezza, si precisa che è stato di recente adottato il d.lgs. 21 aprile 2016 n. 72, in attuazione della direttiva 2014/17/UE, sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali. Questo intervento normativo estende la disciplina dell'art. 120 quater TUB anche ai contratti di credito ivi disciplinati e soprattutto vieta, a tutela del consumatore, in caso di surrogazione nel contratto di credito ai sensi dell'art. 120 quater TUB, la pattuizione della clausola con cui – fermo quanto previsto dall'art. 2744 c.c. – le parti concordano, “[...] *al momento della conclusione del contratto di credito, che, in caso di inadempimento del consumatore, la restituzione o il trasferimento del bene immobile oggetto di garanzia reale o dei proventi della vendita del medesimo bene comporta l'estinzione dell'intero debito a carico del consumatore derivante dal contratto di credito anche se il valore del bene immobile*

¹⁵ La versione originaria dell'art. 120 quater co. 7 TUB così prevedeva: “*Nel caso in cui la surrogazione di cui al comma 1 non si perfezioni entro il termine di trenta giorni dalla data della richiesta di avvio delle procedure di collaborazione da parte del mutuante surrogato 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 cause allo stesso imputabili*”.

¹⁶ È stata inserita la lett. a-bis) al co. 9 dell'art. 120 quater TUB, la quale precisa che la disciplina della portabilità si applica ai soli contratti di finanziamento conclusi da intermediari bancari e finanziari con persone fisiche o micro-imprese, come definite dall'art. 1 co. 1 lett. t) d.lgs. 27 gennaio 2010 n.11.

¹⁷ Secondo la nuova versione del comma settimo dell'art. 120 quater TUB, introdotta dal decreto Sviluppo, “*nel caso in cui la surrogazione di cui al comma 1 non si perfezioni entro il termine di trenta giorni lavorativi dalla data della richiesta al finanziatore originario di avvio delle procedure di collaborazione da parte del mutuante surrogato poste in essere a seguito dell'adozione da parte di quest'ultimo della delibera di mutuo, il finanziatore originario è tenuto a risarcire il cliente in misura pari all'uno per cento del debito residuo 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 cause allo stesso imputabili*”.

restituito o trasferito ovvero l'ammontare dei proventi della vendita è inferiore al debito residuo. [...]" (nuovo art. 120 quinquiesdecies TUB).

Da quanto premesso, emerge come il legislatore abbia preferito rimuovere i costi fiscali, notarili e bancari dell'operazione di surroga, senza modificare la disciplina prevista dall'art 1202 c.c., nel senso di escludere la possibilità per il debitore di opporre alla nuova banca le eccezioni che avrebbe potuto opporre alla banca originaria. Non sono inoltre state rimosse le incertezze riguardanti la valenza dichiarativa o costitutiva dell'annotamento – *rectius* annotazione – della surrogazione a favore del nuovo finanziatore rispetto alle altre formalità pubblicitarie annodate tra la data di iscrizione dell'ipoteca e il completamento dell'operazione di surroga, né è stato chiarito se occorra o meno il consenso degli eventuali terzi garanti nei casi in sia prolungata la durata del finanziamento originario¹⁸.

Malgrado ciò, l'introduzione del procedimento di portabilità è stata accolta con favore dalla Banca d'Italia, che ha ravvisato nell'istituto uno strumento utile per accrescere la concorrenza tra gli intermediari e l'efficienza del sistema bancario e finanziario. Anche le associazioni dei consumatori hanno salutato positivamente il meccanismo della portabilità, ravvisandovi la concreta possibilità per i mutuatari di conseguire migliori condizioni contrattuali, spostando senza oneri aggiuntivi il finanziamento presso un altro istituto di credito. Un effetto favorevole della nuova normativa è stato riscontrato pure dalle banche, soprattutto dagli istituti di credito più piccoli, che si sono visti riconoscere la possibilità di subentrare

¹⁸ SIRENA, *Alcuni problemi sistematici in materia di c.d. portabilità del mutuo bancario o finanziario*, cit.; FAUSTI, *Anticipata estinzione e portabilità dell'ipoteca (articoli 7, 8 e 8-bis della legge 2 aprile 2007 n. 40)*, cit., pp. 36-38.

in operazioni di finanziamento una volta superati i rischi di valutazione iniziali¹⁹.

Venendo all'analisi della disciplina normativa, vediamo come la nuova norma consenta al debitore di surrogare un nuovo mutuante nei diritti e nelle garanzie reali o personali del finanziatore originario sempre che il mutuo del nuovo finanziatore e la quietanza rilasciata dal creditore originario risultino da atto di data certa, che nell'atto del nuovo mutuo sia specificamente indicata la finalità di estinzione del vecchio finanziamento, dovendosi il nuovo mutuo qualificare come "di scopo", e che nella quietanza si menzioni la dichiarazione del debitore circa la provenienza dal nuovo mutuo della somma impiegata per il pagamento del vecchio finanziamento²⁰.

Si tratta di requisiti di efficacia finalizzati a rendere certo l'atto e a proteggere i terzi contro il rischio che il debitore ponga in essere una frode in collusione con il mutuante.

Il fulcro del procedimento è costituito dalla sottoscrizione da parte del debitore dell'atto di surrogazione, per il quale la legge, o meglio l'art. 2843 c.c., richiede, ai fini dell'annotazione, la forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata, da cui risulti il consenso del mutuatario a surrogare il nuovo mutuante nei diritti del precedente creditore.

Ai sensi dell'art. 120 quater co. 3 TUB, l'esercizio della facoltà di surroga da parte del debitore originario comporta il trasferimento del contratto alle condizioni stipulate tra il cliente e l'intermediario subentrante.

¹⁹ Cfr. CASSANO, cit., pp. 691 e 692.

²⁰ Per maggiori approfondimenti sul mutuo di scopo cfr. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, 15ª ed., ESI, Napoli, 2011, pp. 1155-1156; M. RISPOLI FARINA, voce *Mutuo di scopo*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XI, UTET, Torino, 1994, p. 559 ss.; S. GRASSANI, voce *Mutuo (Dir. civ.)*, in *Noviss. Dig. it.*, X, UTET, Torino, 1982, p. 1050.

L'obbligazione originaria non si estingue, ma opera una mera sostituzione del soggetto attivo del rapporto contrattuale, essendo questa l'interpretazione prevalente dell'art. 1202 c.c.

Seppur sia di scarsa ricorrenza nella pratica, la dottrina reputa ammissibile anche il ricorso alla surrogazione parziale di cui all'art. 1205 c.c. nell'ipotesi in cui il debitore si avvalga di detta facoltà solo per una parte del proprio credito²¹.

Questa norma consente di estendere l'ambito di applicazione della surrogazione a favore del terzo anche all'ipotesi in cui il creditore originario non rifiuti la prestazione parziale, come previsto dall'art. 1181 c.c.

L'acquisto del terzo, in virtù del principio "*tanto si paga, tanto si è surrogati*", ha luogo in misura proporzionale all'entità del pagamento eseguito, con la conseguenza che surrogante e surrogato concorrono nei confronti del debitore in maniera paritaria, salva la possibilità di pattuire una ragione di preferenza a favore di uno di essi²².

Nell'ipotesi in cui il trasferimento riguardi solo una quota del credito, non si verifica una duplicazione del rapporto ipotecario, con l'esistenza di

²¹ Cfr. CASSANO, cit., p. 694; GIAMPIERI, cit., p. 475. In senso contrario, P. L. FAUSTI, *Ancora una crisi per i mutui ipotecari. Dall'analisi economica della "portabilità", all'analisi giuridica dei rapporti finanziari*, in *Il contributo del notariato per l'attuazione delle semplificazioni in tema di mutui ipotecari*, I quaderni della fondazione italiana del notariato, reperibile in www.elibrary.fondazione-notariato.it, ultimo accesso il 27 agosto 2016; ID., *Anticipata estinzione del mutuo e portabilità dell'ipoteca (articoli 7, 8 e 8 bis della legge 2 aprile 2007, n. 40)*, cit., pp. 57-58. Manifesta un'opinione contraria anche C. GATTONI, *La portabilità del mutuo e l'annotazione della surrogazione nell'ipoteca*, in *Il contributo del notariato per l'attuazione delle semplificazioni in tema di mutui ipotecari*, I quaderni della fondazione italiana del notariato, reperibile in www.elibrary.fondazione-notariato.it, ultimo accesso il 27 agosto 2016.

²² Cfr. A. FINESSI, *Frazionamento volontario del credito e obbligazione plurisoggettiva*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 109 ss.; L. CASERTANO, *Delle Obbligazioni*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. GABRIELLI, a cura di V. CUFFARO, Art. 1173-1217, I, 2012, UTET, Torino, p. 735, specifica che la disciplina di cui all'art. 1205 c.c. può essere derogata dalle parti, le quali "*possono [...] accordarsi e prevedere che una di esse debba essere preferita dal debitore, e ciò anche nell'ipotesi di una pluralità di terzi surrogati*".

due ipoteche di pari grado, ma l'ipoteca – in forza del principio di indivisibilità – garantisce ciascun creditore per l'intero proprio credito²³.

In tale fattispecie il creditore originario, parzialmente surrogato, potrebbe essere pregiudicato in caso di incapienza della garanzia ipotecaria accessoria al credito, posto che *“se il pagamento è parziale, il terzo surrogato e il creditore concorrono nei confronti del debitore in proporzione di quanto è loro dovuto”* (art. 1205 c.c.).

Per prevenire tale eventualità, occorre che il creditore originario acconsenta al pagamento parziale con surrogazione in ossequio all'art. 1181 c.c., il quale attribuisce al creditore il diritto di rifiutare l'adempimento parziale anche se la prestazione è divisibile, salvo che gli usi o la legge dispongano diversamente.

Dal momento che è richiesto il consenso del creditore, le parti del contratto originario potrebbero legittimamente inserire una clausola contrattuale che vieti espressamente al debitore di avvalersi dell'istituto della portabilità per effettuare un rimborso parziale del debito²⁴.

Sebbene non sia espressamente disciplinato, si ritiene che il creditore originario possa anche accettare una somma inferiore al valore del debito residuo. In tal caso, è sufficiente che la quietanza contenga una

²³ A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da CICU-MESSINEO-MENGONI, continuato da SCHLESINGER, Giuffrè, Milano, 2006, p. 362, nota 102, afferma che *“[...] opera solo una modificazione della parte creditrice del rapporto ipotecario, che, per il resto, non cambia in alcun modo; verificandosi all'uopo, una comunione del diritto di credito e conseguente garanzia ipotecaria”*. Tuttavia, secondo A. CHIANALE, *L'ipoteca*, I diritti reali, 6, in *Tratt. di dir. civ.*, diretto da R. SACCO, 2ª ed., UTET, Torino, 2010, p. 71, *“se [...] il credito garantito si divide tra più soggetti, ciascun creditore viene garantito per la propria quota dell'intero bene ipotecato: si osserva che, in teoria, in questa ipotesi l'originaria ipoteca si divide in tante distinte ipoteche quante sono le quote del credito, aventi tutte il medesimo grado e la medesima somma di iscrizione. Ciascun creditore può allora espropriare l'intero bene per soddisfarsi della propria quota di credito”*. Nello stesso senso D. RUBINO, *L'ipoteca*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.*, diretto da CICU-MESSINEO, XIX, Giuffrè, Milano, 1956, p. 97, il quale precisa che la divisione della garanzia in tante distinte ipoteche *“nulla ha a che vedere con l'indivisibilità nel senso dell'articolo 2809, che permane immutata quanto al credito e all'oggetto, continuando ogni singola ipoteca a vincolare l'intero bene, e tutte le sue singole parti se poi viene diviso, o se la quota garantita diminuisce o si fraziona ulteriormente”*.

²⁴ GIAMPIERI, cit., p. 475.

dichiarazione di remissione di una parte del debito a favore del debitore, il quale adempie mediante la somma ricevuta dal nuovo finanziatore²⁵.

È bene fare un'ultima precisazione sulla possibilità di applicazione della disciplina della portabilità anche ai contratti stipulati anteriormente all'entrata in vigore del decreto legge sulle liberalizzazioni. In assenza di una norma transitoria, autorevole dottrina non ha rinvenuto ostacoli all'applicazione retroattiva della nuova normativa anche ai contratti già stipulati e in corso di esecuzione al momento dell'entrata in vigore della stessa²⁶.

1.2. Ambito soggettivo di applicazione della fattispecie

La dottrina che ha studiato la disciplina introdotta dal decreto Bersani bis si è da subito interrogata su quale fosse il campo di applicazione dell'art. 8, dato che la norma nulla prevede in ordine ai soggetti destinatari. In particolare, alcuni autori hanno ritenuto che la normativa sulla portabilità potesse applicarsi solo ai consumatori, mentre altri studiosi hanno ricompreso entro i confini dell'art. 8 tutti i soggetti finanziati²⁷.

La questione è sorta perché, nella versione definitiva del decreto (e poi nella legge di conversione n. 40 del 2007), la collocazione dell'art. 8 è mutata, passando dal Capo II, dedicato alle “*Misure urgenti per lo sviluppo*

²⁵ Cfr. LEMMA, cit., p. 1789. L. MARTONE, *La surrogazione per pagamento*, in *Le modificazioni soggettive del rapporto obbligatorio, Nuova giurisprudenza di diritto civile e commerciale*, a cura di F. BOSETTI, UTET, Torino, 2010, p. 434, ritiene inammissibile una surrogazione dell'intero credito a fronte di un pagamento solo parziale perché “[...] ciò inficerebbe l'asserito principio di corrispondenza fra pagamento e surrogazione, del rimborso, o della legalità stretta della surrogazione, ovvero sarebbe fraudolento nei riguardi degli altri creditori”. Nello stesso senso CARPINO, *Del pagamento con surrogazione*, cit., pp. 139-140, secondo cui i privati non possono ricollegare ad un pagamento parziale l'acquisto dell'intero credito, ma è il pagamento che determina la misura della surrogazione, con la conseguenza che il surrogato acquista il credito nella misura del pagamento. Ad avviso dell'A. si potrà al più ritenere operante, per la parte non soddisfatta, una cessione del credito al terzo.

²⁶ Cfr. GENTILI, cit., p. 470; TASSINARI, cit., p. 8; FAUSTI, *Ancora una crisi per i mutui ipotecari. Dall'analisi economica della “portabilità”, all'analisi giuridica dei rapporti finanziari*, cit.; ID., *Anticipata estinzione del mutuo e portabilità dell'ipoteca (articoli 7, 8 e 8 bis della legge 2 aprile 2007, n. 40)*, cit., p. 55. Nega l'efficacia retroattiva della disposizione BOSCO, cit., p. 268.

²⁷ Ai sensi dell'art. 3 co. 1 l. a) d.lgs. 206/2005, è consumatore “la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta”.

imprenditoriale e la promozione e la concorrenza”, al Capo I, dedicato invece alle “*Misure a tutela dei consumatori*”.

Una parte degli interpreti ha fatto leva su questo dato per negare l’applicabilità della disciplina della portabilità agli imprenditori²⁸.

Cionondimeno, è prevalsa l’interpretazione estensiva, ancorata al dato testuale della norma, che non contiene nessun riferimento ai consumatori, ma utilizza il più generico termine “*debitore*”, il quale può essere riferito a chiunque. Per contro, in altre norme, quali gli artt. 1-5, il decreto Bersani bis ha utilizzato espressamente il termine consumatore²⁹.

Secondo autorevole dottrina, invero, anche laddove il decreto Bersani bis faccia espresso riferimento ai consumatori (es. art. 5), esso in realtà si rivolge non solo ai consumatori nei loro rapporti con professionisti, ma più in generale a tutti i clienti che acquistano beni o servizi da imprese operanti in determinati settori di mercato, quali quello bancario per quanto qui di interesse³⁰.

Inoltre, avendo il legislatore inteso favorire lo sviluppo e la competitività del mercato finanziario, la letteratura prevalente ha ritenuto più compatibile con la *ratio* della disciplina ricomprendere nell’ambito applicativo della portabilità anche i soggetti svolgenti attività imprenditoriale³¹. Si consideri poi che le asimmetrie informative e gli

²⁸ Cfr. FAUSTI, *Anticipata estinzione del mutuo e portabilità dell’ipoteca (articoli 7, 8 e 8 bis della legge 2 aprile 2007, n. 40)*, cit., p. 48.

²⁹ A sostegno dell’interpretazione estensiva cfr. SIRENA, *La «portabilità del mutuo» bancario o finanziario*, cit., p. 457; GIAMPIERI, cit., p. 471; BOSCO, cit., p. 278; E. 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*, I quaderni della fondazione italiana del notariato, reperibile in www.elibrary.fondazione-notariato.it, nota 4, ultimo accesso il 27 agosto 2016.

³⁰ Cfr. V. ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul «terzo contratto»)*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, pp. 686-687.

³¹ Cfr. CASSANO, cit., p. 704; GIAMPIERI, cit., p. 471; SIRENA, *La «portabilità del mutuo» bancario o finanziario*, cit., p. 457; A.A. DOLMETTA, *Questioni sulla surrogazione per volontà del debitore ex art. 8 legge n. 40/2007 (c.d. portabilità del mutuo)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, p. 404, evidenzia l’identità di *ratio* tra la disciplina della portabilità e quella della surrogazione di cui all’art. 1202 c.c., in quanto la norma codicistica “*trae origine, secondo quanto si tramanda, da un editto del 1609 di Enrico IV: scesi sensibilmente i tassi delle rendite, i debitore non riuscivano a «sostituire» i rapporti in essere con altri*

squilibri di forza contrattuale ben possono colpire anche certi professionisti.

Questa esigenza di tutela può essere considerata un valore generale dell'ordinamento, ricollegabile all'utilità sociale che, ai sensi dell'art. 41 co. 2 Cost., giustifica il sacrificio della libertà di iniziativa economica³².

Nell'ottica di consentire l'ampliamento della concorrenza del settore bancario e finanziario è, quindi, pienamente giustificabile consentire ad ogni debitore di usufruire delle migliori condizioni di mercato per restituire il proprio debito senza che gli possano essere opposte eventuali clausole contrattuali finalizzate ad impedire o rendere più oneroso il rimborso³³.

Diversamente opinando, dovrebbero essere considerate lecite le clausole che escludono la facoltà di surroga *ex art. 1202 c.c.* per i soggetti diversi dai consumatori, a prescindere dalla loro onerosità. Ma ciò contrasterebbe, oltre che con il generale principio del *favor debitoris*, che connota l'intera disciplina della portabilità, anche con l'esigenza di incentivare lo sviluppo delle attività economiche e la nascita di nuove imprese.

A conferma della ricostruzione maggioritaria, sovviene quanto affermato dalle Istruzioni di Vigilanza della Banca D'Italia, con riguardo alla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari, secondo cui la definizione di cliente si riferisce a "*qualsiasi soggetto, persona fisica o*

più lievi, per l'opposizione manifestata dai vecchi creditori a consentire alla surrogazione; da ciò la «necessità» dell'editto reale».

³² A parere di BOSCO, cit., p. 269, è evidente l'influsso sulla nuova legge della politica comunitaria in materia di tutela del contraente debole. L'A. precisa come non si tratti tanto di una debolezza politico-sociale, quanto informativa e di forza contrattuale.

³³ GENTILI, cit., p. 465, reputa che l'intervento legislativo sia stato pensato con riferimento ai mutui prima casa, in cui rilevano "[...] *bisogni primari, debolezza della condizione socioeconomica e connotazioni di classe*". Tuttavia, secondo l'A. il provvedimento riguarda anche gli altri finanziamenti, e quindi non solo i consumatori, ma tutti gli utenti di servizi finanziari, compresi i professionisti che concludono operazioni di credito per finalità commerciali.

giuridica, che ha in essere un rapporto contrattuale o che intenda entrare in relazione con la banca”³⁴.

Meno chiara appare, invece, la posizione assunta dalla circolare n. 9/2007 dell’Agenzia del Territorio, emessa a seguito dell’entrata in vigore della normativa sulla portabilità³⁵. Ebbene, si fa qui riferimento al contraente-consumatore, senza specificare se tale accenno costituisca una qualificazione restrittiva dell’ambito soggettivo dell’art. 8 o, viceversa, se si tratti di un’espressione atecnica finalizzata ad inquadrare genericamente la categoria dei soggetti debitori che usufruiscono dei vantaggi offerti dalla nuova disciplina.

La questione è stata definitivamente risolta dall’art. 120 quater co. 9 l. a bis) TUB, inserito dal c.d. decreto Sviluppo (d.l. n. 70/2011 convertito in l. n. 106/2011), che si riferisce espressamente ai soli contratti di finanziamento conclusi da intermediari bancari e finanziari con persone fisiche o micro-imprese³⁶.

Autorevole dottrina ha criticato l’intervento legislativo del 2011, che si pone in controtendenza rispetto alla *ratio* della normativa originaria, diretta ad incentivare la concorrenza del mercato creditizio, e non solo a proteggere gli interessi dei soggetti più deboli. Questa modifica, infatti, si colloca in un’ottica anticoncorrenziale perché impedisce a taluni debitori – ed in particolare alle piccole e medie imprese – di sostituire sempre il

³⁴ Cfr. Circolare Banca d’Italia, 21 aprile 1999, n. 229, *Istruzioni di vigilanza per le banche*, 9° aggiornamento 25 luglio 2003, titolo X, cap. 1, sez. I, art. 3, reperibile in www.bancaditalia.it, p. 3, ultimo accesso il 3 agosto 2016.

³⁵ Cfr. Circolare Agenzia del Territorio, 21 giugno 2007, n. 9, prot. 49267, reperibile in www.agenziaentrate.gov.it, p. 4, ultimo accesso il 3 agosto 2016.

³⁶ La figura di micro-impresa rinvia a quanto stabilito dall’art. 2 co. 3 della Raccomandazione n. 2003/361/CE della Commissione, del 6 maggio 2003, richiamata dall’art. 1 co. 1 l. t) del d.lgs. 11/2010, di attuazione della direttiva n. 2007/64/CE sui servizi di pagamento. Ai sensi dell’art. 120 quater co. 9 TUB, “*si definisce microimpresa un’impresa che occupa meno di 10 persone e realizza un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiori a 2 milioni di euro*”. I due requisiti devono sussistere congiuntamente. A norma dell’art. 4 della Raccomandazione, i dati impiegati per calcolare il numero degli occupati e gli importi finanziari sono quelli riguardanti l’ultimo esercizio contabile chiuso e vengono calcolati su base annua.

proprio creditore con un altro finanziatore, approfittando della sopravvenuta disponibilità sul mercato bancario e finanziario di offerte più convenienti per rimborsare anticipatamente il capitale residuo, senza sostenere elevati costi transattivi³⁷.

1.3. Ambito oggettivo di applicazione della fattispecie

Al fine di favorire il più ampio ricorso all'istituto della portabilità, il legislatore ha accolto il suggerimento della dottrina più avveduta e ha esteso la possibilità di effettuare il pagamento con surroga a favore del nuovo finanziatore, oltre che ai debiti derivanti dai contratti di mutuo, anche a quelli derivanti dai contratti di apertura di credito, e più in generale ai debiti derivanti da tutti i contratti di finanziamento, purché concessi da una banca o da un altro intermediario finanziario³⁸. Inoltre, per effetto del co. 9 dell'art. 120 quater TUB, può trattarsi anche di finanziamenti concessi da enti di previdenza obbligatoria ai loro iscritti.

La locuzione “*contratti di finanziamento*” è espressione della volontà di inserire una categoria residuale che sia in grado di coprire non solo le ipotesi previste dal codice civile, ma ogni contratto (anche atipico³⁹) di facilitazione creditizia finalizzato all'estinzione di un precedente debito, purché detta destinazione sia espressamente indicata nel contratto. Si pensi a tutte le forme di finanziamento bancario quali l'apertura di credito, l'anticipazione bancaria, lo sconto dei crediti e il *factoring*⁴⁰.

³⁷ Cfr. LEMMA, cit., p. 1787, il quale sottolinea che, al di fuori dal ristretto ambito applicativo di cui all'art. 120 quater TUB, i soggetti finanziati possano comunque ricorrere alla surrogazione e alla rinegoziazione come disciplinate dalle regole di diritto comune, nel rispetto dei relativi oneri anche di natura fiscale.

³⁸ Cfr. GENTILI, cit., p. 467.

³⁹ Cass. 21 luglio 1998, n. 7116, in *Foro it. Rep.*, 1998, voce *Mutuo*, n. 8, ha riconosciuto la configurabilità, nel nostro ordinamento, di contratti di finanziamento atipici in virtù del principio dell'autonomia negoziale di cui all'art. 1322 c.c.

⁴⁰ LEMMA, cit., p. 1788, ritiene che debbano escludersi dall'ambito applicativo dell'art. 120 quater TUB i debiti derivanti dall'accettazione bancaria (forma di finanziamento indiretta basata sulla circolazione di un titolo di credito) e il credito documentario (strumento di pagamento in uso nella prassi del commercio

Prima dell'inserimento del co. 9 l. b) TUB, che ha escluso l'applicazione della disciplina della portabilità alla locazione finanziaria, autorevole dottrina ha ritenuto applicabile la disposizione in esame anche al contratto di c.d. leasing finanziario, in cui il locatore è il finanziatore che acquista il bene dal produttore anch'egli parte del rapporto. In forza dell'agevolazione creditizia offerta dal finanziatore, l'utilizzatore si serve di un determinato bene dietro la corresponsione di canoni periodici e ha il diritto potestativo di acquistare la proprietà dello stesso bene⁴¹.

Con riferimento alla prestazione del terzo surrogato, deve evidenziarsi che, a norma dell'art. 1202 c.c., la provvista dovrebbe derivare da un mutuo, ed in particolare da un mutuo di scopo, essendo previsto l'obbligo di indicare espressamente la specifica destinazione della somma mutuata.

Una parte degli interpreti, in considerazione del tenore letterale dell'art. 1202 c.c. e soprattutto dell'impiego del termine "*mutuante surrogato*" da parte dell'art. 8 co. 2 del decreto Bersani bis, ha ritenuto che il nuovo finanziamento possa essere soltanto un mutuo⁴².

Questa interpretazione non è stata accolta dalla dottrina prevalente, la quale ha valorizzato il dato letterale dell'art. 120 quater co. 3 TUB, che supera il modello codicistico nella parte in cui prevede che la surrogazione comporta "*il trasferimento del contratto, alle condizioni stipulate tra il cedente e l'intermediario subentrante*". Il nuovo contratto di finanziamento deve comunque soddisfare gli altri requisiti previsti dall'art. 1202 c.c., ma

internazionale). Per maggiori approfondimenti N. CORBO, *Autonomia privata e causa di finanziamento*, Giuffrè, Milano, 1990; R. CLARIZIA, *La causa di finanziamento*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1982, p. 580 ss.

⁴¹ Cfr. GIAMPIERI, cit., p. 470; GENTILI, cit., p. 467. Questi autori hanno affermato l'applicabilità della disciplina della portabilità alla locazione finanziaria, ferma restando l'impossibilità di subentrare nelle garanzie ipotecarie, in quanto la struttura del negozio postula il diritto di proprietà del bene concesso in godimento in capo alla società di leasing.

⁴² Cfr. CASSANO, cit., p. 702; FAUSTI, *Anticipata estinzione del mutuo e portabilità dell'ipoteca (articoli 7, 8 e 8 bis della legge 2 aprile 2007, n. 40)*, cit., p. 45, il quale ritiene che solo il mutuo, peraltro di scopo, possa essere utilizzato per ottenere il denaro sufficiente ad estinguere il vecchio debito.

ben può consistere in un'apertura di credito o in un altro contratto idoneo a fornire la provvista sufficiente a pagare anticipatamente il vecchio debito, surrogando il nuovo creditore nelle garanzie⁴³.

Come premesso, a prescindere dal tipo contrattuale in concreto utilizzato, è necessario che il nuovo finanziamento indichi espressamente la sua destinazione al soddisfacimento dell'originario creditore. Inoltre il suo importo non può superare quello del debito residuo – comprensivo di capitale e interessi, anche di mora – del cliente nei confronti della banca originaria, con la conseguenza che l'ipoteca originaria viene utilizzata per importi inferiori a quelli iniziali.

Nel caso in cui il nuovo mutuo eroghi una somma superiore a quella del debito residuo, il subingresso nel precedente contratto, per effetto della surrogazione, si ha solo fino a concorrenza del residuo perché l'istituto della portabilità può operare solo nei limiti dell'importo del debito rimanente nei confronti della banca o dell'intermediario finanziario che lo ha erogato.

Pertanto, la parte eccedente non potrà godere della copertura ipotecaria derivante dal finanziamento originario né potrà usufruire dei benefici fiscali previsti dal co. 8 dell'art. 120 quater TUB⁴⁴.

Al fine di garantire al mutuatario l'elargizione di una somma di denaro aggiuntiva, nella prassi spesso richiesta, alcuni istituti bancari prevedono la possibilità per il debitore di contrarre, contemporaneamente

⁴³ Cfr. GENTILI, cit., p. 467; DOLMETTA, cit., p. 403; LEMMA, cit., p. 1789.

⁴⁴ Cfr. A. FUSARO, *Variazioni in tema di garanzie autonome personali e reali: l'accessorietà dell'ipoteca come dogma in crisi?*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2011, p. 688, secondo cui la finanziabilità di una somma più elevata rispetto al capitale residuo viene esclusa nel nostro ordinamento in ossequio al principio dell'accessorietà della garanzia. SIRENA, *La «portabilità del mutuo» bancario o finanziario*, cit., p. 460, critica la scelta compiuta dal legislatore, che si è posto in controtendenza rispetto all'esperienza degli altri principali paesi europei e agli obiettivi dell'Unione Europea volti ad allentare il vincolo di accessorietà dell'ipoteca rispetto al credito garantito. E' critico sulla scelta di confermare l'accessorietà dell'ipoteca anche FAUSTI, *Anticipata estinzione e portabilità dell'ipoteca (articoli 7, 8 e 8-bis della legge 2 aprile 2007 n. 40)*, cit., p. 38. Per maggiori approfondimenti si veda CHIANALE, *L'ipoteca*, cit., p. 55 ss.

alla stipula del nuovo mutuo che realizza la surroga, un ulteriore finanziamento ipotecario garantito da un'ipoteca di secondo grado.

Se invece il debito originario è già tutto estinto, non è possibile riutilizzare l'ipoteca precedente, dal momento che la surrogazione presuppone il pagamento di un debito pregresso.

Gli ulteriori limiti del nuovo contratto di mutuo attengono alle caratteristiche dell'ipoteca, che deve restare invariata, altrimenti non si avrebbe una surrogazione in un'ipoteca esistente, ma una nuova ipoteca. Ecco quindi che non possono essere modificati né il bene concesso in garanzia né l'importo di iscrizione, in quest'ultimo caso a tutela di eventuali altri creditori del debitore successivi all'iscrizione ipotecaria⁴⁵.

La dottrina ritiene che il debitore e il nuovo creditore possano pattuire senza limiti modifiche agli elementi accessori del finanziamento, quali il tasso d'interesse, sia nella quantità che nel tipo, la periodicità delle rate, la durata dell'ammortamento, le commissioni bancarie, dal momento che tali modifiche sono connaturate alla stipula del nuovo contratto di finanziamento⁴⁶. Si ritiene comunque opportuno dare atto di queste variazioni nell'annotazione prevista dall'art. 2843 c.c. o in annotazioni contestuali e parallele⁴⁷.

1.4. Natura giuridica della portabilità

Non può tacersi l'ambiguità del tenore letterale dell'art. 8 del d.l. n. 7/2007, che non contiene un chiaro riferimento alla natura giuridica dell'istituto ivi disciplinato, ma parla in modo indifferente di

⁴⁵ FAUSTI, *Anticipata estinzione del mutuo e portabilità dell'ipoteca (articoli 7, 8 e 8 bis della legge 2 aprile 2007, n. 40)*, cit., p. 45.

⁴⁶ Cfr. PETRELLI, cit., pp. 6-7; BUSANI, cit.; FUSARO, *Variazioni in tema di garanzie autonome personali e reali: l'accessorietà dell'ipoteca come dogma in crisi?*, cit., p. 688.

⁴⁷ FAUSTI, *Anticipata estinzione del mutuo e portabilità dell'ipoteca (articoli 7, 8 e 8 bis della legge 2 aprile 2007, n. 40)*, cit., p. 46.

“*trasferimento del contratto alle condizioni stipulate tra il cliente e l’intermediario subentrante*”, di “*portabilità*” e di “*surrogazione*”.

La dottrina ha sin da subito fugato eventuali dubbi interpretativi, che avrebbero potuto originarsi dalla formulazione della norma, e ha ricondotto la portabilità nell’ambito di operatività della surrogazione per volontà del debitore di cui all’art. 1202 c.c., escludendo l’applicazione degli istituti della cessione del credito o della cessione del contratto⁴⁸.

A parte il richiamo letterale alla surrogazione per volontà del debitore, questa interpretazione trova conferma nell’incompatibilità del fenomeno della cessione con il mutamento dei contenuti del diritto o del contratto “*trasferiti*”.

Giova qui anticipare – pur rinviando per un maggior approfondimento al capitolo successivo – che la surrogazione, come noto, è una forma di successione nel diritto di credito, che determina il subingresso di un terzo nei diritti del creditore verso un debitore, per effetto dell’adempimento di un’obbligazione.

La funzione pratica della surrogazione è quella di assicurare al debitore il miglioramento delle condizioni del debito e al terzo mutuante il recupero della somma corrisposta, con la possibilità di avvalersi delle stesse azioni, privilegi e garanzie del creditore originario, anche con effetto contro i terzi garanti del debitore. Si vuole riequilibrare la situazione che si è venuta a creare a seguito del depauperamento del *solvens* e del conseguente arricchimento dell’*accipiens*⁴⁹.

L’istituto della portabilità rientra nella surrogazione per volontà del debitore di cui all’art. 1202 c.c., in quanto, indipendentemente dalla volontà

⁴⁸ Cfr. DOLMETTA, cit., p. 396; FARACE, cit., p. 618.

⁴⁹ Cfr. FINESSI, cit., p. 115; A. BARATTERI, *Surrogazione e portabilità dei mutui. Funzione, struttura, efficacia e validità delle fattispecie*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 33 ss. In giurisprudenza si veda Cass. 23 novembre 2004, n. 22057, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, p. 11.

e dalla partecipazione del creditore originario, il terzo concede al debitore una somma di denaro col preciso fine del pagamento del debito.

Come già evidenziato, il legislatore richiede, ai fini del perfezionamento dell'operazione di surroga, che il mutuo e la quietanza risultino da atto avente data certa, che nell'atto di mutuo sia indicata espressamente la specifica destinazione della somma mutuata, e che nella quietanza si menzioni la dichiarazione del debitore circa la provenienza della somma impiegata nel pagamento. Al riguardo, la norma precisa che il creditore originario non può rifiutarsi di attestare tale dichiarazione nella quietanza.

Il meccanismo surrogatorio consta, dunque, di due atti collegati, il mutuo e il pagamento, il cui collante è rappresentato dalla volontà del debitore. È infatti necessario che costui, oltre a pagare il debito utilizzando il denaro preso a mutuo, abbia contratto detto mutuo allo specifico scopo di effettuare il pagamento.

Non vi è un'opinione condivisa in dottrina circa la natura dell'atto con cui il debitore dichiara di surrogare il mutuante nei diritti del creditore.

Secondo un primo orientamento, la dichiarazione di surroga costituisce un elemento essenziale della fattispecie, per cui non può esserci surrogazione senza una dichiarazione del debitore in tal senso⁵⁰.

Al contrario, altra parte della dottrina ritiene che la dichiarazione di surroga non sia necessaria, essendo invece sufficiente il nuovo contratto di

⁵⁰ Cfr. A. MAGAZZÙ, voce *Surrogazione per pagamento*, in *Enc. dir.*, XLIII, Giuffrè, Milano, 1990, p. 1533, secondo cui “[...] sembra necessaria, oltre al pagamento, e come altro elemento della fattispecie, una espressa dichiarazione di surroga da parte del debitore, il quale potrebbe farla o nell'atto di mutuo, o almeno contemporaneamente al pagamento, e in tal caso insieme alla dichiarazione di provenienza della somma mutuata”.

finanziamento stipulato al fine di pagare il debito e l'impiego effettivo della somma allo scopo predeterminato⁵¹.

Pertanto, con l'espressione "*atto di surrogazione*", l'art. 120 quater co. 2 TUB potrebbe riferirsi sia ad un documento che racchiuda il mutuo e la quietanza previsti dall'art. 1202 c.c. sia ad un autonomo tipo di atto, distinto rispetto a quelli appena citati⁵².

Sembra da accogliere la seconda interpretazione perché il combinato disposto degli artt. 120 quater co. 3 e 161 co. 7 quater TUB fa riferimento ad un negozio autonomo di surrogazione, che deve comprendere anche, ma non solo, il contratto stipulato con il finanziatore surrogato e la quietanza rilasciata dal creditore originario. In particolare l'art. 161 co. 7 quater TUB prevede che "*[...] la quietanza, il contratto e l'atto di surrogazione sono presentati al conservatore al fine dell'annotazione*".

Sulla natura giuridica della surrogazione sono state proposte diverse tesi, le quali verranno analizzate compiutamente nel capitolo successivo.

Tuttavia, è bene sin da ora sottolineare che la dottrina e la giurisprudenza⁵³ prevalenti ritengono che il pagamento con surrogazione non determini l'estinzione dell'obbligazione originaria, ma solo una modifica di tipo soggettivo del rapporto obbligatorio, posto che, a seguito

⁵¹ Secondo CARPINO, *Del pagamento con surrogazione*, cit., p. 64, "*non è necessaria, 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, per pacifica ammissione, non è necessario siano simultanei, costituiscono l'insieme degli elementi necessari e sufficienti per il perfezionamento della fattispecie; l'effetto surrogatorio segue per virtù di legge, sulla base della designazione compiuta dal debitore. La volontà, di cui parla la rubrica dell'articolo, non è certo volontà negoziale; essa indica, da un lato il soggetto che prende l'iniziativa dell'operazione, dall'altro ha valore di fonte di qualificazione soggettiva dell'effetto*". Nello stesso senso F. VENOSTA, *Delle Obbligazioni*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. GABRIELLI, a cura di V. CUFFARO, Art. 1173-1217, I, 2012, UTET, Torino, p. 673.

⁵² Cfr. FARACE, cit., p. 622 ss., il quale ricostruisce le diverse tesi dottrinali sulla natura, negoziale (e in questo caso si discute se contrattuale o unilaterale) o non negoziale, della dichiarazione di surroga; BARATTERI, cit., p. 363.

⁵³ Cass. 20 settembre 1984, n. 4808, in *Foro it. Mass.*, 1985, c. 878; Cass. 31 gennaio 1979, n. 704, in *Giust. civ. Mass.*, 1979, I, p. 319; Cass. 18 marzo 1970, n. 731, in *Giust. civ. Mass.*, 1970, p. 402; Cass. 18 aprile 1969, n. 1250, in *Foro it. Mass.*, 1969, c. 369.

del pagamento, il surrogato subentra nella posizione giuridica del creditore originario soddisfatto, con la conseguente opponibilità, da parte del debitore, delle eccezioni che avrebbero potuto essere opposte al creditore originario⁵⁴.

Non si verificherebbe cioè un fenomeno soddisfacente del debito originario, rimanendo il debitore obbligato nei confronti del nuovo creditore. In sostanza il pagamento non estinguerebbe il credito in considerazione della conservazione del rapporto originario.

Autorevole dottrina evidenzia però che il subentro del creditore surrogato avviene in genere a condizioni e termini diversi – migliori o comunque adeguati alle mutate esigenze del debitore – rispetto a quelli che regolavano il credito originario⁵⁵.

Ciò si giustifica considerando la natura finanziaria delle obbligazioni che l'art. 120 quater TUB disciplina, atteso che, se il creditore surrogato fosse vincolato alle condizioni contrattuali pattuite dal creditore originario, si comprimerebbe in maniera eccessiva l'operatività della portabilità, svilendone o addirittura annullandone la funzione⁵⁶.

⁵⁴ Cfr. MAGAZZÙ, voce *Surrogazione per pagamento*, cit., p. 1523; CARPINO, *Del pagamento con surrogazione*, cit., pp. 13 e 62. Secondo BIANCA, *L'obbligazione*, cit., p. 361, "il pagamento dell'obbligazione non estingue l'obbligazione in via assoluta: la posizione del debitore rimane obiettivamente immutata ma il soggetto attivo è ora il terzo surrogato quale successore a titolo particolare nel credito. Conseguenza che il debitore può di massima opporre al nuovo creditore tutte le eccezioni opponibili al creditore originario. 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 surrogato". Allo stesso modo Cass. 30 marzo 1981, n. 1818, in *Giust. civ. Mass.*, 1981, I, pp. 694-695, seppur con riferimento alla surrogazione legale, ha affermato che "poiché la surrogazione legale di cui all'art. 1203 n. 3 c.c. importa il subingresso di un soggetto nella posizione giuridica di altro soggetto, con i diritti e le azioni si trasferiscono anche le eccezioni inerenti al diritto che forma oggetto della surrogazione. Da tanto consegue che i condebitori, nei cui confronti il debitore che ha adempiuto al debito comune fa valere il suo diritto alla surrogazione nel pagamento, possono opporre nei suoi confronti tutte le eccezioni opponibili al creditore in ordine all'esistenza e all'entità del debito". Questa impostazione viene accolta anche dalle Circolari dell'Agenzia del Territorio n. 9 del 21 giugno 2007, la quale precisa che "la surrogazione è una vicenda traslativa del credito", e n. 5 del 28 luglio 2008, che parla di "successione a latere creditoris".

⁵⁵ Cfr. GIAMPIERI, cit., p. 473.

⁵⁶ *Ivi*, p. 474.

Deve tuttavia ammettersi che nel pagamento surrogatorio ai sensi dell'art. 1202 c.c. il primo debito viene adempiuto, e pertanto – ferme restando le differenze esistenti tra la surrogazione e la novazione (nella surrogazione le garanzie vengono attribuite al *solvens*, mentre nella novazione si estinguono) – è lecito dubitare che possa parlarsi di “*trasferimento del credito*” nel momento in cui il primo creditore ottenga il pagamento di quanto a lui dovuto⁵⁷.

Questi dubbi spiegano perché la tesi della surrogazione di pagamento come modificazione del lato attivo del rapporto obbligatorio sia avversata da una parte – seppur minoritaria – della dottrina, ad avviso della quale è preferibile parlare di una vicenda estintiva del credito⁵⁸.

È stato infatti rilevato come sussista un'evidente differenza tra gli artt. 1201 e 1203 c.c., che possono agevolmente interpretarsi come una mera sostituzione dal lato attivo del rapporto, e l'art. 1202 c.c., caratterizzato invece dalla presenza di un nuovo contratto di mutuo, che non può non influire sul rapporto originario, producendo una vicenda estintivo-costitutiva⁵⁹.

A sostegno di questa tesi si pone la collocazione sistematica delle norme sulla surrogazione, poste in coda alla disciplina generale sul pagamento e non già a fianco delle ipotesi di c.d. modificazione soggettiva. Inoltre, si evidenzia che solo nella cessione il diritto trasferito non subisce

⁵⁷ Cfr. GATTONI, cit.

⁵⁸ Cfr. DOLMETTA, cit., p. 397; G. MUCCIARONE, *Sulla surroga nei finanziamenti bancari non perfezionati nel termine*, in *DbancaMercFin*, 2012, I, p. 760, nota 8, secondo cui “*per ammettere un trasferimento della posizione contrattuale, occorrerebbe immaginare che il secondo contratto di finanziamento (quello con il finanziatore subentrante), lungi dal costituire un nuovo rapporto, avrebbe l'efficacia di modificare il primo: il che, però, potrebbe avvenire solo dopo il completamento della surrogazione: sarebbe questa infatti a determinare il trasferimento del primo contratto; e prima della surroga che efficacia avrebbe il secondo contratto di finanziamento?*”.

⁵⁹ Secondo FAUSTI, *Anticipata estinzione del mutuo e portabilità dell'ipoteca (articoli 7, 8 e 8 bis della legge 2 aprile 2007, n. 40)*, cit., p. 38, “*se il debitore è ora tenuto ex mutuo, che senso ha ritenere che continui ad essere tenuto (si badi: per la stessa somma!), anche per un diverso titolo precedente?*”. Cionondimeno l'A. ritiene che non possa prescindere dal tenore testuale della norma, che sembra alludere ad una vicenda traslativa.

alcun cambiamento di contenuti. La surrogazione poi non svolge la funzione di circolazione del credito, propria della cessione, bensì agevola il recupero patrimoniale del terzo che ha effettuato il pagamento.

L'accoglimento della ricostruzione appena enunciata comporta che, una volta pagato il creditore originario, il diritto di credito si estingue, con la conseguenza che il credito del terzo surrogato verso il debitore è nuovo, o per meglio dire, diverso.

Su questo credito del terzo interverrebbe la legge per munire lo stesso delle garanzie e degli altri accessori propri dell'originario rapporto ormai estintosi a seguito dell'avvenuto adempimento.

Perciò, il debitore troverebbe regolato il suo obbligo solo dal nuovo rapporto che lo lega al terzo surrogato, come risulta integrato dalle addizioni derivanti dalla surrogazione.

1.5. Perfezionamento della fattispecie

In concreto, il perfezionamento del meccanismo della portabilità può realizzarsi in diversi modi.

La soluzione preferibile, al fine di assicurare la maggior sicurezza di tutte le parti, consiste nella sottoscrizione di un unico atto notarile contenente il mutuo, la quietanza e il negozio di surrogazione. E' in tal caso richiesta la contemporanea presenza della nuova banca, che eroga il nuovo finanziamento, del precedente creditore, il quale rilascia la quietanza esplicitando di aver ricevuto dal cliente la dichiarazione circa la provenienza della somma utilizzata per estinguere il finanziamento originario, nonché del debitore, che surroga la nuova banca con la vecchia⁶⁰.

⁶⁰ Cfr. PETRELLI, cit., pp. 6-7.

In forza della dichiarazione di surroga del debitore, le garanzie reali e personali, che assistevano il precedente finanziamento, si trasferiscono alla nuova banca a garanzia del nuovo mutuo.

È anche possibile che l'operazione si perfezioni con la stipulazione di due atti notarili, e cioè l'atto di finanziamento con il consenso alla surrogazione ed un separato atto di quietanza ad opera del precedente creditore.

Inoltre, il nuovo contratto di finanziamento può essere stipulato con una scrittura privata avente data certa, mentre un altro atto – contenente sia la quietanza sia la dichiarazione di surroga – può essere redatto per atto pubblico o scrittura privata autenticata.

Quest'ultima soluzione è la meno costosa ma anche la più insicura, perché priva il debitore e il creditore surrogato delle garanzie notarili in relazione al nuovo contratto di finanziamento, quali il controllo di legalità e la verifica della capacità, della legittimazione e dei poteri di rappresentanza delle parti. Inoltre viene meno la possibilità che il notaio dia informazioni e chiarimenti in ordine al contenuto dell'atto e alle eventuali clausole invalide.

Un ulteriore modo di perfezionamento della portabilità è dato dalla sottoscrizione di tre atti autonomi ma collegati tra loro in forza delle menzioni di cui all'art. 1202 c.c. Si pensi, invero, che l'ipoteca è trasferita a garanzia del nuovo mutuo, il quale è condizionato alla surrogazione nella garanzia. Non può invece parlarsi di collegamento negoziale con riferimento all'atto di quietanza, che non è un negozio giuridico, bensì, stante la sua natura confessoria, una mera dichiarazione di scienza⁶¹.

⁶¹ Cfr. FAUSTI, *Ancora una crisi per i mutui ipotecari. Dall'analisi economica della "portabilità", all'analisi giuridica dei rapporti finanziari*, cit. *Contra* FARACE, cit., 622, secondo cui l'accordo tra debitore e nuovo creditore non si presenta come negozio autosufficiente, tanto sotto il profilo della

La conseguenza più rilevante di questa affermazione è che i vizi di ciascun atto si ripercuotono sull'altro, trovando l'uno la propria ragione giustificativa nell'altro⁶².

Autorevole dottrina ha rilevato che la realizzazione dell'operazione alla stregua di tre atti distinti risulti essere poco conveniente per il nuovo creditore perché innalza enormemente il rischio di credito nel periodo iniziale fino al momento in cui la surrogazione diventa operante con l'acquisizione delle garanzie⁶³.

È stata così proposta una diversa ricostruzione che assicura al nuovo finanziatore di verificare che quanto mette a disposizione sia impiegato solo per il pagamento del debito preesistente e che, contestualmente, siano acquisite le garanzie che assistono il debito originario. Questa soluzione presuppone che il nuovo creditore non si limiti ad erogare la somma, ma realizzi egli stesso per il debitore il pagamento e la surrogazione⁶⁴.

In particolare, il nuovo finanziatore si sostituirebbe al debitore in virtù della previa stipula tra le parti di un mandato di adempiere e surrogarsi, valendosi dei mezzi finanziari messi a disposizione del cliente. Questo mandato, essendo conferito anche nell'interesse del mandatario, non sarebbe revocabile e non si estinguerrebbe per morte o sopravvenuta incapacità del mandante.

struttura, quanto sotto il profilo della funzione, ma rileva come patto normativo di rinegoziazione del finanziamento originario.

⁶² Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 2011, pp. 368-369.

⁶³ Cfr. GENTILI, cit., p. 468.

⁶⁴ Sostiene un'opinione opposta SIRENA, *La «portabilità del mutuo» bancario o finanziario*, cit., p. 459, ad avviso del quale l'adempimento deve essere compiuto dal debitore: "nel caso in cui sia il nuovo finanziatore ad effettuare tale adempimento, la «portabilità del mutuo» non può dunque verificarsi, non sussistendo appunto i presupposti della «surrogazione per volontà del debitore» di cui all'art. 1202 c.c.".

In tal modo, il nuovo creditore tutela il proprio interesse a realizzare la surrogazione eseguendo il pagamento in luogo del debitore, dichiarando la provenienza della somma impiegata ed ottenendo la quietanza⁶⁵.

Una volta che il debitore abbia manifestato la volontà di sostituire il precedente creditore con il nuovo finanziatore, costui potrà subentrare nelle garanzie del credito con la semplice formalità dell'annotazione della surrogazione attraverso la mera richiesta al conservatore resa dal debitore o per lui, sempre in base al mandato, dal nuovo finanziatore⁶⁶.

È bene notare come il vecchio creditore non possa opporsi all'adempimento da parte del nuovo finanziatore e tanto meno rifiutare la quietanza. Difatti, l'art. 1180 c.c. legittima il rifiuto solo sulla base dell'interesse del creditore all'adempimento personale, che nelle obbligazioni pecuniarie – come quelle in esame – non è presente⁶⁷.

Ai fini dell'annotazione dell'ipoteca ai sensi dell'art. 2843 c.c., l'intervento del notaio è indispensabile solo per l'atto di surrogazione, con cui il debitore – una volta ottenuta la quietanza – dichiara di attribuire alla nuova banca le garanzie che assistevano il vecchio contratto. Per la quietanza e per il mutuo, invece, è unicamente richiesta la forma scritta e la data certa, la quale non richiede l'autentica notarile, essendo sufficiente una scrittura privata registrata.

⁶⁵ GENTILI, cit., pp. 468-469, ritiene che “non sembrano realmente fruibili altri strumenti. Non la delegazione di pagamento, perché qui non ci si limita ad eseguire il pagamento alla scadenza e così estinguere l'obbligazione, bensì lo si anticipa per determinare la surrogazione. Non l'espromissione, perché il nuovo finanziatore somministra i mezzi, esegue il pagamento, ma non assume su di sé il debito. Né l'accollo, perché il nuovo creditore non si assume per conto proprio l'obbligazione di pagare il debito altrui, bensì la paga per conto del soggetto originariamente obbligato. Inoltre, nel nostro caso, l'approdo di tutta l'operazione vuol essere esattamente l'inverso di quello tipicamente proprio di queste alternative figure, in cui se il creditore soddisfatto libera il debitore originario, le garanzie connesse al credito si estinguono, salvo che chi le ha prestate consenta a mantenerle: va da sé che il nuovo creditore non voglia essere alla mercé del debitore o del suo garante”. Negli stessi termini BOSCO, cit., pp. 274-275.

⁶⁶ Nello stesso senso FAUSTI, *Ancora una crisi per i mutui ipotecari. Dall'analisi economica della “portabilità”, all'analisi giuridica dei rapporti finanziari*, cit.

⁶⁷ In ordine all'art. 1180 c.c., si veda GAZZONI, cit., p. 582 ss.

Tuttavia, si sottolinea che difficilmente le banche rinunceranno alla stipula del nuovo contratto di mutuo per atto pubblico o scrittura privata autenticata, in modo da poter disporre di una copia esecutiva *ex art. 474 c.p.c.* in caso di insolvenza del mutuatario (senza titolo esecutivo, infatti, il processo di espropriazione deve essere necessariamente preceduto da un'altra fase processuale, finalizzata ad accertare il credito e ad ordinarne al debitore il pagamento)⁶⁸.

1.6. Regime delle eccezioni opponibili al creditore surrogato

La dottrina discute se il debitore possa opporre al nuovo creditore, surrogatosi nel rapporto obbligatorio, tutte le eccezioni che avrebbe potuto opporre all'originario creditore, anche se non conoscibili.

È evidente che una soluzione affermativa al problema, come peraltro sostenuto dalla dottrina prevalente con riguardo all'art. 1202 c.c., finirebbe con il compromettere il successo operativo della portabilità⁶⁹.

Anche se questa questione sarà analizzata più specificamente nel capitolo successivo, giova ora sottolineare che, secondo letteratura prevalente, il debitore può opporre al nuovo creditore non solo le eccezioni relative alla validità del titolo originario, ma anche i fatti estintivi, modificativi e sospensivi del rapporto obbligatorio anteriori alla surrogazione, considerata l'efficacia traslativa della surrogazione⁷⁰.

⁶⁸ Cfr. CASSANO, cit., p. 707-708; BUSANI, cit.

⁶⁹ Cfr. TASSINARI, cit., p. 5, il quale sostiene che il nuovo creditore non corra il rischio di vedersi opposte le eccezioni relative al rapporto originario, in quanto questo si estinguerebbe a seguito dell'adempimento.

⁷⁰ Cfr. M. PROSPERETTI, *Il pagamento con surrogazione*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. RESCIGNO, *Obbligazioni e contratti*, I, 9, UTET, Torino, 1999, pp. 162-163, secondo cui "il surrogato deve ritenersi soggetto passivo di tutte le azioni ed eccezioni del debitore e soggetto attivo di tutte quelle attinenti alla posizione del creditore originario"; B. CARPINO, voce *Surrogazione (pagamento con)*, in *Noviss. Dig. it.*, XVIII, UTET, Torino, 1971, p. 964 ss.; MAGAZZÙ, voce *Surrogazione per pagamento*, cit., p. 1519 ss.; O. CAGNASSO, voce *Surrogazione per pagamento*, in *Enc. giur. Treccani*, XXX, Roma, 1993, p. 1 ss. In giurisprudenza, si veda Cass. 14 aprile 1988, n. 2960, in *Foro it.*, 1988, I, c. 2957; Cass. 20 settembre 1984, n. 4808, in *Foro it. Rep.*, 1984, voce *Obbligazioni in genere*, n. 24, pronunciata con riferimento

Una diversa corrente dottrinale sostiene, invece, l'inopponibilità delle eccezioni al nuovo creditore, in quanto il rapporto originario si estinguerebbe a seguito del pagamento del debito⁷¹.

Cionondimeno, anche ammettendo che il debitore non possa opporre le eccezioni relative all'originario rapporto contrattuale, in quanto questo si è ormai estinto, egli ben potrebbe opporre al nuovo creditore le eccezioni relative all'ipoteca, che gli è stata trasmessa in virtù del perfezionamento della surroga.

Più precisamente, il debitore potrà opporre l'eccezione di invalidità dell'iscrizione ipotecaria causata dalla nullità del negozio di concessione dell'ipoteca⁷² o dall'incertezza sui soggetti, sull'oggetto o sull'ammontare del credito ai sensi dell'art. 2841 c.c.⁷³. Egli non potrà, invece, opporre l'eccezione di invalidità dell'iscrizione ipotecaria causata dall'annullabilità del negozio di concessione dell'ipoteca, perché il comportamento del debitore, che ha dato impulso all'operare della surrogazione, ha integrato gli estremi della convalida tacita del negozio, che – ai sensi dell'art. 2824 c.c. – consolida l'efficacia dell'iscrizione ipotecaria⁷⁴.

all'art. 1201 c.c.; Cass. 22 maggio 1969, n. 1796, in *Giust. civ. Rep.*, II, 1969, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 432, p. 2599, statuisce che “*la surrogazione di cui all'art. 1203 n. 3 c.c. importa il subingresso di un soggetto nella posizione giuridica di un altro soggetto, con tutti i diritti e le azioni che attengono a quel determinato rapporto; ma con i diritti e con le azioni si trasferiscono anche le limitazioni, le decadenze, le prescrizioni e simili, inerenti al diritto che forma oggetto della surrogazione*”.

⁷¹ Cfr. FAUSTI, *Ancora una crisi per i mutui ipotecari. Dall'analisi economica della “portabilità”, all'analisi giuridica dei rapporti finanziari*, cit. A parere di BUSANI, cit., dal momento che quasi tutte le eccezioni opponibili dal debitore alla nuova banca e relative al precedente rapporto sono rinunciabili, nel nuovo contratto ben può essere inserita un clausola che preveda l'inopponibilità delle stesse al nuovo creditore.

⁷² Secondo Cass. 3 novembre 1962, n. 3079, in *Foro it.*, 1962, I, c. 1856, “*se l'iscrizione sia eseguita in base ad un titolo nullo, ovvero oltre i limiti oggettivi di un titolo valido, l'ipoteca è giuridicamente inesistente in tutto o in parte*”.

⁷³ RAVAZZONI, cit., p. 348, afferma che l'art. 2841 c.c. mira a salvaguardare l'iscrizione ipotecaria nei casi in cui le irregolarità o le carenze non abbiano un rilievo determinante. Difatti, qualora le omissioni o le inesattezze riguardino elementi non essenziali o elementi essenziali ma senza indurre incertezza, l'iscrizione ipotecaria è valida e si verifica una semplice irregolarità della stessa.

⁷⁴ Cfr. BEVILACQUA, cit.

E' opportuno sottolineare che, secondo una dottrina autorevole, incline a sostenere l'efficacia traslativa della surrogazione, la generale opponibilità al nuovo creditore delle eccezioni spettanti al debitore si spiega solo con riguardo alla cessione del credito, nella misura in cui quest'ultima si perfeziona mediante un accordo tra il cedente ed il cessionario, senza che debba essere richiesto il consenso del debitore ceduto. Proprio perché quest'ultimo non partecipa alla cessione né può impedirla, l'ordinamento reputa opportuno evitare che la sua posizione giuridica ne risulti peggiorata⁷⁵.

Questa esigenza di protezione non si pone, invece, nella surrogazione *ex art. 1202 c.c.* in cui la volontà del debitore contribuisce attivamente a determinare la modificazione soggettiva dal lato attivo del rapporto obbligatorio.

Tale dottrina, inoltre, rileva l'esigenza di coordinamento con gli artt. 1445, 1452 e 1458 c.c., che proteggono il terzo acquirente dalla caducazione del titolo mediante il quale il suo dante causa era divenuto titolare del diritto. Queste norme sono più comunemente riferite alla circolazione dei diritti reali, ma devono ritenersi applicabili anche a quella dei diritti di credito⁷⁶.

In particolare, in virtù dell'art. 1445 c.c., la sentenza di annullamento del primo contratto di finanziamento – eccetto il caso in cui sia stata pronunciata per l'incapacità legale del soggetto finanziato – non è opponibile al nuovo finanziatore, se quest'ultimo abbia acquistato il credito in buona fede e a titolo oneroso. A maggior ragione dovrebbe escludersi

⁷⁵ Cfr. SIRENA, *Alcuni problemi sistematici in materia di c.d. portabilità del mutuo bancario o finanziario*, cit., il quale sottolinea che nello stesso senso si può argomentare muovendo dall'art. 1409 c.c. sulla cessione del contratto; VENOSTA, cit., pp. 675-676.

⁷⁶ Cfr. R. CICALA, *Il negozio di cessione del contratto*, Jovene, Napoli, 1962, p. 118 s., nota 158. *Contra* D. RUBINO, cit., p. 41, osserva che i suddetti articoli “*parrebbero riferirsi solo ai terzi aventi causa dall'acquirente a titolo derivativo, e non anche dall'acquirente di un diritto creato completamente ex novo, quale è appunto il credito*”.

che il soggetto finanziato possa eccepire al nuovo finanziatore l'annullabilità del contratto qualora tale sentenza non sia stata pronunciata⁷⁷.

Gli artt. 1452 e 1458 c.c. escludono poi che al nuovo finanziatore sia opponibile la sentenza di rescissione o di risoluzione del contratto, salvi gli effetti della trascrizione delle relative domande, e a maggior ragione che la relativa eccezione possa essere sollevata nei suoi confronti. La sostituzione del nuovo finanziamento a quello precedente può inoltre valere come riduzione ad equità ai sensi dell'art. 1450 c.c. o come rettifica ai sensi dell'art. 1432 c.c.

Sempre secondo questa opinione, il terzo acquirente non sarebbe, invece, tutelato in caso di nullità del titolo originario, che è sempre opponibile al nuovo finanziatore. Si tratta, tuttavia, di un rischio accettabile, posto che la nullità è accertabile *ex ante* dal terzo mediante l'esame del titolo.

Allo stesso modo, la non opponibilità dell'annullabilità del contratto per incapacità legale del debitore, non comporta seri inconvenienti, essendo questa facilmente accertabile mediante la consultazione dei pubblici registri.

Per quanto riguarda le eccezioni personali, basate cioè su fatti estintivi, modificativi o sospensivi del rapporto obbligatorio, si osserva che *“l'applicazione analogica dell'art. 1248 co. 1 c.c. impone di escludere che il soggetto finanziato possa opporre in compensazione al nuovo finanziatore i crediti di cui egli è titolare nei confronti di quello originario, per quanto essi siano anteriori alla surrogazione”*. La norma statuisce,

⁷⁷ SIRENA, *Alcuni problemi sistematici in materia di c.d. portabilità del mutuo bancario o finanziario*, cit., considera che *“se il soggetto finanziato conosceva il motivo di tale annullabilità, l'estinzione del primo finanziamento, precedente dalla sua dichiarazione di surrogare il nuovo finanziatore, può integrare gli estremi della convalida tacita ai sensi dell'art. 1444 co. 2 c.c.”*.

infatti, che, qualora la cessione del credito sia stata accettata senza riserve dal debitore ceduto, quest'ultimo non possa opporre al cessionario la compensazione che avrebbe potuto opporre al cedente.

A fortiori la medesima soluzione deve applicarsi alla surrogazione per volontà del debitore, proprio perché “*il trasferimento del credito non soltanto è voluto da quest'ultimo (come accade quando egli ne abbia accettato la cessione da parte del creditore), ma dipende addirittura da una sua autonoma iniziativa*”⁷⁸.

Questa opinione sostiene poi che l'eventuale opponibilità di tali eccezioni non escluda comunque che il nuovo finanziatore, in alternativa alla surrogazione, possa avvalersi dei diritti nascenti a suo favore dal contratto di finanziamento che ha stipulato con il debitore, sempre che si ritenga – come verrà chiarito nel prosieguo dell'analisi – che il nuovo contratto conservi una propria autonomia. Di conseguenza, se il nuovo creditore pretenda l'adempimento del nuovo contratto, il debitore non potrà utilmente opporgli la nullità di quello originario. Al contrario, l'eccezione sarebbe rilevante se il nuovo finanziatore facesse valere esclusivamente il diritto alla surrogazione.

1.7. Nullità delle clausole che ostacolano la portabilità

Il co. 6 dell'art. 120 quater TUB stabilisce che “*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*”.

Da questa disposizione deriva che non possono essere pattuiti né un compenso né eventuali oneri di altro tipo a carico del debitore che voglia avvalersi dell'istituto della portabilità.

⁷⁸ Cfr. SIRENA, *Alcuni problemi sistematici in materia di c.d. portabilità del mutuo bancario o finanziario*, cit.

È evidente la portata inibitoria della norma sulla sfera dell'autonomia privata, per effetto dell'interesse pubblico – di evidente matrice sovranazionale – di favorire la concorrenza tra gli operatori e la libera circolazione dei servizi, che permea l'intera disciplina della portabilità.

Pertanto, l'originario contratto di finanziamento non potrebbe contenere una clausola che impedisca al debitore di trasferire il prestito ad un nuovo istituto bancario, né tale facoltà potrebbe essere subordinata a pesi o restrizioni di qualsiasi natura che, pur consentendo il trasferimento del finanziamento, procurino al vecchio creditore vantaggi compensativi, e quindi al contraente pesi aggiuntivi⁷⁹.

Autorevole dottrina sostiene che non sono illegittime eventuali clausole contrattuali che precludano l'adempimento del terzo ai sensi dell'art. 1180 c.c., considerato che, nella fattispecie disciplinata dall'art. 1202 c.c., il pagamento avviene ad opera del debitore, sia pure con la provvista ricavata da un finanziamento concesso da un terzo⁸⁰.

La nullità delle clausole che, nel finanziamento originario, vietano o rendono onerosa la surrogazione per volontà del debitore è parziale, perché non comporta la nullità dell'intero contratto⁸¹.

Il legislatore stabilisce così *ex ante* l'irrilevanza della c.d. prova di resistenza volta a verificare, ai sensi dell'art. 1419 c.c., se la nullità di alcune clausole comporti la nullità dell'intero contratto in considerazione

⁷⁹ Cfr. GENTILI, cit., p. 467. L'art. 120 *quater* co. 6 TUB costituisce espressione di quanto affermato da R. TOMMASINI, voce *Nullità (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XXVIII, Giuffrè, Milano, 1978, p. 876, secondo cui “lo strumento della nullità diviene anche indice del giudizio di meritevolezza degli interessi programmati dalle parti rispetto ai valori perseguiti dalla comunità, con la conseguenza che l'ordinamento lo utilizza per negare la propria garanzia alla programmazione di interessi difformi dai suoi valori fondamentali”.

⁸⁰ Cfr. G. PETRELLI, cit., p. 5.

⁸¹ Cfr. GENTILI, cit., p. 467. Secondo BIANCA, *Il contratto*, in *Diritto civile*, 3, Giuffrè, Milano, 1987, p. 599, per clausola si intende “qualsiasi parte del testo contrattuale autonomamente identificabile”. In giurisprudenza, si veda Cass. 11 aprile 1979, n. 2123, in *Giust. civ. Mass.*, 1979, I, p. 945, che precisa che “il termine «clausola» va inteso come parte elementare del contratto, e cioè elemento irriducibile del medesimo, anche quando essa consti di più disposizioni le quali costituiscano il precetto unitario che disciplina un'obbligazione contrattuale, principale o accessoria, nel suo insieme”.

del fatto che “*le parti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita da nullità*”. Il creditore, quindi, non potrà invocare la nullità dell’intero contratto sul presupposto dell’essenzialità delle clausole che impediscono di fatto il rifinanziamento del debito. Non rileva che questi, in assenza di quelle particolari clausole dichiarate nulle, non avrebbe concluso il contratto.

Tale previsione è volta a tutelare il debitore, per evitare che – a fronte della nullità totale – egli debba rimborsare immediatamente l’intero capitale residuo.

Più precisamente, l’art. 127 co. 2 TUB precisa che le nullità previste dal Titolo VI del TUB, di cui fa parte l’art. 120 quater, operano solo a vantaggio del cliente e possono essere rilevate d’ufficio.

E’ evidente che la rilevabilità d’ufficio della nullità non protegge solo il contraente debole, ma produce effetti anche nei confronti del nuovo creditore, il quale potrà avvalersi di tale rilievo in un’eventuale causa contro il finanziatore originario, anche se istruita ai sensi del co. 7 dell’art. 120 quater TUB.

Ad abundantiam, si ribadisce che – al dichiarato fine di favorire lo sviluppo e la competitività del mercato finanziario – l’art. 120 quater co. 3 TUB, con una norma certamente imperativa, esclude che il trasferimento del contratto di mutuo operato *ex art. 1202 c.c.* sia sottoposto a penali o ad altri oneri di qualsiasi natura a carico del mutuatario. Pur nel silenzio del legislatore, la dottrina ritiene che anche le violazioni di questo divieto comportino una nullità di protezione relativa, parziale e rilevabile d’ufficio nel solo interesse del cliente⁸².

⁸² Cfr. DOLMETTA, cit., p. 411.

1.8. Responsabilità della banca originaria per il ritardo nella surroga

La disciplina della portabilità dei mutui è stata oggetto di un ulteriore intervento normativo diretto a rafforzare la tutela del cliente ad opera della legge n. 102/2009, di conversione del d.l. n. 78/2009, che, aggiungendo un nuovo comma all'art. 2 del d.l. 185/2008, ha previsto un'obbligazione risarcitoria a carico del finanziatore originario per il mancato perfezionamento della surroga nel termine prestabilito.

Il testo originario del co. 5 quater dell'art. 2 statuiva che *“nel caso in cui la surrogazione del mutuo non si perfezioni entro il termine di trenta giorni dalla data della richiesta da parte della banca cessionaria alla banca cedente dell'avvio delle procedure di collaborazione interbancarie ai fini dell'operazione di surrogazione, la banca cedente è comunque tenuta a risarcire il cliente in misura pari all'1% del valore del mutuo per ciascun mese o frazione di mese di ritardo. Resta ferma la possibilità per la banca cedente di rivalersi sulla banca cessionaria nel caso il ritardo sia dovuto a cause imputabili a quest'ultima”*.

La disposizione è stata trasfusa nel testo unico bancario, al settimo comma dell'art. 120 quater, dal d.lgs. n. 141/2010, che ha pure eliminato l'espressione *“interbancarie”* che inizialmente connotavano le *“procedure di collaborazione”*, la cui richiesta di avvio, rivolta dal nuovo finanziatore a quello originario, dava inizio al decorso del termine di trenta giorni per il perfezionamento dell'operazione.

La norma è stata successivamente modificata dal d.l. n. 70/2011, che ha definito il tempo per il perfezionamento dell'operazione in trenta giorni *“lavorativi”* e ha delimitato la responsabilità a carico dell'intermediario, commisurando il risarcimento dei danni al debito residuo e non all'intero

importo del finanziamento. Inoltre, il decreto Sviluppo ha eliminato l'avverbio “*comunque*”, in precedenza inserito nella disposizione⁸³.

Questa scelta normativa, che può trovare spiegazione in un'ottica di contemperamento degli interessi dei soggetti finanziati e di quelli degli intermediari, allenta la capacità di prevenzione generale della disposizione ed indebolisce i mezzi di contrasto ai comportamenti dilatori degli intermediari nella circolazione del credito, a scapito dell'efficienza del mercato creditizio⁸⁴.

La norma è stata da ultimo rivisitata ad opera dell'art. 27 quinquies del d.l. n. 1/2012 (c.d. decreto Cresci Italia), convertito con l. n. 27/2012, che ha modificato il settimo comma dell'art. 120 quater TUB, riducendo il termine per il perfezionamento dell'operazione di surroga, da trenta giorni lavorativi a dieci giorni solari⁸⁵.

Si noti che il *dies a quo* di detto termine è stato anticipato dal momento della richiesta di collaborazione, avanzata dal nuovo finanziatore nei confronti di quello precedente, al tempo della richiesta del cliente al finanziatore subentrante di domandare a quello originario l'importo del proprio debito residuo (i c.d. conteggi).

⁸³ L'art. 8 co. 8 del d.l. n. 70/2011 così modifica l'art. 120 quater co. 7 TUB: “*nel caso in cui la surrogazione di cui al comma 1 non si perfezioni entro il termine di trenta giorni lavorativi dalla data della richiesta al finanziatore originario di avvio delle procedure di collaborazione da parte del mutuante surrogato poste in essere a seguito dell'adozione da parte di quest'ultimo della delibera di mutuo, il finanziatore originario è tenuto a risarcire il cliente in misura pari all'uno per cento del debito residuo 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 cause allo stesso imputabili*”.

⁸⁴ Cfr. LEMMA, cit., p. 1787.

⁸⁵ Ai sensi dell'art. 27 quinquies del d.l. n. 1/2012, il co. 7 dell'art. 120 quater TUB è sostituito dal seguente disposto: “*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 cause allo stesso imputabili*”.

Non solo, il secondo periodo del settimo comma è tornato a prevedere che il finanziatore originario “*è comunque tenuto*” al risarcimento in caso di ritardo nel perfezionamento della surroga, ed è ora richiesto che la procedura non si perfezioni entro il termine “*per cause dovute al finanziatore originario*”.

Ha infine sollevato dubbi interpretativi la modifica che ha investito la norma nella parte in cui torna a fare riferimento al “*valore del finanziamento*” cui ancorare il parametro patrimoniale del *quantum* risarcitorio.

A distanza di pochi mesi, il legislatore è intervenuto ancora una volta sul settimo comma dell’art. 120 quater TUB con il d.l. n. 179/2012, convertito dalla l. n. 221/2012, che ha sostituito il riferimento ai “*dieci giorni*” con le parole “*trenta giorni lavorativi*”, così ripristinando la precedente versione della norma.

Il testo della disposizione attualmente in vigore dispone che “*la surrogazione [...] deve perfezionarsi entro il termine di trenta giorni lavorativi dalla data in cui il cliente chiede al mutuante surrogato di acquisire dal finanziatore originario l’esatto importo del proprio debito. Nel caso in cui la surrogazione non si perfezioni entro il termine di trenta giorni lavorativi, per cause dovute al finanziatore originario, quest’ultimo è comunque tenuto a risarcire il cliente in misura pari all’1% 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 cause allo stesso imputabili*”.

Come è stato rilevato da un’attenta dottrina, l’anticipazione del *dies a quo* del termine per il perfezionamento dell’operazione non rappresenta un effettivo incremento di tutela per il cliente, il quale potrebbe non avere la

consapevolezza della necessità della richiesta al finanziatore subentrante di domandare i conteggi al finanziatore originario. Inoltre, anche qualora il debitore avesse tale consapevolezza, egli potrebbe non formulare detta richiesta quando il nuovo finanziatore non sia ancora pronto per il perfezionamento dell'operazione, al fine di non entrare in conflitto proprio col soggetto da cui intende ottenere un vantaggio⁸⁶.

Verosimilmente il cliente chiederà al finanziatore subentrante di domandare i conteggi non prima che questo abbia avviato l'istruttoria e abbia reputato conveniente l'operazione.

Il prolungamento del termine da “dieci giorni solari” a “trenta giorni lavorativi” può essere visto come un tentativo del legislatore di arginare la prassi adottata da alcune banche di fare in modo che sia lo stesso cliente a richiedere i conteggi al finanziatore originario, per evitare la responsabilità da ritardo, non essendovi in tal caso nessuna richiesta del cliente al nuovo finanziatore, come invece richiesto dal comma settimo dell'art. 120 *quater* TUB⁸⁷.

In tale ipotesi, anche ammettendo l'inapplicabilità dell'art. 120 *quater* co. 7 TUB, resta ferma la possibilità per il cliente di agire nei confronti del finanziatore subentrante ai sensi dell'art. 1337 c.c., non essendo questo comportamento improntato al rispetto dei canoni di correttezza.

Cionondimeno, si presume che difficilmente il cliente sceglierà di percorrere questa via per non porsi in contrasto con il nuovo finanziatore da

⁸⁶ Cfr. MUCCIARONE, cit., pp. 762-763.

⁸⁷ *Ivi*, p. 763. Questo modo di procedere delle banche è stato contrastato anche da un orientamento dell'ABF, che ha equiparato la richiesta del cliente a quella del finanziatore subentrante soprattutto quando il primo risulti agire d'accordo con il secondo. In tal senso ABF, Napoli, 11 gennaio 2012, n. 30, reperibile in www.arbitrobancariofinanziario.it, ultimo accesso il 5 agosto 2016; ABF, Milano, 6 giugno 2012, n. 1895, reperibile in www.arbitrobancariofinanziario.it, ultimo accesso il 5 agosto 2016; ABF, Roma, 26 aprile 2011, n. 854, reperibile in www.arbitrobancariofinanziario.it, ultimo accesso il 5 agosto 2016; ABF, Milano, 25 luglio 2011, n. 1587, reperibile in www.arbitrobancariofinanziario.it, ultimo accesso il 5 agosto 2016; ABF, Milano, 1 dicembre 2011, n. 2619, reperibile in www.arbitrobancariofinanziario.it, ultimo accesso il 5 agosto 2016.

cui intende ottenere un trattamento migliore rispetto a quello ottenuto dal precedente istituto di credito⁸⁸.

È preferibile la tesi secondo cui è sufficiente, per l'applicabilità del settimo comma, che la richiesta pervenga dal cliente al finanziatore originario, non avendo quest'ultimo un apprezzabile interesse a ricevere la richiesta dei conteggi direttamente dal nuovo finanziatore. Anzi, l'intervento in prima persona del cliente esprime un interesse ancora più forte all'operazione⁸⁹.

Occorre pur sempre che, al tempo della richiesta, dietro al cliente ci sia un finanziatore subentrante, non essendo il risarcimento dovuto in caso di mancata surroga.

Sebbene la norma continui a far riferimento al solo “*mutuante surrogato*”, la dottrina ritiene che la disciplina in esame si applichi anche nel caso in cui il finanziamento destinato all'estinzione di quello precedente provenga da un'apertura di credito o da un altro contratto di finanziamento⁹⁰.

Per quanto riguarda la natura giuridica di questo rimedio, le plurime applicazioni dell'Arbitro bancario finanziario sono concordi nel ritenere che il credito risarcitorio del cliente verso il finanziatore originario costituisca una penale in senso proprio, non essendo richiesta la prova del danno.

L'indipendenza del credito dalla ricorrenza di un danno subito dal cliente a causa della tardiva surroga è indicata non solo dal perentorio tenore della norma, ed in particolare dall'avverbio “*comunque*”, ma è pure imposta dalla *ratio* della disposizione di protezione del cliente.

⁸⁸ Cfr. MUCCIARONE, cit., pp. 764-765.

⁸⁹ *Ivi*, p. 765.

⁹⁰ *Ivi*, p. 760, nota 7.

È opportuno, in ogni modo, precisare che una parte minoritaria della dottrina ritiene che l'art. 120 quater co. 7 TUB disciplini un'ipotesi di danni punitivi. Si sostiene che il legislatore abbia voluto trascendere dal singolo rapporto negoziale, a tutela del quale sarebbe stato sufficiente invocare il tradizionale rimedio risarcitorio per inadempimento contrattuale, al fine di dare concreta applicazione ai principi di trasparenza e correttezza che devono presiedere al regolare funzionamento del mercato⁹¹.

L'aspetto problematico della norma concerne, invero, l'imputabilità o meno alla banca originaria del ritardo nella surroga.

Come noto, la clausola penale disciplinata dall'art. 1382 c.c. ha ad oggetto una prestazione risarcitoria, che presuppone l'imputabilità dell'inadempimento o del ritardo a colpa (anche lieve) o dolo del debitore⁹².

Gli interpreti discutono se tale interpretazione possa valere anche con riferimento alla penale prevista dall'art. 120 quater TUB.

È bene specificare che questo problema è sorto in occasione della modifica legislativa introdotta dal decreto Cresci Italia, che ha subordinato l'insorgere della responsabilità alla circostanza che la surrogazione non si perfezioni nel termine "*per cause dovute al finanziatore originario*".

L'interpretazione prevalente dell'ABF conferma l'orientamento unanime consolidatosi nella vigenza della versione della norma anteriore a quella attuale, e ritiene che il comma settimo – introdotto al fine di accelerare la procedura della portabilità del mutuo – preveda la

⁹¹ Cfr. LEMMA, cit., p. 1786.

⁹² Cfr. C. M. BIANCA, *La responsabilità*, *Diritto Civile*, 5, Giuffrè, Milano, 2012, p. 253; A. MARINI, voce *Clausola penale*, in *Enc. giur. Treccani*, Agg. XV, Roma, 2006, p. 6; A. MAGAZZÙ, voce *Clausola penale*, *Enc. dir.*, VII, Giuffrè, Milano, 1960, p. 192. In giurisprudenza, si veda Cass. 1 agosto 2003, n. 11748, in *Foro it. Rep.*, 2003, voce *Contratto in genere*, n. 444; Cass. 30 gennaio 1995, n. 1097, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, 403.

responsabilità della banca originaria per il solo fatto dell'inutile decorso del termine ivi previsto, senza che rilevi l'eventuale assenza di profili di imputabilità soggettiva dell'evento a titolo di dolo o di colpa⁹³.

Si tratta quindi di una responsabilità oggettiva della banca originaria, che punisce chi trae vantaggio dalla situazione, secondo il noto broccardo *ubi commoda, ibi incommoda*. È comunque previsto un meccanismo di rivalsa nei confronti della banca subentrante, qualora il ritardo sia imputabile a quest'ultima, al fine di evitare ingiustificati arricchimenti.

La disciplina è peraltro chiara nel subordinare il diritto del debitore al risarcimento del danno all'accertamento del mero ritardo, protrattosi entro un certo termine, nel perfezionamento dell'operazione di trasferimento del finanziamento, a prescindere dalla verifica circa la sussistenza di qualunque profilo di responsabilità tanto dell'originario finanziatore quanto di quello successivo.

Di contro, secondo un altro orientamento, è da escludere che il testo della norma – a differenza della precedente versione – configuri un'ipotesi di responsabilità oggettiva in capo all'iniziale finanziatore per conseguenze derivanti da ritardi nel perfezionamento della surroga.

Questo indirizzo, che delinea una responsabilità a titolo di colpa, valorizza l'inciso "*per cause dovute al finanziatore originario*" e ricollega

⁹³ Cfr. ABF, Napoli, 23 novembre 2015, n. 8644, reperibile in www.arbitrobancariofinanziario.it, ultimo accesso il 5 agosto 2016; ABF, Napoli, 30 aprile 2015, n. 3405, reperibile in www.arbitrobancariofinanziario.it, ultimo accesso il 5 agosto 2016; ABF, Napoli, 28 agosto 2013, n. 4477, reperibile in www.arbitrobancariofinanziario.it, ultimo accesso il 5 agosto 2016; ABF, Roma, 22 gennaio 2013, n. 452, reperibile in www.arbitrobancariofinanziario.it, ultimo accesso il 5 agosto 2016; ABF, Milano, 13 giugno 2012, n. 2026, reperibile in www.arbitrobancariofinanziario.it, ultimo accesso il 5 agosto 2016; ABF, Milano, 21 marzo 2012, n. 838, reperibile in www.arbitrobancariofinanziario.it, ultimo accesso il 5 agosto 2016; ABF, Milano, 23 gennaio 2012, n. 223, reperibile in www.arbitrobancariofinanziario.it, ultimo accesso il 5 agosto 2016. Con riferimento all'orientamento unanime dell'ABF prima delle modifiche del 2012 si veda: ABF, Milano, 19 novembre 2010, n. 1335, reperibile in www.arbitrobancariofinanziario.it, ultimo accesso il 5 agosto 2016; ABF, Roma, 10 gennaio 2011, n. 38, reperibile in www.arbitrobancariofinanziario.it, ultimo accesso il 5 agosto 2016; ABF, Napoli, 31 gennaio 2011, n. 225, reperibile in www.arbitrobancariofinanziario.it, ultimo accesso il 5 agosto 2016; ABF, Milano, 2 marzo 2011, n. 425, reperibile in www.arbitrobancariofinanziario.it, ultimo accesso il 5 agosto 2016.

la responsabilità di tale operatore ad un suo specifico comportamento, commissivo od omissivo⁹⁴.

Si afferma, inoltre, che non può trattarsi di una responsabilità senza colpa, posto che l'ordinamento bancario impone agli istituti di credito di organizzarsi in modo tale da favorire il tempestivo svolgimento delle operazioni richieste dalla clientela⁹⁵.

Questa interpretazione richiede, dunque, che venga individuato un ritardo imputabile al finanziatore originario nella gestione della procedura per la portabilità. Resta impregiudicata la questione dell'eventuale responsabilità – o corresponsabilità – del mutuante surrogato, nei confronti del quale il finanziatore originario potrà in tutto o in parte rivalersi.

Secondo una certa dottrina, il finanziatore originario deve essere tenuto alla penale, in linea generale, anche per ritardo imputabile al finanziatore subentrante, ma deve andare esente da responsabilità quando il ritardo dipenda da caso fortuito, forza maggiore o da fatto imputabile – anche se solo in parte – al cliente. In base al principio generale sancito dall'art. 2697 c.c., è il finanziatore originario che deve provare la ricorrenza di una di queste ipotesi al fine di liberarsi da ogni responsabilità⁹⁶.

Questa interpretazione non è contraddetta dalla presenza dell'inciso “*per cause dovute al finanziatore originario*”, giacché la norma impone solo che, qualora la causa del ritardo sia imputabile al finanziatore originario, esso sia obbligato alla penale, ma nulla dice con riferimento al caso in cui il ritardo non sia imputabile a costui. Il finanziatore originario

⁹⁴ Cfr. ABF, Roma, 11 settembre 2015, n. 7097, reperibile in www.arbitrobancariofinanziario.it, ultimo accesso il 5 agosto 2016; ABF, Roma, 20 aprile 2015, n. 3087, reperibile in www.arbitrobancariofinanziario.it, ultimo accesso il 5 agosto 2016; ABF, Roma, 19 giugno 2015, n. 4979, reperibile in www.arbitrobancariofinanziario.it, ultimo accesso il 5 agosto 2016; ABF, Napoli, 28 agosto 2013, n. 4477, cit.

⁹⁵ Cfr. LEMMA, cit., p. 1795.

⁹⁶ Cfr. MUCCIARONE, cit., p. 767.

potrebbe, dunque, non rispondere per cause impeditive della responsabilità, quali appunto il caso fortuito e la forza maggiore⁹⁷.

Cionondimeno, detta tesi non pare meritevole di accoglimento, ma deve essere ribadita la validità dell'interpretazione prevalente, che sostiene la natura oggettiva della responsabilità del finanziatore originario, stante il tenore letterale del co. 7 dell'art. 120 quater TUB, che non contiene nessun riferimento ad eventuali cause di esclusione della responsabilità, e soprattutto in considerazione della *ratio* protettiva della disposizione, che vuole tutelare il più possibile il cliente dall'ostracismo delle banche al perfezionamento della surroga.

Quanto sostenuto trova conferma nel fatto che il legislatore ha lasciato inalterata la terza parte della norma, che prevede il diritto di rivalsa del creditore originario nei confronti del nuovo finanziatore qualora il ritardo sia imputabile a quest'ultimo.

Tale scelta normativa può trovare giustificazione in considerazione della predetta *ratio* protettiva della disposizione, posto che il finanziatore originario viene ritenuto responsabile anche nel caso in cui il ritardo sia imputabile al finanziatore subentrante, salva successiva integrale rivalsa.

Ulteriori indici del *favor* nei confronti del debitore sono dati dalla previsione di un risarcimento forfettario in funzione del valore del mutuo, senza che assuma rilevanza l'effettivo danno subito da soggetto finanziato, nonché dalla brevità del termine per l'effettuazione dell'operazione di trasferimento del contratto all'intermediario surrogato.

Il *dies a quo*, dal quale devono calcolarsi i trenta giorni previsti dal citato co. 7 dell'art. 120 quater TUB, decorre dalla “*data in cui il cliente chiede al mutuante surrogato di acquisire dal finanziatore originario l'esatto importo del proprio debito residuo*”.

⁹⁷ *Ivi*, pp. 767-768.

È opportuno rilevare che la previsione non chiarisce come si possa evitare, in modo obiettivo e documentato, che i trenta giorni si facciano decorrere da qualunque richiesta di conteggio estintivo, anche laddove non esista in concreto una banca disposta a surrogarsi al finanziatore originario.

Il criterio previsto dalla norma dell'un per cento del "*valore del finanziamento*" moltiplicato "*per ciascun mese o frazione di mese di ritardo*" deve essere riferito, non alla somma originaria, ma al valore residuo del finanziamento al momento della richiesta del cliente, sottratta la quota di capitale residuo eventualmente restituita nel termine di trenta giorni⁹⁸.

In questo senso depone anche la circostanza, non casuale, che – nelle successive versioni della disposizione – si è specificato che rileva il debito residuo⁹⁹.

Solo così, infatti, la penale assume una funzione di risarcimento forfettario per la quota di interessi maggiorati che il debitore paga al finanziatore originario a causa del ritardo, rispetto a quelli – più bassi – che avrebbe pagato al finanziatore subentrante.

Il *quantum* risarcitorio da corrispondere al cliente è comunque calcolato in base a parametri che non sembrano tener conto dell'effettiva misura del danno – che di regola consiste nella differenza tra gli interessi pagati al finanziatore originario nelle more e quelli, di ammontare inferiore, che il cliente avrebbe dovuto corrispondere al finanziatore subentrante se la surroga si fosse tempestivamente perfezionata – considerato che il riferimento all'un per cento del debito residuo per ciascun mese di ritardo

⁹⁸ Secondo ABF, Napoli, 28 agosto 2013, n. 4477, cit., la data alla quale fare riferimento per determinare quale sia il capitale residuo deve essere individuata "*nel giorno in cui si sarebbe dovuta – al più tardi – perfezionare l'operazione di surrogazione*". Si veda anche ABF, Napoli, 23 novembre 2015, n. 8644, cit.; ABF, Milano, 31 ottobre 2012, n. 3551, reperibile in www.arbitrobancariofinanziario.it, ultimo accesso il 5 agosto 2016; ABF, Napoli, 30 aprile 2015, n. 3405, cit.

⁹⁹ Cfr. ABF, Roma, 19 giugno 2015, n. 4979, cit.; ABF, Milano, 31 ottobre 2012, n. 3551, cit.; ABF, Napoli, 28 agosto 2013, n. 4477, cit.

non può essere collegato alla differenza di tasso, che di solito si assesta su valori inferiori¹⁰⁰.

Ciò comporta, al fine di salvaguardare appieno la posizione del debitore, che il cliente possa anche agire con i rimedi di diritto comune nei confronti di ogni banca coinvolta nella procedura, cui sia imputabile il ritardo nel perfezionamento dell'operazione di surroga.

Potrebbe in ipotesi venire in rilievo una responsabilità precontrattuale della banca, che non ha concluso il contratto dopo aver prolungato le trattative ed aver generato un affidamento circa la conclusione dell'operazione. Per l'imputazione di tale responsabilità, è però necessario dimostrare, ai sensi dell'art. 1337 c.c., che, nel corso della trattativa, la condotta della banca abbia generato nella sfera della ricorrente un ragionevole affidamento nel perfezionamento dell'atto di surroga¹⁰¹.

Tra le questioni poste dall'art. 120 quater co. 7 TUB rientra quella dell'operatività della norma nel caso in cui la surroga non si sia perfezionata.

Sebbene vi sia un orientamento dell'ABF che l'ha ammessa¹⁰², si ritiene preferibile l'interpretazione che esclude dall'ambito applicativo della norma il caso della mancata surroga, avverso la quale il debitore potrà esperire i rimedi ordinari. E ciò in considerazione, non solo del tenore letterale del comma settimo, che fa riferimento al mero ritardo, ma anche

¹⁰⁰ Cfr. LEMMA, cit., p. 1796.

¹⁰¹ ABF, Milano, 7 febbraio 2014, n. 761, reperibile in www.arbitrobancariofinanziario.it, ultimo accesso il 5 agosto 2016; ABF, Roma, 28 luglio 2014, n. 4887, reperibile in www.arbitrobancariofinanziario.it, ultimo accesso il 5 agosto 2016, secondo cui *“per l'ipotesi di responsabilità precontrattuale, il risarcimento del danno deve essere commisurato al minor vantaggio ovvero al maggior aggravio economico prodotto dal comportamento tenuto in violazione dell'obbligo di buona fede, salvo sia dimostrata l'esistenza di ulteriori danni che risultino collegati a detto comportamento da un rapporto rigorosamente consequenziale”*.

¹⁰² ABF, Milano, 20 gennaio 2012, n. 204, reperibile in www.arbitrobancariofinanziario.it, ultimo accesso il 5 agosto 2016.

della funzione della norma, che mira a proteggere il cliente da comportamenti dilatori del finanziatore originario.

Nel caso di surroga tardiva, inoltre, l'ostruzionismo del finanziatore originario è dimostrato dal fatto che la surroga vi è comunque stata, seppur in ritardo¹⁰³.

Infine, si consideri che l'ammontare della penale è commisurato al ritardo tra il termine non osservato ed il momento della surroga, mentre, nel caso di mancata surroga, non vi è un ritardo cui rapportare la penale.

Un ulteriore problema lasciato irrisolto dalla norma in esame riguarda la possibilità che il finanziatore originario sia tenuto al risarcimento del danno ulteriore rispetto a quello già ristorato dalla penale.

L'orientamento prevalente dell'ABF esclude la risarcibilità del danno ulteriore, facendo leva sul dato testuale della norma, che è volta a sanzionare i ritardi nell'esecuzione della procedura di surroga¹⁰⁴.

In aggiunta, si esclude che la disposizione di cui all'art. 1382 c.c., nella parte in cui ammette la pattuizione della risarcibilità del danno ulteriore, si applichi anche alla penale *ex lege*. Quest'ultima richiederebbe una specifica norma che prevedesse la risarcibilità del danno ulteriore, come nell'ipotesi di cui all'art. 1224 co. 1 c.c., norma quest'ultima che – al pari della penale – esclude qualsiasi rilevanza del danno (“*anche se il creditore non prova di aver sofferto alcun danno*”).

1.9. Le questioni poste dall'efficacia traslativa della surrogazione

1.9.1. La sorte del nuovo contratto di finanziamento

¹⁰³ Cfr. MUCCIARONE, cit., p. 772.

¹⁰⁴ ABF, Milano, 7 febbraio 2014, n. 761, cit.; ABF, Milano, 26 gennaio 2012, n. 270, reperibile in www.arbitrobancariofinanziario.it, ultimo accesso il 5 agosto 2016.

È discusso in dottrina se, a seguito della surrogazione del nuovo mutuante nella posizione dell'originario creditore, il mutuo utilizzato ai fini della provvista si estingua automaticamente, avendo già perseguito il proprio scopo, oppure sopravviva consentendo al nuovo creditore di far valere, in maniera alternativa e a seconda della propria convenienza, due autonome pretese.

La questione verrà esaminata più nel dettaglio nel capitolo successivo, pertanto basti ora accennare che, secondo la dottrina tradizionale, il rapporto originario persiste anche nell'ipotesi di cui all'art. 1202 c.c., posto che la surrogazione comporta una mera modificazione soggettiva dal lato attivo¹⁰⁵. Si sostiene che, a seguito del pagamento all'originario creditore, il nuovo contratto di finanziamento si estingua, posto che il terzo subentra nel rapporto tra il creditore originario ed il terzo, con le garanzie già costituite a favore del primo creditore.

È agevole però notare che, seguendo questa ricostruzione, a seguito della surrogazione, il nuovo creditore subentra nel rapporto originario tra il creditore estromesso ed il debitore, succedendo nelle stesse condizioni contratte tra costoro. E ciò si scontra con la *ratio* della disciplina, volta a consentire al debitore di accedere alle migliori condizioni contrattuali ed economiche presenti sul mercato finanziario, permettendo al tempo stesso al nuovo creditore di beneficiare, con efficacia *erga omnes*, delle garanzie già concesse al creditore rimborsato¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Cfr. CARPINO, *Del pagamento con surrogazione*, cit., p. 61, il quale ritiene che il pagamento del debito con la somma mutuata e la surrogazione costituiscano una fattispecie estintiva dell'obbligo di restituzione, con la conseguente estinzione del credito del mutuante. F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, 9^a ed., Giuffrè, Milano, 1959, p. 258, afferma che la surrogazione “*funge, anche, da modo indiretto di estinzione del mutuo*”, in quanto al credito nascente dal mutuo si sostituisce il credito in cui il mutuante subentra. V. anche VENOSTA, cit., p. 675. Si noti che la surrogazione per volontà del debitore si differenzia dalla delegazione di pagamento perché in quest'ultima l'adempimento dà luogo all'estinzione dell'ipoteca posta a garanzia dell'obbligazione originaria. Cfr. Cass. 4 agosto 1945, n. 677, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1945, II, p. 155 ss.

¹⁰⁶ Cfr. GIAMPIERI, cit., pp. 474-475.

Per contro, una dottrina più recente ammette che, a seguito del pagamento all'originario creditore, il primo contratto di finanziamento si estingua ed il secondo contratto conservi efficacia, finendo col regolare in via esclusiva il rapporto con il debitore, con le garanzie già costituite a favore del primo contratto, le quali si trasferirebbero in capo al creditore surrogato¹⁰⁷.

Questa recente opinione – al fine di soddisfare l'interesse del debitore ad ottenere un nuovo finanziamento a condizioni più favorevoli nonché l'interesse generale a favorire una maggiore concorrenza tra le banche ed aumentare l'efficienza del mercato creditizio – deroga all'art. 2878 n. 3 c.c., in base al quale il diritto di ipoteca si estingue “*con l'estinguersi dell'obbligazione*”, posto che le garanzie (compresa l'ipoteca) vanno ad assistere il nuovo credito.

Tale conclusione comporta che vi sia un'eccezione al principio dell'accessorietà dell'ipoteca, inteso peraltro come principio derogabile sia dalle parti che – *a fortiori* – dal legislatore¹⁰⁸.

Quanto detto si pone nella direzione della sempre più crescente tendenza a considerare l'accessorietà non come vincolo tra l'ipoteca e il credito a garanzia del quale è stata concessa in origine, ma come vincolo tra un'ipoteca ed un credito, anche diverso dal credito originariamente garantito¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Cfr. TASSINARI, cit., p. 5;

¹⁰⁸ Per una completa analisi delle fattispecie che costituiscono delle eccezioni al carattere dell'accessorietà dell'ipoteca rispetto al credito a garanzia del quale l'ipoteca è stata concessa, si veda BEVILACQUA, cit. Cfr. anche FUSARO, *Variazioni in tema di garanzie autonome personali e reali: l'accessorietà dell'ipoteca come dogma in crisi?*, cit., p. 665 ss.; CHIANALE, *L'ipoteca*, cit., p. 55 ss.

¹⁰⁹ Cfr. BEVILACQUA, cit., il quale precisa che la tendenza ad attenuare il carattere dell'accessorietà dell'ipoteca è presente anche in altri ordinamenti. In tal senso A. CHIANALE, voce *Ipoteca*, in *Dig. disc. priv.*, UTET, Torino, 1993, p. 162, ricorda che il diritto tedesco conosce anche un tipo di ipoteca che non obbedisce al principio di accessorietà (*Grundschild*).

Nel Libro verde della Commissione europea sul credito ipotecario nella UE, del 19 luglio 2005, si propone di attenuare il nesso fra l'ipoteca e il credito ipotecario. Per maggiori approfondimenti, si veda P. L. FAUSTI, *Mutui e clausole vessatorie*, in *Notariato*, 2007, p. 509 ss., in particolare pp. 546-547 (sulla recente legislazione francese del 2006 sull'ipoteca ricaricabile) e pp. 547-548 (sulle proposte in sede di

Da ultimo, giova evidenziare che, secondo una diversa e isolata ricostruzione¹¹⁰, l'accordo concluso tra il debitore e il nuovo finanziatore non è dotato di una propria autosufficienza strutturale e causale, dato che il legislatore non l'ha considerato come un ulteriore rapporto contrattuale di finanziamento, destinato a sostituirsi a quello precedente. Al contrario, esso comporta una mera modificazione del contenuto del rapporto originario.

Una delle conseguenze di questa affermazione è che il titolo esecutivo a favore del nuovo finanziatore è dato dal “combinato disposto” del vecchio e del nuovo finanziamento, i quali devono a tal fine avere la forma dell'atto pubblico o quantomeno della scrittura privata autenticata. Ad avviso di questa dottrina, non ha autonoma rilevanza né il contratto originariamente stipulato tra il debitore e la prima banca, posto che il contenuto del finanziamento è stato in tutto o in parte modificato, né il contratto stipulato tra il soggetto finanziato ed il nuovo finanziatore, che si è limitato a modificare il contenuto di un finanziamento preesistente¹¹¹.

1.9.2. La forma dell'annotazione ipotecaria

La natura accessoria dell'ipoteca comporta il trasferimento della garanzia in capo al soggetto che subentra al creditore originario nella titolarità del diritto garantito. L'effetto reale investe l'ipoteca in via automatica, senza che occorra una espressa pattuizione al riguardo, salva però la necessità dell'annotazione ai sensi dell'art. 2843 c.c.¹¹². Quest'ultima è una pubblicità accessoria, ma sussidiaria e conseguente

Unione europea); F. FIORENTINI, *La riforma francese delle garanzie nella prospettiva comparatistica*, in *Europa e dir. priv.*, 2006, p. 1155 ss.; A. FUSARO, *Le linee di tendenza del diritto europeo dell'ipoteca: euroipoteca e ipoteca ricaricabile*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, p. 553 ss.

¹¹⁰ Cfr. SIRENA, *La «portabilità del mutuo» bancario o finanziario*, cit., p. 454, che qualifica precisamente il nuovo contratto come “*patto normativo di rinegoziazione del finanziamento*”.

¹¹¹ *Ivi*, p. 456.

¹¹² RUBINO, cit., p. 23, afferma che “[...] rispetto all'obbligazione garantita, l'ipoteca presenta una autonomia strutturale e una dipendenza funzionale”; CHIANALE, *L'ipoteca*, cit., p. 95.

all'iscrizione ipotecaria, che consente di riportare i dati inerenti ai mutamenti intervenuti dopo l'iscrizione nel registro delle annotazioni di cui all'art. 2679 co. 1 n. 4 c.c. e a margine dell'originaria iscrizione¹¹³.

Con riferimento alla surrogazione, il principio dell'accessorietà dell'ipoteca trova applicazione nell'art. 1204 c.c., che prevede appunto il subentro del nuovo creditore nelle garanzie accessorie, reali e personali, relative al credito surrogato.

L'utilizzo del termine "*subentrare*" esclude che le garanzie in generale, e l'ipoteca in particolare, debbano essere cancellate e ricostituite, con i conseguenti oneri economici. Al contrario, le garanzie originarie si conservano a favore del nuovo creditore garantito.

La trasmissione dell'ipoteca, quale accessorio, al creditore subentrante non richiede altra forma o capacità se non quella necessaria per la trasmissione del credito garantito.

La vicenda che investe l'ipoteca, a seguito del trasferimento del credito, deve essere annotata a margine dell'iscrizione, ai sensi del co. 3 dell'art. 120 quater TUB, previa richiesta informale al conservatore, allegando copia autentica dell'atto di surrogazione stipulato per atto pubblico o scrittura privata.

La norma utilizza la locuzione "*senza formalità*" in senso atecnico, atteso che l'annotazione costituisce la formalità necessaria perché la garanzia ipotecaria possa essere escussa dal nuovo creditore.

Al fine di assicurare l'esigenza di una semplificazione degli adempimenti posti a carico del contraente ed un risparmio dei costi, il legislatore ha voluto evitare al soggetto interessato la presentazione della relativa nota, la quale deve, invece, essere predisposta d'ufficio dal

¹¹³ Cfr. G. TAMBURRINO, *Le ipoteche*, in *Comm. cod. civ.*, Libro VI, *Della tutela dei diritti*, Art. 2808-2899 c.c., 2^a ed., UTET, Torino, 1976, p. 245.

conservatore dietro presentazione del titolo e di una semplice richiesta scritta¹¹⁴.

Questa disposizione ha fatto dubitare del titolo in concreto necessario per procedere all'annotazione della surroga dell'ipoteca.

Posto che – in ordine ai requisiti di forma richiesti per procedere all'annotazione ipotecaria – il decreto Bersani bis non ha previsto alcuna disposizione innovativa rispetto alla disciplina codicistica, si reputa che l'unica formalità richiesta sia l'allegazione di una copia autentica dell'atto di surrogazione ai sensi dell'art. 2843 c.c.

Difatti, questa norma richiama gli artt. 2835 e 2836 c.c., i quali richiedono l'atto pubblico o la scrittura privata autenticata o accertata giudizialmente¹¹⁵.

È ragionevole ritenere che, insieme alla copia autentica dell'atto di surroga, occorra presentare anche il nuovo contratto di finanziamento e la quietanza rilasciata dal precedente creditore, recante la menzione della dichiarazione del debitore circa la provenienza della somma utilizzata per il pagamento. Questi atti possono essere allegati all'atto di surroga o possono essere esibiti al fine di consentire all'Agenzia del Territorio di verificare i presupposti dell'annotazione *ex art.* 2843 c.c.

Giova menzionare la presenza di un opposto orientamento dottrinale minoritario che, ai fini dell'annotazione, reputa sufficiente che il titolo

¹¹⁴ Al contrario, l'art. 2839 c.c. richiede, per l'iscrizione ipotecaria, la presentazione del titolo e della nota in doppio originale. Secondo FAUSTI, *Ancora una crisi per i mutui ipotecari. Dall'analisi economica della "portabilità", all'analisi giuridica dei rapporti finanziari*, cit., la circostanza che l'annotazione debba essere fatta d'ufficio dall'Agenzia del Territorio comporta un aggravamento dei compiti e delle responsabilità per gli uffici pubblici, a scapito della tempestività dell'operazione. Cfr. anche S. VIOTTI, cit., pp. 3093-3094.

¹¹⁵ Cfr. Circolare Agenzia del Territorio, 21 giugno 2007, n. 9, cit., pp. 5-6, in cui si afferma che, per procedere all'annotazione – beneficiando del trattamento fiscale favorevole previsto dall'art. 8 d.l. n. 7/2007 – occorre, non solo l'atto di surroga redatto per atto pubblico o scrittura privata autenticata o accertata giudizialmente, ma anche il nuovo contratto di finanziamento e la quietanza del creditore, che rechi la dichiarazione del debitore circa la provenienza della somma. Nello stesso senso TASSINARI, cit., p. 7; BOSCO, cit., pp. 270-271; PETRELLI, cit., p. 7.

rivesta la forma della scrittura privata semplice. Questa tesi sostiene, invero, che il legislatore del 2007 abbia consapevolmente scelto di derogare all'art. 2843 c.c. per agevolare la portabilità dell'ipoteca mediante l'eliminazione del costo notarile derivante dall'autenticazione della scrittura privata¹¹⁶.

Infine, è utile precisare che – in assenza di espresse indicazioni normative – deve ritenersi che la richiesta di annotazione possa essere fatta da entrambe le parti del nuovo rapporto di finanziamento¹¹⁷.

Alla luce delle considerazioni suesposte, emerge come la disposizione di cui al citato terzo comma dell'art. 120 quater TUB risponda all'esigenza di garantire un risparmio dei costi per la parte debitrice, tra i quali gli oneri notarili, altrimenti necessari per il completamento dell'operazione di surroga.

1.9.3. L'efficacia dell'annotazione ipotecaria

A seguito dell'annotazione dell'atto di surrogazione presso i pubblici registri immobiliari, il nuovo creditore subentra nell'ipoteca a suo tempo iscritta dal finanziatore originario.

In particolare, l'art. 2843 co. 2 c.c. prevede che *“la trasmissione dell'ipoteca non ha effetto finché l'annotazione non sia stata eseguita”*.

Dal testo dell'art. 2843 c.c. sorgono due principali questioni interpretative: in primo luogo, la dottrina si è chiesta se l'annotazione sia necessaria solo per il trasferimento dell'ipoteca, come sembrerebbe dal tenore letterale della norma, ovvero se lo sia anche per il trasferimento del credito. In secondo luogo, gli interpreti si sono interrogati sugli effetti di

¹¹⁶ In tal senso SIRENA, *La «portabilità del mutuo» bancario o finanziario*, cit., p. 464, il quale comunque riconosce che l'orientamento prevalente seguito dalla dottrina notarile e dall'Agenzia del Territorio può trovare giustificazione nel fatto che la scrittura privata non autenticata “[...] è sufficiente ad assicurare l'autenticità della copia, ma non del documento originale”.

¹¹⁷ Cfr. CASSANO, cit., p. 715; GENTILI, cit., p. 468.

tale annotazione, e quindi sulle conseguenze giuridiche della sua omissione.

In relazione al primo quesito, è stato affermato che, sebbene la norma si riferisca solo all'ipoteca, l'annotazione sia necessaria anche per l'efficacia del trasferimento del credito, atteso che il principio dell'accessorietà postula un'identità di presupposti per l'efficacia della trasmissione sia dell'ipoteca che del credito¹¹⁸.

Di conseguenza, secondo questo orientamento, l'annotazione serve a risolvere i conflitti tra i soggetti che subentrano nel medesimo credito ipotecario (per cessione del credito, per surrogazione o per altro), fra i soggetti che vincolano il medesimo credito ipotecario (per sequestro, per pignoramento o per altro) e fra gli uni e gli altri. Tra questi soggetti prevale il primo che ha eseguito l'annotazione¹¹⁹.

Tale dottrina ravvisa, quindi, nel secondo comma dell'art. 2843 c.c. una deroga ai criteri di prevalenza nei conflitti tra più aventi causa dallo stesso soggetto sanciti dalle regole di diritto sostanziale (artt. 1265, 2800, 2914 co. 2 c.c. ecc.)¹²⁰.

Al riguardo, è opportuno precisare che, per una parte della dottrina, anche alla surrogazione – e perciò alla fattispecie della portabilità – si

¹¹⁸ Cfr. RUBINO, cit., p. 38; G. GORLA, *Del pegno delle ipoteche*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. SCIALOJA-G. BRANCA, Libro VI, *Della tutela dei diritti*, Art. 2784-2899, 3^a ed., Zanichelli-Soc. ed. del Foro it., Bologna-Roma, 1962, p. 306 ss.; G. GORLA-P. ZANELLI, *Del pegno delle ipoteche*, in *Comm. cod. civ.*, A. SCIALOJA-G. BRANCA, a cura di F. GALGANO, Art. 2784-2899, 4^a ed., Zanichelli-Soc. ed. del Foro it., Bologna-Roma, 1992, pp. 366-367; TAMBURRINO, cit., p. 248.

¹¹⁹ Cfr. BEVILACQUA, cit.

¹²⁰ Cfr. P. PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. SCIALOJA-G. BRANCA, Libro IV, *Delle Obbligazioni*, Art. 1260-1267, Zanichelli-Soc. ed. del Foro It., Bologna-Roma, 1982, p. 137. L'Autore, con riferimento alla diversa fattispecie della cessione del credito, precisa che – ad avviso di una parte della dottrina cui non mostra di aderire – “*la semplice notificazione ex art. 1265 avrebbe il solo effetto di impedire al debitore ceduto di effettuare nei confronti del cedente un adempimento di natura liberatoria; per l'individuazione del nuovo cessionario sarebbe necessaria anche l'annotazione, senza la quale sussisterebbe sempre la possibilità che un ulteriore avente causa, annotando prima, pretenda l'adempimento*”.

applicano le disposizioni contenute negli artt. 1264-1265, che disciplinano la cessione del credito¹²¹.

Questa soluzione è avversata, invece, da coloro che sostengono che, in caso di conflitto tra più surrogati (o tra surrogato e cessionari) trovi applicazione il principio *prior in tempore potior in jure*¹²².

Cionondimeno, sembra preferibile la ricostruzione della prevalente dottrina, la quale esclude che l'annotazione ipotecaria incida sulla vicenda relativa al credito, che resta regolata dalle norme di diritto sostanziale. Pertanto, come la cessione del credito si perfeziona con l'accordo tra il cedente e il cessionario, così la surrogazione per volontà del debitore si perfeziona, con effetto fra le parti, quando sono presenti tutti gli elementi richiesti dall'art. 1202 c.c.¹²³

Più precisamente, si afferma che l'annotazione non costituisce un elemento ulteriore che condiziona l'efficacia del trasferimento del credito, ma è necessaria solo per l'efficacia rispetto ai terzi della trasmissione dell'ipoteca, come risulta espressamente dall'art. 2843 c.c.¹²⁴.

Ciò premesso, la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie ritengono che l'annotazione richiesta dall'art. 2843 c.c. abbia valore costitutivo, con la conseguenza che la formalità dell'annotazione costituisce un elemento

¹²¹ Cfr. BIANCA, *L'obbligazione*, cit., p. 359; ID., *Le garanzie reali. La prescrizione*, *Diritto Civile*, 7, Giuffrè, Milano, 2012, p. 414; ID., *Il debitore e i mutamenti del destinatario del pagamento*, Giuffrè, Milano, 1963, p. 234 ss.

¹²² Cfr. CARPINO, *Del pagamento con surrogazione*, pp. 30 e 56, il quale, con riferimento al conflitto tra il surrogato e terzi cessionari del credito, sostiene che “*al surrogato sarà [...] sufficiente dare prova dell'avvenuta surrogazione per prevalere sui terzi cessionari*”. Secondo l'A. le differenze esistenti tra la surrogazione e la cessione escludono che alla prima possano applicarsi le regole contenute negli artt. 1264 e 1265 c.c., posto che “*nella cessione si ha un negozio di trasferimento in senso tecnico, mentre nella surrogazione si ha un acquisto del credito su base non negoziale*”.

¹²³ Cfr. CHIANALE, *L'ipoteca*, cit., p. 97 ss.; RAVAZZONI, cit., p. 358 ss.; V. PANUCCIO, *La cessione volontaria dei crediti nella teoria del trasferimento*, Giuffrè, Milano, 1955, p. 38, in nota, secondo cui l'annotazione non riguarda il trasferimento del diritto principale, ma incide solo sull'opponibilità del trasferimento dell'ipoteca rispetto ai terzi.

¹²⁴ Cfr. CHIANALE, voce *Ipoteca*, cit., p. 174. PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, cit., p. 139, con riferimento alla cessione dei crediti, ritiene che non possa ravvisarsi un rapporto di regola ad eccezione tra gli artt. 2843 e 1265 c.c. perché le due norme attengono a due piani diversi: l'art. 2843 c.c. rileva ai fini della garanzia e della sua opponibilità, mentre l'art. 1265 c.c. rileva come criterio di risoluzione dei conflitti tra più cessionari.

integrativo necessario ed indispensabile per il perfezionamento del trasferimento della garanzia ipotecaria a favore del terzo surrogato¹²⁵.

In particolare, secondo la tesi maggioritaria, l'annotazione rileva, in primo luogo, per attribuire la legittimazione ad esercitare il diritto di garanzia a seguito della successione nel rapporto ipotecario. Invero, il creditore, che sia succeduto nel credito senza aver annotato la trasmissione della garanzia, non potrà farla valere, ma sarà considerato *medio tempore* semplice chirografario¹²⁶. In secondo luogo, l'annotazione disciplina i rapporti con i terzi, essendo la surrogazione opponibile a questi solo a seguito dell'intervenuta annotazione¹²⁷.

L'annotazione potrebbe avere un'utilità pratica anche nel senso di rendere edotti i terzi delle eventuali nuove pattuizioni concordate tra il debitore ed il successivo finanziatore. Tali modifiche non potrebbero comunque pregiudicare i diritti quesiti dei creditori anteriori, alterando la portata delle garanzie, che resta nei limiti fissati dal credito rimborsato.

La tesi maggioritaria trova giustificazione nella lettera dell'art. 2843 c.c., che sembra riconoscere valore costitutivo all'annotazione, nonché nella relazione di accompagnamento al codice civile in cui si legge che “[...] secondo il codice del 1865, l'annotazione serviva solo a impedire la cancellazione dell'ipoteca senza il consenso di colui che aveva eseguito

¹²⁵ Cfr. CASSANO, cit., p. 712; BIANCA, *L'obbligazione*, cit., p. 591; BOSCO, cit., p. 275; TAMBURRINO, cit., p. 245; CASERTANO, cit., p. 716. In giurisprudenza, Cass. 12 settembre 1997, n. 9023, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, p. 1691; Cass. 9 settembre 2004, n. 18188, in *Vita not.*, 2005, p. 275; Cass. 21 marzo 2003, n. 4137, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, p. 566, secondo cui “l'annotazione del trasferimento dell'ipoteca, a norma dell'art. 2843 c.c., ha valore costitutivo e si configura perciò come elemento integrativo indispensabile della fattispecie; ne consegue che il trasferimento dell'ipoteca a favore del creditore che abbia soddisfatto (nella specie, in forza di obbligazione fideiussoria) il credito munito di prelazione è inefficace nei confronti dei creditori concorrenti, ove non sia stata effettuata l'annotazione della surrogazione”.

¹²⁶ Cfr. PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, cit., p. 140 ss.

¹²⁷ Cfr. Cass. 25 luglio 1992, n. 8983, in *Giust. civ.*, 1993, p. 400 e Cass. 29 marzo 2006, n. 7236 in *Riv. giur. edilizia*, 2007, p. 541, con nota di A. CICIA, *Surrogazione del fideiussore e inadempimento del creditore*. In dottrina, cfr. RAVAZZONI, cit., pp. 355-356; M. FRAGALI, voce *Ipoteca (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XXII, Giuffrè, Milano, 1969, p. 822.

*l'annotazione stessa, per modo che la mancanza di questa non eliminava, se non in caso di cancellazione dell'iscrizione, il diritto all'ipoteca. Nel nuovo sistema, invece, come l'iscrizione ha effetto costitutivo per il sorgere dell'ipoteca, così l'annotazione ha effetto costitutivo per il trasferimento di essa*¹²⁸.

Più precisamente, secondo la dottrina tradizionale, gli atti traslativi dell'ipoteca non sono opponibili a coloro che abbiano iscritto o trascritto il loro titolo anteriormente all'annotazione.

Dall'accoglimento di detto orientamento consegue pure che, qualora nelle more dell'annotazione ipotecaria sopraggiunga una dichiarazione di fallimento, la surrogazione dell'ipoteca a favore del nuovo finanziatore sia inefficace nei confronti dei creditori concorrenti¹²⁹.

Questa conclusione non è tuttavia pacifica, in quanto una parte minoritaria della giurisprudenza di legittimità – seguita da una parte della giurisprudenza di merito – ritiene che l'annotazione del trasferimento dell'ipoteca in favore del nuovo creditore, pur avendo valore costitutivo, sia efficace anche se effettuata dopo il fallimento del debitore ipotecario, poiché tale annotazione non crea una nuova ipoteca suscettibile di pregiudicare gli interessi della massa di creditori¹³⁰.

¹²⁸ Cfr. Relazione di accompagnamento al codice civile, n. 1159, in *Codice civile. Testo e relazione ministeriale*, Istituto poligrafico dello Stato, Roma, 1943, p. 270; BIANCA, *Le garanzie reali, la prescrizione*, cit., p. 410, precisa che la formula adottata dal vigente art. 2843 c.c. differisce rispetto a quella dell'art. 1994 del codice del 1865, che prevedeva l'annotazione come una possibilità del cessionario e degli altri soggetti interessati. L'Autore rileva che da questa considerazione la dottrina desumeva che l'annotazione, essendo facoltativa, non era condizione né per l'acquisto né per la sua efficacia di fronte ai terzi.

¹²⁹ In tal senso PETRELLI, cit., p. 9; CASERTANO, cit., p. 717, la quale precisa che “*in caso di fallimento del debitore, la mancata annotazione [...] precluderà all'acquirente di essere ammesso al passivo con prelazione ipotecaria, ovvero di esercitare la surrogazione nell'ipoteca*”. In giurisprudenza si veda Cass. 9 settembre 2004, n. 18188, in *Foro it.*, 2004, p. 2689; Cass. 27 giugno 2004, n. 14003, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, p. 7; Cass. 21 marzo 2003, n. 4137, cit.; Cass. 12 settembre 1997, n. 9023, cit.

¹³⁰ Secondo Cass. 14 febbraio 1980, n. 1060, in *Foro it.*, 1981, I, p. 1166, il trasferimento dell'ipoteca in favore del fideiussore surrogatosi nei diritti del creditore soddisfatto è inefficace nei confronti del fallimento, se la relativa annotazione è stata eseguita successivamente alla dichiarazione di fallimento del debitore garantito.

Al contrario, essa comporta la mera sostituzione del creditore subentrante al creditore sostituito nell'iscrizione originaria, la quale è conoscibile dalla massa di creditori, considerato che risulta dai pubblici registri già al momento della pubblicazione della sentenza di fallimento¹³¹.

È infatti utile sottolineare come, a seguito dell'annotazione, la situazione economico-patrimoniale della massa dei creditori e del creditore pignorante non cambi sotto il profilo delle probabilità di soddisfacimento dei propri crediti, essendo la formalità prevista dall'art. 2843 c.c. assolutamente neutra sotto questo aspetto¹³².

La giurisprudenza ha cercato di conciliare la valenza costitutiva dell'annotazione con il verificarsi automatico, in virtù dei presupposti disciplinati dal codice civile, della surrogazione in favore del creditore surrogato, affermando che l'effetto costitutivo non concerne le parti del rapporto che ha dato luogo alla trasmissione del credito e della garanzia, ma esclusivamente i terzi, ed in particolare coloro che, quali acquirenti del bene ipotecato o creditori del proprietario del bene, possono vantare diritti sul bene medesimo¹³³.

Una dottrina autorevole critica questo orientamento, sostenendo che un effetto costitutivo non possa operare nei confronti di alcuni soggetti e

¹³¹ In tal senso Cass. 10 agosto 2007, n. 17644, in *Giust. civ.*, 2008, p. 2885; Cass. 25 luglio 1992, n. 8983, in *Giur. comm.*, 1993, p. 485 ss., con nota di G. PRESTI, *Annotazione per il subingresso ipotecario e fallimento del proprietario del bene*; Trib. Monza 28 febbraio 2002, in *Fall.*, 2002, p. 1139; Trib. Reggio Emilia 31 marzo 1995, in *Dir. fall.*, 1996, p. 557 ss.; Trib. Milano 22 maggio 1978, in *Giur. comm.*, 1979, p. 878 ss.

¹³² Cfr. BEVILACQUA, cit.

¹³³ Cfr. Cass. 10 luglio 1980, n. 4419, in *Rep. Giur. It.*, 1980, voce *Ipoteca*, n. 6; Cass. 27 dicembre 1963, n. 3221, e Cass. 27 dicembre 1963, n. 3222, in *Giust. civ.*, 1964, I, p. 268. È opinione dominante in dottrina che l'annotazione sia necessaria, come requisito di efficacia della trasmissione dell'ipoteca, solo nei rapporti con i terzi, e non in quelli tra le parti del rapporto di trasmissione: si veda, in particolare, RUBINO, cit., p. 38; TAMBURRINO, cit., p. 245 ss.; P. BOERO, *Le ipoteche*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fondata da W. BIGIAMI, UTET, Torino, 1999, p. 134; FRAGALI, voce *Ipoteca*, cit., p. 822.

non di altri¹³⁴. Inoltre si afferma che il riconoscimento della natura costitutiva dell'annotazione rende la circolazione dell'ipoteca insicura.

Difatti, si osserva che, rimanendo nell'ottica della ricostruzione maggioritaria, il creditore subentrante, il quale esegua l'annotazione dopo la trascrizione di un acquisto immobiliare da parte di un terzo, non potrebbe opporre a costui l'iscrizione ipotecaria nella quale è subentrato, sebbene detta iscrizione sia anteriore, con l'inevitabile conseguenza della perdita del diritto di seguito, cioè del diritto di procedere all'esecuzione del bene ipotecato nei confronti del terzo acquirente¹³⁵.

Allo stesso modo, il creditore subentrante, che esegua l'annotazione dopo la trascrizione di un pignoramento del bene da parte di un altro creditore, non potrebbe opporre a costui l'iscrizione ipotecaria nella quale è subentrato, sebbene detta iscrizione sia anteriore.

Ciò comporta la perdita di un elemento indefettibile dell'ipoteca, lo *ius praelationis*, che consiste nel diritto di essere soddisfatto in modo preferenziale sull'importo ricavato dall'esecuzione¹³⁶.

La conseguenza irragionevole – e ingiustificatamente penalizzante per il creditore subentrante – è *“lo svuotamento dell'ipoteca, il venir meno del suo carattere di diritto reale; poiché un'ipoteca priva dei suoi elementi essenziali non è più tale, si potrebbe affermare che si sia in presenza di una*

¹³⁴ Cfr. PRESTI, *Annotazione per il subingresso ipotecario e fallimento del proprietario del bene*, cit., p. 497 ss. Secondo l'Autore *“l'annotazione del trasferimento dell'ipoteca è condizione necessaria per rendere il trasferimento stesso efficace tanto nei confronti del proprietario del bene (e quindi dei suoi aventi causa e dei suoi creditori) quanto nei confronti di altri acquirenti (del credito e) e dell'ipoteca o pignoranti (del credito e) dell'ipoteca. Mentre però l'annotazione serve, nei confronti del proprietario del bene e dei soggetti che da lui hanno causa, esclusivamente per certificare la legittimazione a far valere il diritto di garanzia e stabilire il momento dal quale operano le modificazioni di disciplina del rapporto ipotecario connesse alla mutata titolarità dell'ipoteca, nei confronti della seconda categoria di soggetti essa, invece, ha la funzione di risolvere, tramite il criterio temporale, il conflitto tra più titoli di acquisto o di vincolo sull'ipoteca”*.

¹³⁵ Cfr. BEVILACQUA, cit.

¹³⁶ *Ibidem*.

nuova causa di estinzione dell'ipoteca, inammissibile in quanto non prevista dall'art. 2878 c.c."¹³⁷.

Si ritiene quindi che l'orientamento prevalente crei un disincentivo all'erogazione di finanziamenti tramite il meccanismo della surrogazione ex art. 1202 c.c., a danno degli obiettivi perseguiti dal legislatore.

Più precisamente, questa dottrina rileva come l'asserita natura costitutiva dell'annotazione ipotecaria sia incompatibile con la regola generale secondo cui i diritti di garanzia si trasferiscono automaticamente insieme al credito ai sensi degli artt. 1204 co. 1 e 1263 co. 1 c.c. Piuttosto, l'efficacia di tale formalità pubblicitaria deve essere intesa in coerenza con l'efficacia traslativa della surrogazione¹³⁸.

In virtù dell'annotazione, infatti, il diritto di ipoteca trasmesso non può acquisire il grado risultante dalla data dell'annotazione proprio perché il codice non ha previsto un'ulteriore iscrizione dell'ipoteca, ma l'iscrizione originaria rimane l'iscrizione costitutiva dell'ipoteca passata al nuovo titolare¹³⁹.

Inoltre, è stato affermato che un'eventuale modifica del grado dell'ipoteca originaria in occasione della portabilità determinerebbe un aumento del rischio sotteso al nuovo finanziamento, cosicché sarebbero necessarie nuove ispezioni ipotecarie e nuove valutazioni della complessiva

¹³⁷ *Ibidem*.

¹³⁸ Cfr. SIRENA, *Alcuni problemi sistematici in materia di c.d. portabilità del mutuo bancario o finanziario*, cit., il quale assimila la funzione dell'annotazione a quella della notificazione o dell'accettazione di cui all'art. 1265 c.c., sostenendo che essa serve a dirimere i conflitti tra più aventi causa dello stesso creditore ipotecario, con la conseguenza che prevarrà l'avente causa che per primo ottenga l'annotazione nei pubblici registri; FAUSTI, *Anticipata estinzione del mutuo e portabilità dell'ipoteca (articoli 7, 8 e 8 bis della legge 2 aprile 2007, n. 40)*, cit., p. 40 ss.

¹³⁹ Cfr. BIANCA, *Le garanzie reali, la prescrizione*, cit., p. 411; PANUCCIO, cit., p. 38, in nota, con riferimento alla cessione del credito, sostiene che "*proprio perché l'annotazione è un fenomeno modificativo della pubblicità originaria (iscrizione), che resta identica nei suoi elementi oggettivi, il cessionario, a seguito dell'annotazione, acquista lo stesso grado e gli stessi diritti dell'originario creditore ipotecario*".

esposizione debitoria, e ciò a scapito della regolare circolazione del credito¹⁴⁰.

In forza di questa diversa ricostruzione, l'annotazione è principalmente volta a risolvere i conflitti tra i diversi acquirenti dello stesso credito ipotecario, con la conseguenza che l'ipoteca è opponibile in base alla data della sua iscrizione ai terzi che abbiano trascritto o iscritto titoli appropriativi incompatibili, a prescindere dall'antiorità dell'annotazione rispetto al titolo del terzo¹⁴¹. È necessaria solo l'antiorità del titolo che dà diritto all'annotazione¹⁴².

Giova sottolineare la presenza di un'ulteriore ricostruzione dottrinale, che pare preferibile, ad avviso della quale il trasferimento dell'ipoteca, in capo al soggetto che subentra nel credito, opera indipendentemente dalla formalità dell'annotazione, non solo verso i terzi ma anche tra le parti.

Per i medesimi rilievi evidenziati dai sostenitori della teoria dichiarativa, anche questa tesi ritiene che la sentenza di fallimento pubblicata anteriormente all'annotazione ipotecaria e le formalità pubblicitarie trascritte o iscritte anteriormente all'annotazione non possano produrre alcun effetto pregiudizievole nei confronti del creditore subentrante che esegue l'annotazione.

In aggiunta, si sottolinea però come la funzione dell'annotazione non sia nemmeno quella di risolvere i conflitti tra i soggetti subentranti nel

¹⁴⁰ Cfr. LEMMA, cit., p. 1792.

¹⁴¹ Cfr. PRESTI, *Annotazione per il subingresso ipotecario e fallimento del proprietario del bene*, cit., p. 498 ss.

¹⁴² Cfr. FAUSTI, *Anticipata estinzione del mutuo e portabilità dell'ipoteca (articoli 7, 8 e 8 bis della legge 2 aprile 2007, n. 40)*, cit., p. 40. Secondo l'A. "se il creditore iscritto (prima della trascrizione del fallimento o di un'altra formalità pregiudizievole sul bene oggetto di ipoteca) è stato pagato con surrogazione, di fatto non ha più interesse all'ipoteca: ritenere in questo caso che il solvens, per il fatto di non aver fatto l'annotazione, non possa opporre l'ipoteca al fallimento, equivale a dire che l'ipoteca ha subito una specie di estinzione atipica, in quanto di fatto, pur essendo iscritta, nessuno potrebbe utilizzarla. Senza contare, [...], che in realtà nessun pregiudizio subisce la massa dei creditori, dalla sostituzione del soggetto titolare dell'ipoteca". Per un quadro complessivo della dottrina e della giurisprudenza in materia di annotazione ipotecaria si veda BOERO, cit., p. 940 ss.

credito ipotecario, i quali devono essere risolti in base alle regole di diritto sostanziale dettate al riguardo¹⁴³. E ciò, in quanto l'annotazione è soltanto un onere previsto dalla legge a carico del soggetto che subentra nel credito ipotecario affinché si producano determinati effetti nei confronti dei terzi, concernenti il trasferimento dei poteri relativi al rapporto ipotecario dall'originario creditore al nuovo¹⁴⁴.

In particolare, questi effetti riguardano le notifiche, la cancellazione dell'ipoteca, la legittimazione all'esercizio dei poteri e delle facoltà derivanti dall'iscrizione ipotecaria, e il loro trasferimento impedisce al precedente titolare di esercitare i medesimi poteri relativi al rapporto ipotecario. Difatti, in mancanza di annotazione, il precedente titolare del credito potrebbe rilasciare il consenso alla cancellazione dell'ipoteca e le intimazioni e le notificazioni previste dalla legge verrebbero fatte al precedente titolare del credito.

La natura dichiarativa dell'annotazione è stata accolta da una parte della giurisprudenza, la quale ha riconosciuto che l'annotazione viene imposta dalla legge ai soli fini identificativi del nuovo creditore e della garanzia trasmessa, posto che la garanzia reale è già iscritta, con la conseguenza che la trasmissione del vincolo, non determinando alcun pregiudizio per i creditori, è efficace nei confronti di questi ultimi¹⁴⁵.

L'accoglimento della tesi dell'efficacia dichiarativa dell'annotazione si impone *a fortiori* con riferimento alla disciplina della portabilità dei mutui, considerato che, se il nuovo finanziatore dovesse subire la

¹⁴³ Cfr. BIANCA, *Le garanzie reali, la prescrizione*, cit., p. 414.

¹⁴⁴ Cfr. CHIANALE, *L'ipoteca*, cit., p. 99 ss.; BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 411; LEMMA, cit., p. 1792; G. BARALIS, *Annotazione ipotecaria: problemi e riflessioni*, in *Rivista del Notariato*, 2014, pp. 216-217. Quest'ultimo, con riguardo alla fattispecie di cui all'art. 1202 c.c., sostiene che "sarebbe del tutto irragionevole, fuori dal mondo, ipotizzare che possa esistere una duplicità (triplicità...) di quietanze da parte del creditore soddisfatto a fronte di un debitore che... paga due volte; non esiste in questo caso una vera conflittualità di surrogazioni. [...] l'annotazione esprimerà una dichiaratività debole [...] correlata alla legittimazione della cancellazione e a poteri minori, strumentali".

¹⁴⁵ Cfr. Cass. 10 agosto 2007, n. 17644, in *Vita Notarile*, 2007, p. 1197.

prevalenza di un'ipoteca di grado inferiore a quello originario, verrebbe per ciò stesso frustrata la finalità della legge di incentivare l'efficienza del mercato creditizio.

Per completezza dell'esposizione, si segnala che l'art. 120 quater TUB si limita a indicare le formalità attinenti alla surroga nelle garanzie ipotecarie, senza nulla prevedere in ordine alle altre garanzie reali e personali, che sono richiamate dal co. 2 della norma.

Rispetto ad esse autorevole dottrina ritiene che l'opponibilità della surroga postuli il rispetto delle formalità necessarie a rendere coercibile nei confronti del vecchio creditore e del debitore la modifica del lato attivo del rapporto obbligatorio¹⁴⁶.

È bene sottolineare che, qualora rilevino garanzie personali, il subentro nelle stesse può incontrare difficoltà legate alle eventuali limitazioni contrattuali che regolano la garanzia e che impediscono il trasferimento del credito, fermo restando il diritto del fideiussore di revocare la fideiussione emessa¹⁴⁷.

1.9.4. Il consenso del terzo garante

La novella del 2007 non ha esaminato l'eventualità che le garanzie personali o reali, che assistono il finanziamento originario, siano state prestate da un terzo anziché dal debitore¹⁴⁸.

¹⁴⁶ Cfr. GIAMPIERI, cit., p. 476, in quale specifica che “[...] le forme di opponibilità della garanzia (ad esempio, nel caso di pegno su quote di S.r.l., la iscrizione presso il Registro delle imprese piuttosto che la notifica in caso di fideiussione rilasciata da terzi ovvero l'annotazione nel libro soci nelle ipotesi di pegno su titoli o quote) non dovrebbero essere derogate”. L'A. ricorda che nel caso del pegno l'art. 1204 c.c. rinvia all'art. 1263 co. 2 c.c., che vieta al creditore rimborsato di trasferire a quello surrogato il possesso della cosa ricevuta in pegno, salvo diverso accordo.

¹⁴⁷ Ivi, cit., pp. 476-477.

¹⁴⁸ È opportuno evidenziare come in giurisprudenza e in dottrina sia pacifico che garanzie diverse – personali e reali – possano concorrere sul medesimo credito. Cfr. Cass. 23 aprile 1999, n. 4033, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2000, II, p. 534, con nota di P. BELTRAMI, *Sul concorso di garanzie reali e personali prestate dallo stesso soggetto*; Cass. 14 luglio 1971, n. 2300, in *Foro it. Rep.*, 1971, voce *Obbligazioni in genere*, n. 42; Cass. 13 aprile 1960, n. 846, in *Foro it.*, 1960, I, c. 1741. In dottrina si veda BOERO, cit., pp. 726-727.

In generale, l'art. 1204 co. 1 c.c. statuisce che la surrogazione “*ha effetto anche contro i terzi che hanno prestato garanzia per il debitore*”, ma – in virtù del combinato disposto dell'art. 1204 co. 2 c.c. con l'art. 1263 co. 2 c.c. – la cosa data in pegno può essere consegnata al creditore surrogato solo con il consenso del terzo datore.

L'automatica efficacia della portabilità nei confronti dei terzi datori di ipoteca trova spiegazione nella funzione della surrogazione, che comporta il subentro in tutti i diritti del creditore, e si pone in sintonia con gli interessi protetti, posto che può ragionevolmente presumersi che il terzo garante resti disponibile alla sua prestazione nei confronti del debitore, che è rimasto immutato a fronte del cambiamento della persona del creditore¹⁴⁹.

Quanto affermato non incontra obiezioni purché non peggiorino le condizioni dell'impegno del terzo, cosa che avviene se la durata del nuovo contratto eccede quella del finanziamento originario. In tal caso, infatti, si determinerà un corrispondente prolungamento delle garanzie reali o personali.

Invero, questa è una eventualità destinata a verificarsi abbastanza spesso, perché è ragionevole prevedere che in molti casi il debitore vorrà scaglionare la restituzione del capitale e degli interessi su un periodo più lungo rispetto a quello convenuto in occasione della stipula dell'originario rapporto.

Una simile eventualità può penalizzare, di fatto, il fideiussore perché si verifica una modifica delle condizioni dell'originario rapporto obbligatorio, che questi potrebbe ritenere pregiudizievole. Pertanto, in tale ipotesi pare opportuno richiedere il consenso del terzo fideiussore¹⁵⁰.

¹⁴⁹ Cfr. CASSANO, cit., p. 704.

¹⁵⁰ Cfr. SIRENA, *Alcuni problemi sistematici in materia di c.d. portabilità del mutuo bancario o finanziario*, cit.; FAUSTI, *Ancora una crisi per i mutui ipotecari. Dall'analisi economica della “portabilità”, all'analisi giuridica dei rapporti finanziari*, cit.; FUSARO, *Variazioni in tema di garanzie*

Più precisamente, è sì vero che l'importo del nuovo finanziamento non può essere superiore all'importo residuo di quello precedente, ma il fideiussore, nel momento in cui ha assunto l'obbligazione di garanzia, sapeva che l'obbligazione principale aveva un determinato termine di scadenza (quello convenuto nel primo contratto di finanziamento), mentre successivamente viene a trovarsi di fronte ad un nuovo termine di scadenza (quello convenuto dal debitore con il nuovo finanziatore) posticipato rispetto a quello originario.

Oltre a ciò, si consideri che i rapporti tra la durata della fideiussione e la durata dell'obbligazione principale sono disciplinati dall'art. 1957 c.c., in forza del quale il creditore deve agire giudizialmente nei confronti del debitore entro un breve termine (sei mesi o due mesi) dalla scadenza dell'obbligazione principale, a pena di decadenza dalla garanzia fideiussoria. Considerato che per scadenza dell'obbligazione principale deve intendersi il termine di scadenza previsto nell'originario contratto di finanziamento, è chiaro che il nuovo termine, convenuto nel secondo contratto, non sarà opponibile al fideiussore senza il suo consenso¹⁵¹.

Cionondimeno, deve rilevarsi che nella prassi sono frequenti pattuizioni che derogano all'art. 1957 c.c., le quali o prevedono una rinuncia preventiva da parte del fideiussore alla possibilità di far valere la decadenza del creditore *ex art. 1957 c.c.* o stabiliscono che la durata della

autonome personali e reali: l'accessorietà dell'ipoteca come dogma in crisi?, cit., p. 689; BEVILACQUA, cit.

¹⁵¹ La regola si desume dalla giurisprudenza che si è pronunciata in tema di proroga accordata al debitore dal creditore e che ha affermato che il creditore concede a proprio rischio le proroghe che non gli consentono di agire entro i termini previsti dall'art. 1957 c.c. Si veda Cass. 28 dicembre 1993, n. 12901, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, c. 1308, secondo cui non è opponibile al fideiussore l'accordo, intercorso fra creditore e debitore, con il quale venga dilazionato il termine di pagamento per il debitore, spostando il termine di decadenza previsto dall'art. 1957 c.c.

fideiussione sia ancorata non già alla scadenza dell'obbligazione garantita, ma al suo soddisfacimento¹⁵².

Altra dottrina, invece, ritiene che il terzo garante, in forza della previsione di cui all'art. 1204 c.c., sia sempre “*alla mercé del debitore*”, salva la responsabilità di quest'ultimo per il risarcimento dei danni conseguenti al pregiudizio subito dall'aspettativa del garante¹⁵³.

Per quando riguarda le garanzie reali si può ragionevolmente ritenere che esse si prolunghino anche in mancanza di una qualsiasi manifestazione di volontà del terzo datore di ipoteca, il quale ben potrà essere penalizzato dalla durata del nuovo contratto che eventualmente oltrepassi il termine di scadenza del primo contratto di finanziamento¹⁵⁴. Tuttavia, si tratterà di un mero pregiudizio di fatto e non della lesione di una situazione giuridicamente tutelata¹⁵⁵.

¹⁵² Cfr. CASSANO, cit., p. 704; GATTONI, cit.; FUSARO, *Variazioni in tema di garanzie autonome personali e reali: l'accessorietà dell'ipoteca come dogma in crisi?*, cit., p. 689. La derogabilità dell'art. 1957 c.c. è ormai pacifica in giurisprudenza: si veda Cass. 11 gennaio 2006, n. 394, in *Foro it.*, 2006, p. 2364; Cass. 27 novembre 2002, n. 16758, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, p. 2059; Cass. 20 agosto 1992, n. 9719, in *Foro it.*, 1993, I, c. 2173; Cass. 24 marzo 1994, n. 2827, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1995, II, p. 558; Cass. 22 giugno 1993, n. 6897, *Giust. civ. Rep.*, 1993, voce *Fideiussione*, n. 2; Cass. 8 febbraio 1989, n. 786, in *Giur. it.*, 1989, I, 1, c. 1517; Cass. 12 novembre 1988, n. 6142, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1989, II, p. 412; Cass. 2 maggio 1980 n. 2901, in *Giur. it.*, 1980, I, 1, c. 1416.

¹⁵³ Cfr. FAUSTI, *Anticipata estinzione del mutuo e portabilità dell'ipoteca (articoli 7, 8 e 8 bis della legge 2 aprile 2007, n. 40)*, cit., p. 51. È critico SIRENA, *Alcuni problemi sistematici in materia di c.d. portabilità del mutuo bancario o finanziario*, cit., che non rinviene un danno ingiusto ai sensi dell'art. 2043 c.c., se non forse nel dolo del soggetto finanziato, il quale, venendo meno al canone di buona fede, abbia determinato un deterioramento della posizione del garante. In definitiva, il rimedio per il terzo garante opererebbe sul piano dei rapporti interni con il debitore, ma non comporterebbe la caducazione della garanzia nei confronti della banca subentrante.

¹⁵⁴ Cfr. FUSARO, *Variazioni in tema di garanzie autonome personali e reali: l'accessorietà dell'ipoteca come dogma in crisi?*, cit., p. 689; SIRENA, *Alcuni problemi sistematici in materia di c.d. portabilità del mutuo bancario o finanziario*, cit., chiarisce che questa conclusione è possibile purché si parta dal presupposto che il mutuo sia un contratto ad esecuzione istantanea, benché differita nel tempo mediante la successiva scadenza delle rate di rimborso. Solo così il prolungamento della sua durata non determina la costituzione di nuove obbligazioni, rispetto alle quali occorrerebbe una nuova concessione di ipoteca da parte del terzo datore, ma semplicemente la variazione delle modalità di adempimento delle obbligazioni già esistenti. Ad avviso dell'A., per le medesime ragioni, anche la proroga dell'ipoteca non avrebbe bisogno di essere annotata in margine all'iscrizione, svolgendo la stessa mera funzione di pubblicità-notizia. Si veda anche P. SIRENA, *Il ius variandi della banca dopo il c.d. decreto legge sulla competitività (n. 223 del 2006)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2007, p. 268 ss.

¹⁵⁵ BEVILACQUA, cit.

Questa affermazione trova fondamento nelle statuizioni della giurisprudenza e nelle opinioni della dottrina che hanno negato l'applicazione analogica dell'art. 1957 c.c. all'ipoteca concessa da un terzo¹⁵⁶.

In primo luogo, si è sostenuto che la disposizione di cui all'art. 1957 c.c. abbia natura eccezionale, e quindi non sia applicabile per analogia, dal momento che prevede un termine di decadenza¹⁵⁷.

Si è poi rilevato che il legislatore ha disciplinato la posizione del terzo datore di ipoteca agli artt. 2868-2871 c.c., senza operare un rinvio alle norme sulla fideiussione per gli aspetti non regolati. Inoltre, si è evidenziata la diversa natura giuridica dei due tipi di garanzia, essendo il fideiussore titolare di un'obbligazione, per la quale risponde con tutto il suo patrimonio ai sensi dell'art. 2740 c.c., mentre il terzo datore di ipoteca non è titolare di un'obbligazione e risponde dell'inadempimento del debitore solamente con il bene vincolato¹⁵⁸.

Infine, si è detto che la *ratio* dell'art. 1957 c.c. è data dalla “*esigenza di evitare che la posizione del fideiussore resti per lungo tempo incerta con evidente pregiudizio*” per i suoi interessi, considerata l'ampiezza della responsabilità patrimoniale derivante dalla fideiussione, mentre la stessa esigenza non sussiste nell'ipotesi “*del terzo datore di ipoteca, in*

¹⁵⁶ Cfr. Cass. 23 aprile 1999, n. 4033, cit.; Cass. 9 aprile 1982, n. 2200, in *Giur. it. Rep.*, 1982, voce *Ipoteca*, n. 3; Cass. 13 aprile 1960, n. 846, cit. In dottrina, RAVAZZONI, cit., p. 572; GORLA, cit., p. 394; BOERO, cit., p. 833.

¹⁵⁷ La giurisprudenza riconosce pacificamente che il termine di cui all'art. 1957 sia di decadenza: cfr. Cass. 9 dicembre 1997 n. 12456, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, p. 2354; Cass. 12 novembre 1997 n. 11176, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, p. 2148.

¹⁵⁸ Cfr. BELTRAMI, cit., pp. 542-543; FRAGALI, cit., p. 777, secondo cui il terzo datore di ipoteca è un responsabile, che evita l'azione esecutiva pagando il debito garantito, non perché vi è obbligato, ma perché l'attuazione dell'interesse del creditore estingue la sua responsabilità. In giurisprudenza, si veda Cass. 6 maggio 1994, n. 4420, in *Mass. Gust. Civ.*, 1994, p. 621.

*considerazione del vincolo più ristretto, anche se più intenso, che quest'ultima garanzia impone*¹⁵⁹.

1.10. Rinegoziazione del contratto di finanziamento

La portabilità si affianca e differisce dalla rinegoziazione del contratto stipulato tra le parti originarie, perché la prima comporta il trasferimento del debito da un finanziatore ad un altro, mentre la seconda è un contratto stipulato tra le parti originarie, che modifica il precedente assetto di interessi, per far fronte all'insorgere di una situazione di crisi del debitore o, più semplicemente, al cambiamento delle condizioni – di mercato o legislative – in cui il rapporto si colloca (es. tasso di interesse, durata, commissioni, ecc.)¹⁶⁰.

La rinegoziazione è disciplinata dall'art. 120 quater co. 5 TUB, che fa 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”*, allo scopo di ottenere migliori condizioni finanziarie dagli istituti di credito, e così evitare il rischio di un'azione esecutiva connessa al mancato adempimento del debito.

Al tempo stesso, la rinegoziazione risponde anche all'interesse della banca di non perdere né indebolire le garanzie di cui già gode e di eliminare gli ostacoli che si frappongono al regolare rimborso del debito da parte del soggetto finanziato¹⁶¹.

¹⁵⁹ Cfr. Cass. 13 aprile 1960, n. 846, cit.

¹⁶⁰ Cfr. BUSANI, cit. e BARATTERI, cit., p. 198. Secondo quest'ultimo *“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 progressivo), il tutto senza costi e spese aggiuntive”*.

¹⁶¹ Cfr. F. FIORUCCI, *La rinegoziazione dei mutui bancari*, in *Il nuovo diritto delle società*, 2012, p. 10.

La disposizione – assente nella norma di cui all’art. 8 del decreto Bersani bis, ma introdotta dalla l. n. 244/2007 – disciplina la rinegoziazione volontaria e si affianca alla c.d. rinegoziazione obbligatoria, prevista dall’art. 3 d.l. n. 93/2008 (c.d. decreto Tremonti), convertito con l. n. 126/2008, in relazione ai soli mutui a tasso variabile stipulati anteriormente alla data di entrata in vigore del decreto (28 maggio 2008) per l’acquisto, la costruzione o la ristrutturazione dell’abitazione principale¹⁶².

Ecco che il contenuto del quinto comma dell’art. 120 quater TUB determina sostanzialmente un allargamento della facoltà di rinegoziazione senza spese.

Difatti, al fine di incentivare il ricorso alla rinegoziazione, il legislatore ha previsto la conservazione dei benefici fiscali e la gratuità dell’operazione, in considerazione del fatto che in passato le banche erano solite addossare al cliente costi molto gravosi (es. costi amministrativi, commissioni bancarie)¹⁶³.

Sul piano economico, questa fattispecie può essere ricondotta agli strumenti di conservazione della quota di mercato a disposizione di un istituto bancario, da impiegare per contrastare pratiche commerciali aggressive, ma lecite, dei concorrenti. Tuttavia, il quinto comma dell’art. 120 quater TUB non avvantaggia solo il creditore originario, ma anche il debitore che viene premiato per il suo “*attivismo di mercato*”¹⁶⁴.

¹⁶² L’art. 3 del d.l. n. 93/2008 ha stabilito che le modalità ed i criteri della rinegoziazione coattiva avrebbero dovuto essere definiti da un’apposita convenzione da stipulare tra il Ministero dell’economia e l’ABI – effettivamente sottoscritta il 19 giugno 2008 – aperta all’adesione di banche e intermediari finanziari ex art. 106 TUB. Per maggiori approfondimenti sulla rinegoziazione obbligatoria si veda VIOTTI, cit., pp. 3084-3091; F. NAPPI, *Profili della disciplina del credito al consumo. La rinegoziazione dei mutui ex art. 3 l. 24 luglio 2008 n. 126*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2010, p. 24 ss.; F. MAIMERI, *Rinegoziazione dei mutui a tasso variabile*, in *DbancaMercFin*, 2008, n. 3, parte II, p. 37 ss.; BOSCO, cit., pp. 279-282.

¹⁶³ Cfr. G. PRESTI, *La rinegoziazione dei mutui ipotecari*, in *Riv. dir. priv.*, 1999, pp. 269-270.

¹⁶⁴ Cfr. LEMMA, cit., pp. 1782 e 1794. Secondo G. MARASCO, *La rinegoziazione del contratto*, CEDAM, Padova, 2006, pp. 68-69, attraverso la rinegoziazione, che “[...] consente l’adeguamento concordato del contratto, [...] le parti mettono a confronto le reciproche aspettative alla ricerca di un punto d’equilibrio che, in questo frangente, dovrebbe essere più facile ritrovare viaggiando le stesse su un medesimo

È opportuno precisare che detto contratto modificativo non dà luogo ad una vicenda novativa rispetto alle precedenti obbligazioni, dato che le parti non hanno il c.d. *animus novandi*, ma sono interessate al mantenimento dell'originario rapporto. Inoltre, manca il c.d. *aliquid novi* perché le modifiche concordate non attengono alla causa o all'oggetto del rapporto, ma al mero profilo esecutivo¹⁶⁵.

Mentre nella portabilità il mutuante subentra nelle garanzie, personali e reali, accessorie al credito surrogato, al contrario, la rinegoziazione comporta la permanenza delle garanzie già iscritte nonché la conservazione dei benefici fiscali eventualmente concessi a favore del primo finanziamento. Ciò in quanto essa consiste nella mera modificazione del medesimo assetto contrattuale, sostanzialmente per la sola parte inerente al piano di ammortamento e, dunque, alle modalità di rientro della disponibilità finanziata.

Sebbene una parte della dottrina¹⁶⁶ ritenga opportuno che eventuali terzi garanti partecipino all'accordo con cui il debitore e il creditore pattuiscono un mutamento del termine di restituzione del capitale o una

binario (l'accordo precedentemente raggiunto è la traccia che i contraenti sono chiamati a seguire anche in sede di rinegoziazione)".

¹⁶⁵ MARASCO, cit., pp. 164-166, esclude che l'accordo modificativo abbia di per sé natura novativa, in coerenza con la funzione assolta, che mira a gestire le "sopravvenienze nell'ottica della perfetta esecuzione del rapporto contrattuale" e a realizzare la "sottostante operazione economica così come originariamente concepita e voluta". Cfr. anche FIORUCCI, cit., p. 13, secondo il quale "costituiscono invece novazione le variazioni dell'importo originario del mutuo, dell'importo della garanzia ipotecaria e dell'immobile ipotecato"; V.M. CESARO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, ESI, Napoli, 2000, p. 198. Perviene a soluzioni analoghe con riferimento alla rinegoziazione coattiva VIOTTI, cit., p. 3087. Secondo P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, 6ª ed., ESI, Napoli, 2007, p. 260, "una mera modificazione quantitativa della prestazione o del suo oggetto non necessariamente determina novazione in quanto ad essa non sempre consegue anche una modificazione dell'interesse. A questo riguardo la modificazione delle modalità accessorie dell'obbligazione non producono novazione proprio perché, in sé prese, non sono tali da incidere sensibilmente sull'assetto degli interessi sottesi al rapporto". Anche la giurisprudenza prevalente ritiene che le modifiche apportate al contratto originario concernenti le modalità di esecuzione della prestazione o altre circostanze accessorie non abbiano carattere novativo, poiché non comportano una radicale innovazione dell'assetto di interessi realizzato dall'obbligazione: in tal senso Cass., 9 aprile 2003, n. 5576, in *Arch. loc.*, 2003, p. 632; Cass., 5 febbraio 1985, n. 770, in *Dir. fall.*, 1985, p. 360; Cass. 6 agosto 1983, n. 5279, in *Giust. civ. Mass.*, p. 1862; Cass. 11 giugno 1969, n. 2069, in *Giur. it.*, 1970, I, 1, p. 1855.

¹⁶⁶ Cfr. FIORUCCI, cit., p. 15; PRESTI, *La rinegoziazione dei mutui ipotecari*, cit., p. 277, nota 19, secondo cui le modifiche citate comportano un aggravamento della responsabilità ipotecaria del terzo datore.

modificazione del tasso di interesse, si ritiene che non sia necessario coinvolgere il terzo datore di ipoteca perché le modifiche accessorie pattuite dalle parti realizzano solo una variazione quantitativa della prestazione o una modifica delle modalità di adempimento della stessa.

In aggiunta, si consideri che, in mancanza di una specifica convenzione, al terzo datore di ipoteca non si applicano le norme di limitazione della responsabilità previste per il fideiussore¹⁶⁷.

Per contro, in caso di prolungamento della durata del finanziamento, deve essere richiesto il consenso del terzo fideiussore, eccezion fatta per le ipotesi in cui – in deroga all'art. 1957 c.c. – la durata della fideiussione sia ancorata non già alla scadenza dell'obbligazione garantita, ma al suo effettivo soddisfacimento¹⁶⁸.

L'art. 120 quater co. 5 TUB non costituisce una novità legislativa, ma è espressione del principio generale dell'autonomia negoziale di cui all'art. 1321 c.c., il quale, come noto, consente alle parti di stipulare accordi anche per regolare rapporti giuridici patrimoniali¹⁶⁹.

Da ciò consegue che la banca non è costretta ad aderire alla pretesa del cliente di correggere il contratto già stipulato, mentre nella portabilità l'originario finanziatore – che riceve una somma di denaro pari a quella

¹⁶⁷ Secondo Cass. 23 aprile 1999, n. 4033, cit., p. 534, “non trova applicazione, in difetto di espressa previsione, con riguardo al caso dell'ipoteca concessa da un terzo, l'onere, imposto dall'art. 1957 c.c. al creditore, perché possa conservare la garanzia prestatagli dal fideiussore, di agire contro il debitore principale entro sei mesi dalla scadenza dell'obbligazione”.

¹⁶⁸ Cass. 28 dicembre 1993, n. 12901, cit., c. 1311, statuisce che “[...] non può ritenersi opponibile al fideiussore l'accordo o il patto, successivo al negozio giuridico che ha regolato l'obbligazione principale, che deroghi alla disciplina di cui al 1° comma dell'art. 1957 c.c., spostando ad libitum il termine di decadenza. Il patto [...] vincola solo le parti contraenti, ma non il terzo e tale è il fideiussore che si vede «prorogato» il termine di decadenza”.

¹⁶⁹ Cfr. MARASCO, cit., pp. 159-166; P. L. FAUSTI, *La rinegoziazione dei mutui*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, p. 748 e 757 ss. P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. SCIALOJA-G. BRANCA, Libro IV, *Delle obbligazioni*, Art. 1230-1259 c.c., Zanichelli-Soc. ed. del Foro it., Bologna-Roma, 1975, pp. 115-116, chiarisce che le fattispecie negoziali che producono una semplice modificazione della disciplina del rapporto – senza che ne siano tuttavia coinvolti gli elementi essenziali – non danno luogo ad una vicenda estintivo-costitutiva, bensì si giustificano come atti rivolti a regolamentare un rapporto giuridico ex art. 1321 c.c.

dovuta dal cliente per estinguere il suo debito – non può opporsi al trasferimento del credito in capo al nuovo istituto bancario¹⁷⁰.

In quanto espressione del principio generale dell'autonomia negoziale, le parti avrebbero potuto avvalersi dello strumento della rinegoziazione del contratto anche prima dell'intervento normativo del 2007, ma, di fatto, questa operazione era ostacolata dai costi eccessivi legati al perfezionamento della fattispecie nonché dalla vigenza del principio di simmetria formale, che impone al successivo contratto di avere la stessa forma stabilita per il primo¹⁷¹.

Più precisamente, sebbene né il contratto di mutuo né l'apertura di credito necessitino della forma solenne, essendo informati al principio di libertà delle forme, l'art. 117 TUB prevede che i contratti bancari siano stipulati in forma scritta a pena di nullità.

¹⁷⁰ A tal proposito, si precisa che una parte della dottrina ravvisa un obbligo legale di rinegoziazione, quale strumento di gestione delle sopravvenienze contrattuali, che trova la sua fonte nella clausola generale di buona fede e nell'equità. L'obbligo di rinegoziazione viene inoltre affermato dai Principi elaborati dall'Unidroit (art. 6.2.3) e dai Principi di diritto europeo dei contratti redatti dalla commissione Lando (art. 6:111), i quali, pur non costituendo una fonte normativa, hanno acquisito un'indiscussa autorevolezza. Per maggiori approfondimenti si veda G. SICCHIERO, *La rinegoziazione*, in *Contratto e Impresa*, 2002, p. 783 ss.; N. COREA, *La rinegoziazione delle clausole contrattuali*, in *Studium Iuris*, 2007, I, pp. 535-536; F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. RESCIGNO-E. GABRIELLI, *I contratti in generale*, II, a cura di E. GABRIELLI, 2ª ed., UTET, Torino, 2006, p. 1901 ss.; F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale, Le obbligazioni e i contratti*, II, 1, 4ª ed., CEDAM, Padova, 2004, pp. 646-647, nota 30, precisa che il potere del giudice di adattare il contratto alle esigenze di riequilibrio tra le prestazioni, affermato dai principi Unidroit, i quali fanno riferimento ai contratti internazionali, "può essere accostato alla riconduzione all'equità di cui all'art. 1467 comma 3 c.c., che tuttavia è norma non suscettibile di applicazione fuori dal caso specifico della eccessiva onerosità sopravvenuta, e non [può] essere invocata per contratti che non siano contratti internazionali, come tali soggetti ai principi Unidroit". Per contro, A. GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contratto e Impresa*, 2003, p. 708 ss. e M. BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Europa dir. priv.*, II, 2003, p. 486 ss., negano che l'obbligo di rinegoziazione del contratto possa farsi derivare dal principio di buona fede. Quest'ultimo autore rileva che "l'art. 1375 non può [...] essere assunto a criterio di rilevanza e/o distribuzione di «rischi qualitativi» che attengono [...] agli interessi fondamentali considerati dalle parti ai fini della conclusione del contratto. Non è, infatti, sulla base della sua ratio limitata ai profili esecutivi dell'adempimento che si può pretendere di determinare cosa avvenga di un contratto ove siano venute meno le condizioni originarie che rendevano utile ad un contraente la prestazione dell'altro o non si siano verificate le condizioni future in vista delle quali un contraente si era assicurato la prestazione dell'altro".

¹⁷¹ FAUSTI, *La rinegoziazione dei mutui*, cit., p. 757.

Il legislatore ha cercato di superare queste difficoltà applicative prevedendo requisiti di forma semplificati per la modifica delle condizioni contrattuali, individuati nella mera scrittura privata non autenticata.

La *ratio* di questa previsione deve essere rinvenuta in una maggiore economicità e praticità nonché nella natura accessoria e non strutturale delle modifiche operate con la rinegoziazione.

Autorevole dottrina ha però evidenziato come questa soluzione possa non apparire congrua qualora la natura delle modifiche apportate al contratto – aventi ad oggetto la riduzione del tasso di interesse, il passaggio dal tasso variabile a quello fisso (o viceversa) o il prolungamento della durata del finanziamento – richieda l'intervento notarile al fine di consentire l'annotazione dell'accordo modificativo a margine dell'iscrizione¹⁷².

Difatti, è diffusa la prassi delle banche di pretendere che la rinegoziazione sia stipulata per atto formale al fine di procedere all'annotazione per rendere edotti i futuri creditori del debitore, i quali facciano legittimo affidamento sul patrimonio immobiliare del medesimo,

¹⁷² Cfr. FAUSTI, *La rinegoziazione dei mutui*, cit., pp. 758-759, il quale nega la necessità di una nuova iscrizione – perché ciò comporterebbe un nuovo grado, una nuova istruttoria, nuove spese, in aperto contrasto con l'intenzione del legislatore – ma reputa necessaria l'annotazione dell'accordo modificativo non solo al fine di risolvere i conflitti tra più aventi causa dal medesimo autore, ma anche nei confronti di tutti i terzi. In particolare, secondo l'A., l'eventuale accordo di riduzione del tasso di interessi non pregiudica i creditori del debitore successivi all'iscrizione dell'ipoteca, i quali anzi godono di una più ampia capienza del patrimonio a loro garanzia. Al contrario, in caso di variazione del tasso (da variabile a fisso) o proroga del termine di restituzione del finanziamento il Fausti ritiene congruo con i principi che regolano la pubblicità immobiliare rendere edotti i futuri creditori, che facciano legittimamente affidamento sul patrimonio immobiliare del debitore, del peggioramento delle condizioni del prestito. In senso opposto, RUBINO, cit., p. 85, sostiene che nel caso in cui venga modificato il tasso di interesse, e questa modifica non sia sufficientemente indicata nella nota di iscrizione, o venga modificato il tempo di esigibilità del credito, non sia sufficiente l'annotazione, ma occorra procedere ad una nuova iscrizione, dalla quale sorgerebbe una distinta ipoteca con un relativo nuovo grado. Secondo FIORUCCI, cit., p. 17 ss., l'eventuale differenza tra il tasso iscritto e il tasso effettivo sul credito è sfornita di copertura ipotecaria, salva una nuova e diversa iscrizione, poiché, ai sensi dell'art. 2855 co. 2 c.c., gli interessi sono garantiti solo nei limiti del tasso menzionato nell'originaria nota di iscrizione. Con riferimento alle modificazioni della durata del finanziamento, invece, l'A. ritiene non necessaria l'annotazione a margine dell'iscrizione ipotecaria poiché *“il tempo di esigibilità del credito è sì richiesto come contenuto della nota di iscrizione ipotecaria, ma la sua mancanza non ne determina l'invalidità (artt. 2839 n. 6 e 2841 co. 1 c.c.), sicché l'ipoteca ben potrebbe essere (validamente) iscritta anche senza tale indicazione, senza cioè che ai terzi sia noto il tempo di esigibilità della prestazione garantita”*.

dell'eventuale peggioramento delle condizioni di prestito, nonché per ottenere le garanzie connaturate all'intervento notarile (controllo di legalità del contenuto dell'atto, verifica della capacità, della legittimazione e dei poteri di rappresentanza, assunzione di informazioni e chiarimenti riguardo al contenuto dell'atto e ad eventuali clausole vessatorie, data certa dell'atto di rinegoziazione e sua eventuale idoneità quale titolo esecutivo)¹⁷³.

È opportuno precisare che, laddove l'istituto bancario richieda l'intervento del notaio, le relative spese non dovrebbero essere addebitate al cliente, posto che l'art. 120 quater co. 5 TUB prevede la gratuità della rinegoziazione. Tuttavia, la realtà potrebbe essere diversa perché la banca, che non è tenuta a ricontrattare le condizioni del finanziamento, potrebbe subordinare all'intervento del notaio la sua disponibilità a rinegoziare il contratto, che dovrà comunque realizzarsi senza il pagamento di commissioni a carico del soggetto finanziato.

Ciò premesso, non può non considerarsi che, sebbene la dottrina prevalente neghi l'esistenza di un principio di tassatività delle annotazioni, cionondimeno, l'art. 2843 c.c. viene ritenuto applicabile ai soli atti che comportano la trasmissione o il trasferimento *inter vivos* del credito garantito, tra i quali certamente non rientra la rinegoziazione, che non determina un simile effetto¹⁷⁴. Ecco perché, in questo caso, l'annotazione ipotecaria, laddove venga comunque effettuata, non può avere efficacia diversa dalla mera pubblicità-notizia.

La dottrina si è interrogata sulla legittimità del comportamento della banca titolare del prestito originario che, a fronte dell'intervenuto accordo tra il cliente e un altro istituto di credito per la definizione di una procedura

¹⁷³ I. PADOLECCHIA, *Nessun obbligo di annotazione degli atti di rinegoziazione dei mutui bancari*, in *Notariato*, 2007, p. 701, precisa che “nessuna norma di legge prevede espressamente che si debba effettuare l'annotazione delle rinegoziazioni, che comunque, se effettuata, non potrebbe avere efficacia diversa da quella di pubblicità-notizia”.

¹⁷⁴ Cfr. TAMBURRINO, cit., pp. 247-248; RUBINO, cit., p. 37; GORLA, cit., p. 307; FRAGALI, cit., p. 822.

di portabilità, proponga una rinegoziazione del finanziamento. In tale ipotesi, la nuova banca potrebbe aver riposto nel buon esito dell'operazione un legittimo affidamento, leso dalla rottura ingiustificata delle trattative, rilevante ai sensi dell'art. 1337 c.c.¹⁷⁵.

Al riguardo, si ritiene che la banca possa liberamente intervenire per rinegoziare il contratto solo in un momento precedente la manifestazione della volontà da parte del debitore di avvalersi del procedimento di surrogazione. È solo in tale momento che non si è formato alcun legittimo affidamento da parte del nuovo istituto di credito.

È inoltre ammissibile e rispondente ad esigenze meritevoli di tutela che il debitore sia sollecitato dalla stessa banca a procedere alla rinegoziazione, in modo tale che essa possa prevenire qualunque tentativo da parte del primo di richiedere una surrogazione, con le ulteriori conseguenze negative che si potrebbero determinare in capo all'istituto di credito¹⁷⁶. In quest'ottica la rinegoziazione volontaria si pone a difesa del vecchio finanziatore al fine di consentirgli di opporsi all'aggressività dei soggetti bancari o finanziari più dinamici.

In tale contesto, caratterizzato dall'assenza di una disciplina di raccordo, assume particolare rilevanza il delicato rapporto tra la rinegoziazione e la facoltà attribuita alla banca dal regolamento contrattuale di modificare unilateralmente i tassi ed le altre condizioni del rapporto a norma dell'art. 118 TUB¹⁷⁷.

Difatti, se le banche ricorressero assiduamente all'esercizio dello *ius variandi*, verrebbe tradito il fine di assicurare il miglior funzionamento del mercato creditizio, posto alla base degli artt. 118 e 120 quater TUB,

¹⁷⁵ FAUSTI, *La rinegoziazione dei mutui*, cit., p. 747.

¹⁷⁶ *Ibidem*.

¹⁷⁷ Cfr. LEMMA, cit., p. 1794, secondo cui “*allo stato, [...], solo la diligenza e la buona fede si oppongono a modifiche peggiorative ed immediatamente successive alla rinegoziazione (o alla surrogazione)*”.

elevando oltremodo la variabilità dei contratti e impedendo ai soggetti finanziati, nell'immediato di effettuare una corretta comparazione delle condizioni offerte sul mercato, ed in seguito di fruire dei vantaggi della portabilità¹⁷⁸. È sì vero che il cliente può recedere dal contratto senza spese ed in modo incondizionato e discrezionale e, in tal caso, “*ha diritto all'applicazione delle condizioni precedentemente praticate*”¹⁷⁹, ma egli non gode un'efficace tutela, posto che il recesso provoca l'estinzione del rapporto, rendendo il credito immediatamente esigibile, con ovvie difficoltà per il debitore¹⁸⁰.

Per questo motivo, qualora lo *ius variandi* sia attuato in maniera tale da concretizzare un abuso del diritto, giacché rivolto a realizzare finalità ulteriori rispetto a quelle per cui è stato normativamente previsto, deve essere consentito al cliente di non fare ricorso al diritto di recesso, ma di richiedere l'invalidazione delle modifiche che, sebbene formalmente legittime, risultino contrarie a buona fede e correttezza¹⁸¹.

In conclusione, si sottolinea che gli istituti della portabilità e della rinegoziazione sono strumenti di rivisitazione dei contratti di finanziamento e rispondono al medesimo fine perseguito dal legislatore. Se l'obiettivo immediato della portabilità dei mutui è quello di consentire al debitore di conseguire migliori condizioni contrattuali e di facilitare il recupero da parte del terzo dell'esborso erogato, mentre quello della rinegoziazione è

¹⁷⁸ *Ivi*, pp. 1794-1795.

¹⁷⁹ L'unico limite che incontra il cliente ai sensi dell'art. 118 TUB è di carattere temporale, a tutela della certezza dei traffici e dell'affidamento della controparte, dovendo egli esercitare il diritto potestativo di recesso entro la data di applicazione delle variazioni contrattuali, avuto riguardo al preavviso ricevuto. Più precisamente, si tratta di un recesso legale, come tale non derogabile dalle parti in senso sfavorevole al cliente, in considerazione del carattere imperativo della norma e dell'interesse pubblico ad essa sottostante.

¹⁸⁰ Cfr. A. M. CARRIERO, *sub art. 118, Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da F. CAPRIGLIONE, II, 2ª ed., CEDAM, Padova, 2001, p. 920; A. SCARPELLO, *Il “nuovo” jus variandi della banca dopo la conversione del cd. “decreto sviluppo”*, in *Contratto e Impresa*, 2012, pp. 597 e 598.

¹⁸¹ Cfr. A. SANTANGELO, *sub art. 118, Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da F. CAPRIGLIONE, III, 3ª ed., CEDAM, Padova, 2012, pp. 1728-1729.

ridurre l'importo delle singole rate, ciò non toglie che entrambi favoriscono il principio di libera circolazione dei servizi, di chiara matrice comunitaria, tenendo conto della protezione del cliente.

È quindi chiaro come la novella del 2007 sia stata introdotta per dare attuazione al principio di concorrenza anche nel settore bancario e finanziario, seppur nel rispetto dei canoni costituzionali di solidarietà e di utilità sociale, allo scopo di assicurare la protezione dei mercati finanziari così liberalizzati.

2. LA SURROGAZIONE PER PAGAMENTO

2.1. Premessa: differenza tra la surrogazione e il regresso

L'esigenza di approfondire l'analisi della surrogazione nasce a seguito dell'introduzione, ad opera dell'art. 8 del D.L. 31 gennaio 2007 n. 7, convertito in legge 2 aprile 2007 n. 40, della c.d. portabilità del mutuo, oggi disciplinata dall'art. 120 quater TUB, che – al fine di agevolare il procedimento di trasferimento di un finanziamento da un istituto di credito ad un altro – utilizza lo strumento della surrogazione per volontà del debitore *ex art. 1202 c.c.*

Questo istituto, prima dell'intervento normativo del 2007, ha ricevuto sporadiche applicazioni e ha rischiato di perdere qualsiasi utilità pratica¹⁸².

La surrogazione per pagamento si colloca nell'ambito dei mutamenti soggettivi delle obbligazioni, ed in particolare costituisce una modificazione soggettiva del lato attivo del rapporto obbligatorio, giacché consiste nella sostituzione di un terzo, che adempie l'obbligo del debitore verso il creditore, nei diritti di quest'ultimo verso il debitore¹⁸³.

Al terzo che paga un debito altrui deve essere equiparato il soggetto che dà a mutuo al debitore la somma impiegata per il pagamento, come avviene nel caso di cui all'art. 1202 c.c.

¹⁸² Cfr. R. CALVO, *Le obbligazioni, Diritto civile*, I, Zanichelli, Bologna, 2015, p. 92; E. MOSCATI, *La disciplina generale delle obbligazioni*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 434; L. NIVARRA, *Lineamenti di diritto delle obbligazioni*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 69, secondo cui “la complessità della disciplina [di cui all'art. 1202 c.c.], unita alla circostanza che il terzo surrogato è, comunque, già creditore in virtù di un titolo contrattuale (il mutuo) che presumibilmente gli offre adeguate garanzie, spiega perché questa ipotesi di surrogazione sia ben poco frequente nella prassi”.

¹⁸³ Cfr. F. AMICO, *Il pagamento con surrogazione*, in *Le Obbligazioni, Diritto sostanziale e processuale*, a cura di P. FAVA, III, Giuffrè, Milano, 2008, p. 970, il quale precisa che “il pagamento con sostanze da altri date a mutuo di un'obbligazione propria determina estinzione dell'obbligazione, se non ricorrono le condizioni previste dall'art. 1202 c.c.; esso, comunque, non realizza un pagamento eseguito con cose altrui (art. 1192 c.c.), posto che il debitore è legittimato a disporre delle cose mutate”, avendo acquistato la proprietà delle stesse ai sensi dell'art. 1814 c.c.

La surrogazione favorisce non solo il debitore che, nonostante sia privo della disponibilità finanziaria sufficiente ad estinguere l'obbligazione, viene “*liberato dal peso di un creditore severo e dal pericolo di una esecuzione imminente e sfavorevole*” a causa del verificarsi dell'effetto surrogatorio, ma agevola anche il creditore originario, che ottiene subito il soddisfacimento del suo interesse conseguendo quanto gli spetta¹⁸⁴.

Vengono inoltre garantiti gli interessi generali dell'economia, perché si incentivano gli scambi economici e la circolazione della ricchezza, e viene soprattutto tutelato l'interesse del terzo surrogato al recupero del suo esborso.

Egli di regola non ha un titolo che lo obblighi ad eseguire la prestazione nei confronti del creditore, cosicché la sua attribuzione patrimoniale appare ingiustificata. Tuttavia, come è noto, nel nostro ordinamento ogni esborso patrimoniale deve avere una giusta causa, non essendo possibili – eccetto l'ipotesi della *causa donandi* – diminuzioni patrimoniali non compensate da un contemporaneo arricchimento. Ciò emerge chiaramente dall'azione di cui all'art. 2041 c.c., che “*chiude il sistema delle attribuzioni patrimoniali*”¹⁸⁵.

Di conseguenza, la surrogazione trova fondamento nell'esigenza di assicurare al terzo adempiente – sempre che egli non abbia pagato con *animus donandi* – il recupero dell'esborso da lui effettuato senza causa, attribuendogli il diritto di credito con tutte le azioni, le garanzie e ogni altro

¹⁸⁴ Cfr. A. BUTERA, voce *Surrogazione (pagamento con)*, in *Dig. it.*, XXIII, UTET, Torino, 1916, p. 152; G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, VII, *Estinzione delle obbligazioni*, 7^a ed., Casa editrice libraria “Fratelli Cammelli”, Firenze, 1910, pp. 187 e 213-214; MOSCATI, cit., pp. 420 e 430.

¹⁸⁵ Cfr. M. PROSPERETTI, *Il pagamento con surrogazione*, in *Trattato di dir. priv.*, dir. da P. RESCIGNO, *Obbligazioni e Contratti*, I, 9, 2^a ed., UTET, Torino, 1999, pp. 160-161.

elemento accessorio che spettava all'originario creditore contro il debitore¹⁸⁶.

E' bene precisare che tale conclusione vale anche nell'ipotesi di obbligazione solidale passiva, in cui colui che adempie l'intero debito è uno dei coobbligati, dal momento che costui è comunque legittimato a recuperare la parte della prestazione eseguita eccedente la sua quota¹⁸⁷.

Per questa ragione, la surrogazione del terzo è stata qualificata come una "*tecnica speciale di regresso*" che – stante l'inesistenza di un titolo che giustifichi l'attribuzione patrimoniale eseguita dal terzo – consente a quest'ultimo di reintegrare il depauperamento patrimoniale subito, in virtù di un meccanismo simile a quello disciplinato dall'art. 1299 c.c., che consente al debitore solidale, che ha pagato l'intero a seguito dell'esercizio del diritto da parte del creditore, il regresso nei confronti degli altri condebitori per la parte eccedente la sua quota¹⁸⁸.

Cionondimeno, si noti che la surrogazione è un mezzo di recupero della somma erogata simile sì al regresso, ma non analogo, giacché i due istituti hanno presupposti diversi ed operano con modalità diverse¹⁸⁹.

In particolare, l'azione di regresso realizza una peculiare funzione redistributiva, posto che consente di "*redistribuire un sacrificio (o un'utilità) patrimoniale – conseguente all'estinzione di un rapporto*

¹⁸⁶ Cfr. M. GIORGIANNI, voce *Surrogazione (Pagamento con)*, in *Nuovo Dig. it.*, XII, UTET, Torino, 1940, p. 1231; M. CANTILLO, *Del pagamento con surrogazione*, in *Le obbligazioni, Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fondata da W. BIGIAMI, tomo III, UTET, Torino, 1992, p. 1078; R. ROLLI, *Il pagamento con surrogazione*, in *Le obbligazioni*, I, a cura di M. FRANZONI, UTET, Torino, 2004, p. 974; G. LONGO, *Diritto delle obbligazioni*, UTET, Torino, 1950, p. 205, il quale chiarisce che il terzo adempiente subentra nella posizione del creditore originario "*indipendentemente dalla dimostrazione dei presupposti di una gestione di negozi o di un mandato eseguito nell'interesse del debitore*"; L. GENGHINI-R. APICELLA, *Le Obbligazioni*, in *Manuali notarili*, VI, a cura di L. GENGHINI, CEDAM, Padova, 2015, p. 152; AMICO, cit., p. 971; BIANCA, *L'obbligazione*, cit., p. 347; BARATTERI, cit., p. 40 ss.

¹⁸⁷ Cfr. CARPINO, *Del pagamento con surrogazione*, cit., p. 6.

¹⁸⁸ PROSPERETTI, cit., p. 160, nota come l'art. 1205 c.c., che limita la surrogazione alla quota percentuale di pagamento, riproduca l'art. 1299 c.c. V. anche G. SICCHIERO, voce *Regresso*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., XVI, UTET, Torino, 1997, p. 558.

¹⁸⁹ Cfr. G. CAMPOBASSO, voce *Regresso (azione di)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVI, Roma, 1991, p. 3.

obbligatorio – fra una pluralità di soggetti a vario titolo cointeressati, in modo che ognuno di essi lo sopporti (o ne tragga profitto) nella misura corrispondente all’interesse a lui imputabile nella vicenda”¹⁹⁰.

Il diritto di regresso costituisce – non la continuazione dell’originario credito – bensì un diritto nuovo, che nasce in capo al *solvens* dopo l’estinzione dell’obbligazione originaria in conseguenza del pagamento.

Più precisamente, il regresso è sì un diritto nuovo spettante al *solvens*, in quanto “*svincolato dall’intermediazione di una vicenda successoria*”, ma è pur sempre “*un diritto derivato da quello estintosi per effetto del pagamento*”¹⁹¹.

Al contrario, nella surrogazione l’attività del terzo può essere o spontanea, non avendo il medesimo nessun obbligo precedente di adempiere verso il creditore, o dovuta, ma in forza di un rapporto contrattuale con il debitore (es. *ex mutuo*)¹⁹².

La surrogazione presuppone poi la permanenza del rapporto obbligatorio in cui il *solvens* subentra a seguito del pagamento e, diversamente dal regresso, può scaturire anche da un adempimento parziale¹⁹³.

Un’ulteriore differenza di disciplina tra il regresso e la surrogazione riguarda la materia degli interessi, perché il condebitore che ha adempiuto ha diritto verso gli altri coobbligati – a decorrere dal giorno del pagamento

¹⁹⁰ Cfr. F. M. ANDREANI, voce *Regresso*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Giuffrè, Milano, 1988, p. 704.

¹⁹¹ Cfr. CAMPOBASSO, cit., p. 3; BIANCA, *L’obbligazione*, cit., p. 363, precisa che “*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*”. Ancora, BIANCA, *L’obbligazione*, cit., p. 724, riconferma che “*la surrogazione legale è una vicenda successoria mentre col regresso il condebitore fa valere un nuovo e autonomo diritto, sorto a seguito del pagamento*”.

¹⁹² Cfr. ROLLI, cit., p. 986; BUCCISANO, *La surrogazione per pagamento*, cit., pp. 26-27.

¹⁹³ Cfr. ROLLI, cit., p. 998; D. RUBINO, *Delle obbligazioni*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. SCIALOJA-G. BRANCA, Libro IV, *Delle obbligazioni*, Art. 1285-1320, Zanichelli-Soc. ed. del Foro it., Bologna-Roma, 1958, pp. 233 e 237; A. RAVAZZONI, voce *Regresso*, in *Noviss. Dig. it.*, XV, UTET, Torino, 1968, p. 359; ANDREANI, cit., p. 710; F. D. BUSNELLI, *L’obbligazione soggettivamente complessa*, Giuffrè, Milano, 1974, pp. 428-429; CARPINO, *Del pagamento con surrogazione*, cit., pp. 34, 82, 84.

– agli interessi sulla somma capitale anche qualora il credito originario – per apposita clausola contrattuale – non produceva interessi, dato che si tratta di un diritto nuovo; in tale ipotesi il terzo adempiente non vi ha invece diritto in base alla surrogazione.

Cionondimeno, in base all'azione di regresso il *solvens* ha diritto solo agli interessi legali, mentre nella surrogazione egli può pretendere gli interessi convenzionali eventualmente pattuiti¹⁹⁴.

Da ultimo, i due istituti divergono anche per quanto riguarda la disciplina della prescrizione, considerato che nella surrogazione la durata della prescrizione – secondo la dottrina prevalente – resta quella del credito originario, mentre il termine di prescrizione dell'azione di regresso comincia a decorrere dal momento del pagamento, e cioè dal momento della nascita dell'azione¹⁹⁵.

Tuttavia, se il termine di prescrizione del debito originario non è quello ordinario, ma si tratta di una prescrizione breve, detto termine si applicherà anche all'azione di regresso, perché *“l'azione di regresso trova la sua ragion d'essere nel debito originario, che viene estinto, e trae da esso le sue note fisionomiche più rilevanti”*¹⁹⁶.

¹⁹⁴ Cfr. RUBINO, *Delle obbligazioni*, cit., p. 238; ANDREANI, cit., p. 710. Invece, RAVAZZONI, cit., p. 359, ritiene che si possa applicare analogicamente l'art. 1950 c.c. dettato in tema di regresso a favore del fideiussore, e quindi afferma che *“se il debito principale produceva interessi in misura superiore al tasso legale, egli ha diritto ad interessi in questa misura”*. Nello stesso senso CAMPOBASSO, cit., p. 4, il quale – nel silenzio del legislatore – non rinviene ostacoli all'applicazione analogica dell'art. 1950 c.c., posto che la norma non si giustifica *“su specifiche peculiarità dell'obbligazione fideiussoria”*. SICCHIERO, cit., p. 559, precisa che *“nel silenzio delle parti il meccanismo [...] dovrebbe rimanere il medesimo, ovvero diritto agli interessi legali dal dì del pagamento”* sia nel regresso sia nella surrogazione.

¹⁹⁵ RAVAZZONI, cit., p. 360, sostiene che *“in forza del principio di cui all'art. 1310, 1° comma, gli atti interruttivi della prescrizione esercitati nei confronti di uno dei condebitori [...], interrompono la prescrizione nei confronti di tutti gli altri coobbligati”*.

¹⁹⁶ Cfr. CAMPOBASSO, cit., p. 4; RAVAZZONI, cit., p. 360, chiarisce che, nel caso in cui il rapporto interno tra i coobbligati sia regolato da una prescrizione breve, questa si applica anche all'azione di regresso, anche qualora la prescrizione del debito originario sia quella ordinaria decennale, perché la norma speciale deroga a quella generale sulla prescrizione ordinaria. Nello stesso senso RUBINO, *Delle obbligazioni*, cit., pp. 238-239. *Contra* ANDREANI, cit., p. 711, ad avviso del quale *“il diritto di regresso di prescrive decorso il termine di dieci anni dalla data del pagamento, giusta quanto è stabilito dall'art. 2946 c.c., a nulla rilevando il fatto che il credito originario avesse un termine di prescrizione più breve”*. E ciò in quanto *“il pagamento da parte di un coobbligato in solido, [...] estingue il rapporto originario”*,

Questa ricostruzione è contestata da una parte minoritaria della dottrina, per la quale surrogazione e regresso non costituiscono due azioni diverse, ma il diritto fatto valere in sede di regresso è il medesimo diritto del creditore, con la sola esclusione della solidarietà¹⁹⁷.

In altri termini, secondo questa opinione, il regresso non è un autonomo diritto, ma la sua disciplina ha la mera funzione di regolare le modalità ed i limiti della surrogazione.

Pur non avendo modo di approfondire la questione, pare ragionevole aderire al primo orientamento perché – senza considerare la diversità dei presupposti (soltanto il regresso è subordinato al pagamento dell'intero) e la chiara presa di posizione del legislatore nel senso della concessione di due azioni distinte e concorrenti – la surrogazione nei diritti del creditore non è sempre possibile, ma incontra un limite quando la prestazione è infungibile, giacché in tal caso non può essere eseguita una seconda volta¹⁹⁸.

Il credito derivante dalla surrogazione e quello di regresso non sono cumulabili perché la surrogazione ha una mera funzione recuperatoria, che non consente al terzo di avvalersene per ottenere di più rispetto all'ammontare del pagamento effettuato. Il terzo deve quindi scegliere se

con la conseguenza che “*le eccezioni che si radicano in quest'ultimo [– e quindi anche quella riguardante la prescrizione breve –] sono normalmente inopponibili in sede di regresso*”.

¹⁹⁷ Cfr. G. AMORTH, *L'obbligazione solidale*, Giuffrè, Milano, 1959, p. 241 ss.; ID., *Considerazioni sui rapporti tra surrogazione e regresso nella obbligazione solidale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, p. 141 ss.; FRAGALI, *Fideiussione. Mandato di credito*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. SCIALOJA-G. BRANCA, Libro IV, *Delle obbligazioni*, Art. 1936-1959, Zanichelli-Soc. ed. del Foro it., Bologna-Roma, 1957, p. 358 ss. In giurisprudenza, Cass. 18 marzo 1982, n. 1762, in *Arch. civ.*, 1982, 1055; Cass. 2 marzo 1973, n. 577, in *Foro it.*, 1973, I, 2126; Cass. 19 luglio 1966, n. 1948, in *Giust. civ.*, 1966, I, 2140.

¹⁹⁸ Cfr. CAMPOBASSO, cit., p. 3; RUBINO, *Delle obbligazioni*, cit., p. 236; RAVAZZONI, cit., p. 359; ANDREANI, cit., p. 710; BUCCISANO, cit., pp. 59-60; N. DISTASO, *Le obbligazioni in generale*, in *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, dir. da W. BIGIAMI, UTET, Torino, 1970, p. 671; R. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Giuffrè, Milano, 1936, p. 199, spec. nota 5. Secondo AMICO, cit., p. 977, il carattere infungibile della prestazione non costituisce un limite alla surrogazione “*in tutti i casi in cui l'adempimento da parte del terzo non fa venire meno la possibilità per il debitore di adempiere la propria obbligazione*”.

far valere il diritto di regresso o il diritto surrogato e, una volta proposta un'azione, non può cambiare idea¹⁹⁹.

Alla luce delle differenze tra i due istituti, una certa dottrina ha evidenziato che la surrogazione non può essere considerata una particolare tecnica di regresso, avente funzione recuperatoria, dato che a tal fine operano altri istituti, quali la ripetizione dell'indebito e l'arricchimento ingiustificato, ma deve essere intesa come un mezzo di realizzazione del credito, che svolge una “*finalità di garanzia dell'insolvenza debitoria mediante il trasferimento dello stesso credito e dei correlati accessori*”²⁰⁰.

Secondo questa concezione, la surrogazione ha una funzione conservativa, atteso che il preesistente rapporto giuridico viene impiegato dal legislatore come strumento di tutela dell'interesse del terzo al rimborso della somma utilizzata per adempiere l'obbligo del debitore²⁰¹.

¹⁹⁹ Cfr. CARPINO, *Del pagamento con surrogazione*, cit., p. 35; P. M. VECCHI, *Il pagamento con surrogazione*, in *Diritto civile*, III, *Obbligazioni*, t. 1, *Il rapporto obbligatorio*, dir. da N. LIPARI-P. RESCIGNO, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 250-251; RUBINO, *Delle obbligazioni*, cit., pp. 233 e 239, secondo cui “*il solvens non può pretendere di avere applicate le disposizioni del regresso nei punti in cui sono per lui favorevoli, e invece le disposizioni sulla surrogazione nei punti in cui è per lui più favorevole quest'ultima disciplina*”; BIANCA, *L'obbligazione*, cit., pp. 362-364, il quale – dopo aver specificato che il terzo surrogato non può giovare di due titoli diversi (surrogazione e titolo originario) per pretendere due volte quanto gli è dovuto – ammette che egli può avvalersi “*in via complementare del titolo originario per pretendere ciò che gli è dovuto oltre il limite recuperatorio della surrogazione. In particolare, appare 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*”. Nello stesso senso AMICO, cit., p. 972, ad avviso del quale il terzo può “*avvalersi dell'azione nascente dal titolo originario per conseguire ciò che spetta oltre il limite recuperatorio della surrogazione*”. In giurisprudenza, Cass. 12 ottobre 2007, n. 21430, in *Foro it.*, 2008, I, c. 1125; Cass. 30 ottobre 2007, n. 22860, in *Giust. civ.*, 2008, 2822.

²⁰⁰ Cfr. L. MARTONE, *La surrogazione per pagamento*, in *Le modificazioni soggettive del rapporto obbligatorio*, a cura di F. BOSETTI, *Nuova giurisprudenza di diritto civile e commerciale*, fondata da W. BIGIARI, UTET, Torino, 2010, p. 448.

²⁰¹ Cfr. ROLLI, cit., p. 986 ss.; A. GIUSTI, *La fideiussione e il mandato di credito*, in *Trattato di dir. civ. e comm.*, dir. da A. CICU-F. MESSINEO, continuato da L. MENGONI, XVIII, 3, Giuffrè, Milano, 1998, p. 227; A. MAGAZZÙ, voce *Surrogazione per pagamento*, cit., p. 1525. Per maggiori approfondimenti sul rapporto tra regresso e surroga, non oggetto del nostro esame, si rimanda a CAMPOBASSO, cit., p. 1 ss.; RUBINO, *Delle obbligazioni*, cit., p. 228 ss.; RAVAZZONI, cit., p. 356 ss.; ANDREANI, cit., p. 704 ss.; SICCHIERO, cit., p. 550 ss.; A. DI MAJO, voce *Obbligazioni solidali*, in *Enc. Dir.*, XXIX, Giuffrè, Milano, 1979, p. 317 ss.; A. ALPINI, *Regresso e surrogazione. Rimedi non alternativi*, ESI, Napoli, 2014; B. GRASSO, *Surrogazione legale e solidarietà*, ESI, Napoli, 1984.

Quale che sia l'orientamento seguito, è indubbio che la surrogazione rafforza la posizione del *solvens* – il quale acquista il credito con tutti gli accessori di cui eventualmente sia munito, ed in particolare subentra anche nelle garanzie del credito (art. 1204 c.c.), comprese le fideiussioni e i privilegi – e costituisce un mezzo di recupero dell'esborso patrimoniale più energico ed efficace dell'azione di regresso, la quale non solo può anche non competere al terzo, in considerazione del suo rapporto interno con il debitore, ma anche nel caso in cui gli competeva, non gli permette di godere delle garanzie e degli accessori del credito²⁰².

Più precisamente, il *solvens* beneficia sia della surrogazione legale nei diritti del creditore soddisfatto *ex art.* 1203 n. 3 c.c. sia dell'azione di regresso soltanto nel caso che egli sia condebitore solidale, ma qualora il terzo non paghi un debito proprio, egli – pur surrogandosi – non ha diritto al regresso²⁰³.

Tuttavia, al terzo adempiente spetta sempre nei confronti del debitore una pretesa creditoria che prescinde dalla surrogazione, e che ha titolo o in un fatto per cui l'ordinamento accorda una specifica azione (es. mandato, gestione di affari) o in un indebito arricchimento per cui la legge concede l'azione di cui all'art. 2041 c.c.²⁰⁴

Segnatamente, qualora venga in rilievo la surrogazione per volontà del debitore *ex art.* 1202 c.c., al terzo spetta nei confronti del debitore – oltre al diritto di credito già spettante al creditore originario – anche una pretesa

²⁰² Cfr. M. CONTI, voce *Surrogazione*, in *Enc. Forense*, VII, Casa editrice Dr. Francesco Vallardi, Milano, 1962, p. 564; E. BETTI, *Vicende dell'obbligazione*, in *Teoria generale delle obbligazioni*, III, 2, Giuffrè, Milano, 1955, p. 65; P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, 5ª ed., ESI, Napoli, 2005, p. 273.

²⁰³ Cfr. SICCHIERO, cit., pp. 558-559; CAMPOBASSO, cit., p. 3; CARPINO, *Del pagamento con surrogazione*, cit., p. 35. Secondo B. GRASSO, *Surrogazione legale e solidarietà*, in *Rassegna di diritto civile*, 1984, p. 134, l'art 1203 n. 3 c.c. è inapplicabile alle obbligazioni solidali perché “*lo schema della surrogazione è incompatibile con l'estinzione dell'obbligo*”, mentre “*l'adempimento del coobbligato solidale non può non estinguere l'obbligo di tutti i coobbligati*”. Tuttavia, secondo l'A., “*il fatto che la surrogazione legale non concorra con il regresso non esclude, evidentemente, il suo concorso con altre azioni che si fondano sui rapporti interni tra terzo solvens e debitore originario*”.

²⁰⁴ Cfr. AMICO, cit., p. 971.

creditoria alla restituzione della somma mutuata, che prescinde dalla surrogazione²⁰⁵.

Questa opinione viene contestata da una parte della dottrina, la quale ritiene che la surrogazione per volontà del debitore funga da “*modo indiretto di estinzione del mutuo*”, poiché al credito nascente dal mutuo si sostituisce il credito nel quale il mutuante, divenendo nuovo creditore in dipendenza del rapporto originario, viene surrogato²⁰⁶.

Si avrebbe cioè “*un adempimento indiretto dell’obbligo di restituzione e conseguente estinzione del credito del mutuante*”.

Secondo questa tesi, il mutuante conserva il credito alla restituzione soltanto nel caso in cui la surrogazione non abbia luogo, perché il debitore non adempie impiegando la somma mutuatagli²⁰⁷.

Tale orientamento non appare condivisibile perché nega la finalità del debitore di obbligarsi a nuove condizioni e pregiudica il mutuante, che rischia di perdere ogni tutela, qualora la controparte eccepisca efficacemente l’inoperatività della surrogazione²⁰⁸.

²⁰⁵ Cfr. BIANCA, *L’obbligazione*, cit., p. 362; BUTERA, cit., p. 168.

²⁰⁶ Cfr. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, cit., p. 258; GENGHINI-APICELLA, cit., p. 161; CALVO, cit., p. 93; CARPINO, *Del pagamento con surrogazione*, cit., p. 63. Da notare l’opinione di P. SIRENA, *La portabilità dei contratti di finanziamento*, in *I contratti per l’impresa*, II, a cura di G. GITTI-M. MAUGERI-M. NOTARI, Il Mulino, Bologna, 2012, p. 96, secondo cui il contratto stipulato dal debitore e dal terzo mutuante è privo di “*una vera e propria autosufficienza strutturale e causale*”, essendo stato preso in considerazione dal legislatore come “*una modificazione del contenuto del rapporto contrattuale originario, anziché come un nuovo contratto di finanziamento, destinato a sostituirsi a quello precedente. Sotto questo profilo, determinando vincolativamente le clausole vaevoli nei confronti del nuovo finanziatore, tale accordo si attegga piuttosto come un patto normativo di rinegoziazione del finanziamento*”. Nello stesso senso M. CEOLIN, *La c.d. portabilità dei mutui e la cancellazione semplificata delle ipoteche nel decreto Bersani bis*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2008, p. 268, ad avviso del quale “*una volta perfezionatasi la procedura surrogatoria, si realizzerebbe una sorta di integrazione tra i due contratti: formalmente si trasferisce il vecchio mutuo, svuotato, però, del suo contenuto che viene riempito dalle nuove condizioni stipulate con il nuovo soggetto mutuante*”. Questa ricostruzione, seppur interessante, non può essere condivisa perché la lettera dell’art. 1202 c.c. fa un chiaro riferimento ad un nuovo contratto di finanziamento tra il terzo ed il debitore, e non ad un mero negozio modificativo del precedente.

²⁰⁷ Cfr. GENGHINI-APICELLA, cit., p. 161.

²⁰⁸ Cfr. GIAMPIERI, p. 474.

Pare preferibile sostenere che, nell'ipotesi di cui all'art. 1202 c.c., vi sia un concorso di rapporti per un unico interesse, consistente nel recupero di ciò che è stato dato per il pagamento che ha prodotto la surrogazione.

Al terzo conviene attivare il rapporto nel quale è subentrato perché questo rapporto gli offre una tutela più forte, giacché comprende tutti i diritti e le garanzie che il nuovo rapporto costituito *ex mutuo* non gli dà²⁰⁹.

Questi due rapporti coesistono, con la particolarità che, “*realizzato il rapporto nel quale il mutuante si è surrogato, rimarrà in tutto o in parte estinto anche il mutuo*”, e viceversa “*se il creditore sceglie la via dell'adempimento dell'obbligazione ex mutuo, con la realizzazione dell'obbligazione ex mutuo rimarrà estinto anche il rapporto nel quale egli si è surrogato*”²¹⁰.

Come evidenziato nel capitolo precedente, la criticità di questa soluzione consiste nel fatto che il terzo, subentrando nel medesimo rapporto intercorrente tra il creditore precedente ed il debitore, succede nelle stesse condizioni contrattuali pattuite tra le parti originarie. E ciò, nella più probabile ipotesi in cui il terzo decida di far valere il diritto in cui è stato surrogato, priva il debitore della possibilità di godere delle migliori condizioni eventualmente concordate con il terzo in vista del pagamento surrogatorio *ex art. 1202 c.c.*

Né sembra condivisibile l'opinione della più recente dottrina, la quale – con specifico riguardo alla portabilità del mutuo – sostiene che i rapporti tra il terzo ed il debitore siano regolati esclusivamente dal nuovo contratto di finanziamento, posto che l'adempimento all'originario creditore estingue

²⁰⁹ Cfr. M. FRAGALI, *Del mutuo*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. SCIALOJA-G. BRANCA, Libro IV, *Delle obbligazioni*, Art. 1813-1822, Zanichelli-Soc. ed. del Foro it., Bologna-Roma, 1967, p. 269.

²¹⁰ *Ibidem*.

il precedente contratto, con la peculiarità che le garanzie già costituite a favore del creditore originario si trasferiscono in capo al terzo surrogato²¹¹.

Questa tesi trascura la perdurante vigenza nel nostro ordinamento del principio dell'accessorietà dell'ipoteca di cui all'art. 2878 n. 3 c.c., in base al quale il diritto di ipoteca si estingue “*con l'estinguersi dell'obbligazione*”, atteso che – dalla lettera dell'art. 1202 c.c. – non è dato scorgervi alcuna deroga ad opera del legislatore.

Per tale ragione, nel capitolo successivo si proporrà un'ulteriore soluzione che – mediante l'utilizzo della novazione soggettiva attiva – consente di superare le problematicità dovute alla natura traslativa della surrogazione per pagamento, e di affermare l'estinzione del precedente rapporto obbligatorio e la nascita di uno nuovo, in grado di regolare i rapporti tra il terzo ed il debitore secondo le diverse condizioni convenute con la stipulazione del nuovo contratto.

2.2. La disciplina della surrogazione

Il pagamento con surrogazione è disciplinato dagli artt. 1201-1205 c.c., che non regolano un particolare tipo di adempimento, ma una normale forma di pagamento che – in presenza di determinati presupposti – produce l'effetto surrogatorio²¹².

Prima di esaminare nello specifico l'istituto, è opportuno sottolineare che la surrogazione si differenzia, nonostante l'assonanza del nome, dall'azione surrogatoria, considerato che la prima costituisce un modo di subentrare nei diritti del creditore soddisfatto, mentre la seconda consente al creditore non ancora soddisfatto di assicurarsi che siano soddisfatte o

²¹¹ Cfr. TASSINARI, cit., p. 5.

²¹² Cfr. CAGNASSO, voce *Surrogazione per pagamento*, cit., p. 1; DISTASO, cit., p. 664.

conservate le sue ragioni mediante l'esercizio dei diritti e delle azioni che il debitore ha trascurato di far valere verso terzi²¹³.

La surrogazione del terzo si distingue anche dalla delegazione passiva, dall'espromissione e dall'accollo, in cui vi è una modificazione soggettiva del lato passivo del rapporto obbligatorio, mentre “*nella surrogazione [...] il terzo (solvens) non assume la veste di debitore, bensì si limita ad effettuare il pagamento*”, subentrando nel diritto del creditore soddisfatto²¹⁴.

Essa diverge pure dalla delegazione attiva, la quale – anche se non è prevista dal codice – deve ritenersi ammissibile in ragione dell'autonomia negoziale riconosciuta alle parti dall'ordinamento. Questa figura, al pari della surrogazione per pagamento, realizza una modificazione soggettiva del lato attivo dell'obbligazione, giacché consiste in “*un accordo trilaterale in cui il creditore (delegante) autorizza un soggetto terzo (delegatario) a rendersi destinatario della promessa effettuata dal debitore (delegato) di adempiere un'obbligazione in relazione alla quale lo stesso delegante era già in precedenza il soggetto attivo*”²¹⁵. Tuttavia, mentre in quest'ultima la successione del credito deriva da una fattispecie negoziale, nella surrogazione l'effetto traslativo del credito – secondo la ricostruzione da chi scrive condivisa – prescinde da una vicenda negoziale, e discende direttamente dalla legge, in conseguenza dell'avvenuto pagamento.

Inoltre, anche qualora si sostenesse la natura negoziale delle ipotesi di surrogazione c.d. convenzionale, persisterebbe un'evidente differenza tra i due istituti, poiché la delegazione attiva di credito – oltre ad avere una

²¹³ Cfr. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, cit., p. 258.

²¹⁴ *Ivi*, p. 262, con la precisazione che il Messineo si riferisce alle ipotesi di cui agli artt. 1201 e 1203 c.c., poiché – secondo l'A. – nella surrogazione *ex art. 1202 c.c.* adempie la prestazione solo il debitore, mentre il terzo si limita ad effettuare l'esborso.

²¹⁵ Cfr. G. CHINÉ-M. FRATTINI-A. ZOPPINI, *Manuale di diritto civile*, 7^a ed., Nel diritto editore, Roma, 2016, p. 937; L. BIGLIAZZI GERI-U. BRECCIA-F. D. BUSNELLI-U. NATOLI, *Diritto civile*, 3, *Obbligazioni e contratti*, UTET, Torino, 1989, pp. 218-219.

struttura trilaterale – è di regola cumulativa, per cui il credito del delegatario coesiste con quello del delegante, che resta creditore, mentre nella surrogazione il nuovo creditore acquista la titolarità esclusiva del credito ed il creditore originario viene estromesso dal rapporto²¹⁶.

Infine, la surrogazione per pagamento si distingue anche dalla surrogazione reale, la quale concerne una sostituzione oggettiva del rapporto giuridico, in forza della quale un rapporto si estingue e viene sostituito da un altro rapporto con oggetto diverso, ma resta immutato il creditore (es. artt. 1259, 2742, 1916, 1017, 535 co. 2, 66 co. 1 c.c.)²¹⁷.

Fatta questa premessa, occorre precisare che il subentro del *solvens* nel diritto del creditore soddisfatto si verifica solo nei casi previsti dalla legge in vista della tutela o dell'interesse del creditore a soddisfare il suo credito mettendo altri al suo posto (art. 1201 c.c.), o dell'interesse del debitore a liberarsi di un creditore esigente sostituendolo con altri (art. 1202 c.c.), o infine dell'interesse dello stesso terzo che adempie trovandosi in determinate circostanze tipizzate dall'ordinamento (art. 1203 c.c.)²¹⁸.

Queste norme non sono infatti suscettibili di applicazione analogica, in quanto fanno eccezione al principio generale dell'efficacia estintiva del pagamento²¹⁹.

Più precisamente, l'art. 1203 c.c. indica ai nn. 1-4 i casi di surrogazione legale a favore di chi adempie l'obbligo altrui, e opera al n. 5 un rinvio generico agli altri casi stabiliti dalla legge.

La surrogazione per volontà del creditore, invece, ha luogo quando il creditore, ricevendo il pagamento da un terzo, lo surroga nei suoi diritti in

²¹⁶ Cfr. GENGHINI-APICELLA, cit., p. 182.

²¹⁷ Cfr. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, cit., pp. 262 e 263.

²¹⁸ Cfr. CONTI, cit., p. 564.

²¹⁹ Cfr. GIORGIANNI, voce *Surrogazione*, cit., p. 1234; CONTI, cit., p. 566; PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, 5ª ed., cit., p. 272; A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, 33ª ed., CEDAM, Padova, 1992, p. 537.

modo espresso e contestuale al pagamento. Invero, il creditore non potrebbe dare impulso alla surroga del terzo dopo l'adempimento perché non vi sarebbe più un credito in cui subentrare, considerato che il pagamento ha effetto estintivo e liberatorio a favore del debitore²²⁰.

Come è già stato accennato nel capitolo precedente, la più complessa forma di surrogazione è quella che opera, ai sensi dell'art. 1202 c.c., per volontà del debitore, la quale presuppone che il debitore prenda a mutuo da un terzo una somma di denaro o altra cosa fungibile con il fine di estinguere il proprio debito nei confronti del creditore originario.

In tale ipotesi, il terzo mutuante viene surrogato dal debitore nei diritti del creditore originario senza che questi possa opporsi. Per l'operatività del meccanismo surrogatorio non è infatti richiesta né la volontà né la partecipazione dell'originario creditore.

Anche se è già stato precisato, è bene ribadire che la norma richiede innanzitutto che il debitore stipuli un contratto di mutuo (o – secondo l'interpretazione condivisa – qualsiasi altro contratto di finanziamento²²¹) con il terzo e che il creditore originario rilasci la quietanza. Questi atti devono risultare entrambi da documenti aventi data certa.

Il mutuo deve anche indicare espressamente la specifica destinazione della somma mutuata mentre la quietanza deve contenere la dichiarazione del debitore circa la provenienza della somma impiegata nel pagamento²²².

²²⁰ Cfr. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, cit., p. 257; GALGANO, *Le obbligazioni in generale, Trattato di diritto civile*, II, 2^a ed., CEDAM, Padova, 2010, p. 126; CALVO, cit., p. 91. In giurisprudenza, si veda Cass. 8 novembre 2007, n. 23292, in *Giust. civ.*, 2008, I, 103; Cass. 29 novembre 1977, n. 5200, in *Mass. Foro it.*, 1977, 994.

²²¹ Si esprimeva in tal senso già GIORGI, cit., p. 215, ad avviso del quale la surroga poteva seguire “*ad ogni somministrazione di danaro fatta dal terzo all'intento di estinguere il debito*”.

²²² La dottrina pressoché unanime (cfr. tra gli altri CARPINO, *Del pagamento con surrogazione*, cit., p. 60; GENGHINI-APICELLA, cit., p. 160; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 769; CALVO, cit., p. 93) configura tale contratto come un mutuo di scopo, in cui il mutuatario ha l'obbligo di perseguire la finalità per la quale la somma è stata mutuata, finalità che è atta a realizzare un interesse non solo del mutuatario ma anche del mutuante o di terzi, con la conseguenza che, in caso di mancato impiego per lo scopo prefissato, il mutuante può chiedere la risoluzione del contratto. Il mutuo di scopo si differenzia dal mutuo tipico perché il perseguimento dello scopo entra a far parte della causa. La sua funzione “*non si*

In altri termini, la quietanza deve chiarire che l'adempimento del debitore è stato eseguito con la somma presa a mutuo dal terzo, il quale ha

esaurisce nel godimento del capitale, ma implica la realizzazione di un risultato finale ulteriore, rispetto al quale il godimento del capitale rappresenta un momento meramente strumentale" (cfr. T. AGGIO, *Sul mutuo di scopo convenzionale*, in *Riv. del notariato*, 2009, p. 445 ss.). Più precisamente, secondo la giurisprudenza concorde (cfr. Cass. 15 giugno 1994, n. 5805, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1996, 57; Cass. 21 luglio 1998, n. 7116, in *Contratti*, 1999, 373; Cass. 19 maggio 2003, n. 7773, in *Contratti*, 2003, 1131; Cass. 9 maggio 2007, n. 10569, in *Contratti*, 2007, 793; Cass. 3 dicembre 2007, n. 25180, in *Contratti*, 2008, 561; Cass. 23 aprile 2001, n. 5966, in *Giur. it.*, 2002, 782) e la dottrina prevalente (cfr. per tutti A. ZIMATORE, *Il mutuo di scopo. Problemi generali*, CEDAM, Padova, 1985, p. 132 e 212 ss., spec. 214-216; M. RISPOLI FARINA, voce *Mutuo di scopo*, cit., pp. 564-566; ID., *Il mutuo di scopo*, in *Trattato di diritto privato*, dir. da P. RESCIGNO, 12, UTET, Torino, 1985, p. 715 ss., spec. 719-720; L. NIVARRA-G. W. ROMAGNO, *Il mutuo*, in *Il diritto privato oggi*, a cura di P. CENDON, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 428-429; S. MAZZAMUTO, voce *Mutuo di scopo*, in *Enc. Giur. Treccani*, XX, Roma, 1990, p. 6 ss.) il mutuo di scopo è un contratto atipico, e in quanto tale consensuale, oneroso e ad effetti obbligatori. La realtà è infatti un fenomeno eccezionale nel nostro ordinamento, che è al contrario ispirato dal principio consensualistico, con la conseguenza che sono reali solo quei contratti previsti dal legislatore (a favore della tipicità dei contratti reali cfr. M. C. DIENER, *Il contratto in generale*, 3^a ed., Giuffrè, Milano, 2015, p. 48).

Contra, M. FRAGALI, *Il mutuo di scopo*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1961, p. 479 ss., il quale – essendo ancora legato ad una concezione della causa in astratto, come funzione economico-sociale del contratto – ritiene che il mutuo di scopo debba essere ricondotto all'ipotesi di cui gli artt. 1813 ss. c.c., poiché l'obbligo di destinazione vale soltanto a specificare, ma non ad alterare, la causa tipica del contratto di mutuo.

Cionondimeno, secondo l'orientamento oggi condiviso il contratto di mutuo di scopo si perfeziona nel momento in cui si forma l'accordo tra le parti, di modo che la consegna della somma mutuata non rappresenta l'elemento costitutivo del contratto, bensì l'esecuzione di un'obbligazione posta a carico del mutuante, mentre il mutuatario assume l'obbligo di corrispondere gli interessi nella misura prevista e di realizzare l'obiettivo in vista del quale l'erogazione ha avuto luogo.

Deve puntualizzarsi che la disponibilità della somma di denaro in capo al mutuatario non coincide con lo scambio dei consensi (rilevante soltanto per il perfezionamento del negozio), ma con il diverso momento in cui il mutuante adempie la propria obbligazione di dare. Invero, nel mutuo consensuale non può applicarsi il principio del consenso traslativo, considerato che in tale contratto vengono dedotte cose determinate solo nel genere. Pertanto, la proprietà passa con l'individuazione *ex art.* 1378 c.c., la quale si concreta nella consegna o nella acquisita disponibilità giuridica della somma da parte del mutuatario. Secondo Cass. 19 maggio 2003, n. 7773, cit., *“la disponibilità giuridica in capo al mutuatario sorge allorché costui può disporre della somma mutuata non solo senza l'intermediazione (necessaria) del mutuante ma anche invito mutuante, perché solo da tale momento la somma esce dal patrimonio del mutuante ed entra in quello del mutuatario. [...] È da questo momento che il soggetto beneficiato dal finanziamento acquista la disponibilità e la proprietà della somma erogata, e, conseguentemente, si trasferiscono sul medesimo i rischi relativi”*.

Per contro, MAGAZZÙ, voce *Surrogazione per pagamento*, cit., p. 1534, nota 74, nega che il mutuo di cui all'art. 1202 c.c. sia un mutuo di scopo, giacché nella specie non si ravvisa l'obbligo di impiegare la somma nel pagamento del debito. La norma – a parere dell'A. – impone solo di indicare espressamente nell'atto di mutuo la specifica destinazione della somma mutuata, ma non obbliga il debitore a impiegare tale somma nel pagamento.

Secondo VECCHI, *Il pagamento con surrogazione*, cit., p. 248, le formalità richieste dall'art. 1202 c.c. *“sono [...] giustificate dal fatto che il mutuo è un contratto che trasferisce al mutuatario la proprietà delle cose fungibili che ne formano oggetto (art. 1814 c.c.), e quindi, almeno formalmente, il debitore adempie dando cose proprie, in modo che diviene necessario individuarne dapprima la destinazione e poi la provenienza”*. Nello stesso senso GENGHINI-APICELLA, cit., p. 162, i quali ritengono che i requisiti di cui all'art. 1202 c.c. siano stati dettati al fine di eliminare i dubbi sulla qualificazione dell'operazione.

concesso il finanziamento al debitore proprio al fine di pagare il debito verso il creditore originario²²³.

Parte della dottrina ritiene che la forma scritta sia richiesta ai fini della validità della surrogazione, poiché l'ordinamento ha voluto dare preminente rilievo alla certezza del diritto, richiedendo tra l'altro che “*nell'atto di mutuo sia indicata espressamente*” la destinazione della somma²²⁴.

Ecco quindi che, secondo questa opinione, qualora nel mutuo non venisse indicata la destinazione della somma, o nella quietanza mancasse la dichiarazione del debitore, o questa si riferisse al mutuo in modo impreciso, o venisse aggiunta dopo la redazione della quietanza, l'obbligazione – allo scopo di tutelare i terzi – si estinguerebbe, e non potrebbe così operare la surroga nei confronti del terzo mutuante²²⁵.

Al contrario, altra parte della letteratura, nega che il mutuo e la quietanza debbano rivestire la forma scritta a pena di nullità, dato che l'art. 1202 c.c. si limita a richiedere che dal mutuo si possa individuare lo specifico debito per l'adempimento del quale il debitore utilizza la somma presa in prestito²²⁶. Il requisito formale verrebbe pertanto imposto solo *ad probationem* al fine di escludere il comportamento concludente.

Secondo questa dottrina la quietanza non è un elemento costitutivo della surrogazione, che invero potrebbe aver luogo – anche in assenza della quietanza – se tutti i soggetti dell'operazione concordassero sul compimento della surrogazione avente data certa²²⁷.

²²³ Cfr. MOSCATI, cit., p. 431.

²²⁴ Cfr. MARTONE, cit., pp. 398-399, spec. nota 464.

²²⁵ *Ivi*, p. 403. Secondo CALVO, cit., p. 93, in queste ipotesi “*la surrogazione non può ritenersi perfezionata finché non intervenga una sentenza accertante l'elemento che manca*”.

²²⁶ Cfr. CARPINO, *Del pagamento con surrogazione*, cit., pp. 63-65.

²²⁷ *Ivi*, pp. 64-65. Secondo BIANCA, *L'obbligazione*, cit., p. 350, nota 13, “*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*

L'importanza della quietanza emerge dal dettato di cui all'art. 1202 n. 3 c.c., che vieta al creditore di rifiutarsi di inserire nella quietanza la dichiarazione del debitore a seguito della richiesta di costui.

A fronte del silenzio del codice in ordine alle conseguenze del rifiuto del creditore, una parte della dottrina sostiene che, in questa ipotesi, il debitore possa a sua volta rifiutarsi di eseguire il pagamento in forza del generale principio *inadimplenti non est adimplendum*²²⁸, mentre altri autori sostengono che il debitore – compiendo offerta reale o deposito – possa chiedere al pubblico ufficiale di inserire nel verbale tale dichiarazione²²⁹.

Resta ferma, inoltre, a carico del creditore che tenga questo comportamento illegittimo, una responsabilità contrattuale nei confronti del debitore, considerato che la menzione della dichiarazione di provenienza delle somme impiegate per il pagamento costituisce adempimento di un'obbligazione di fonte legale²³⁰. Sussiste poi, sempre a carico del creditore originario, una responsabilità aquiliana nei confronti del terzo mutuante per la lesione del credito di cui questo è titolare²³¹.

dichiarazione scritta del debitore di data certa contestuale e non successiva al pagamento". Contra FRAGALI, *Del mutuo*, cit., p. 265, afferma che, senza il rilascio della quietanza che comprenda la dichiarazione del debitore circa la provenienza della somma utilizzata per l'adempimento, l'effetto surrogatorio non si produce e il mutuante può chiedere la restituzione anticipata della cose mutate.

²²⁸ Cfr. BIANCA, *L'obbligazione*, cit., p. 350, che precisa che "se manca la quietanza, o se il creditore non può o non vuole eseguire l'attestazione, la dichiarazione del debitore può essere fatta risultare in altro modo documentale".

²²⁹ Cfr. CARPINO, *Del pagamento con surrogazione*, cit., pp. 65 e 66; CONTI, cit., p. 567; BUTERA, cit., p. 166; GIORGI, cit., p. 224; BUCCISANO, cit., p. 67.

²³⁰ Si discute in dottrina sull'esistenza o meno di un vero e proprio diritto soggettivo all'adempimento in capo al debitore. Cfr. BIANCA, *L'obbligazione*, cit., pp. 46-47 e 380-381, il quale sostiene che il debitore ha un semplice interesse giuridicamente rilevante all'adempimento. Egli non ha un diritto soggettivo, ma dal titolo può emergere che la prestazione sia volta "a soddisfare anche un interesse del debitore", con la conseguenza che "quest'ultimo diviene titolare di una pretesa nei confronti del creditore, cioè diviene a sua volta creditore". L'A. chiarisce che, anche qualora l'interesse del debitore non goda della stessa tutela dell'interesse del creditore, egli "è comunque tutelato mediante il principio di correttezza". Nello stesso senso F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, 17ª ed., ESI, Napoli, 2015, pp. 564-565, nega che sia configurabile un diritto del debitore ad adempiere, cui dovrebbe corrispondere un obbligo del creditore di ricevere la prestazione, posto che le norme sulla mora del creditore "mirano alla liberazione coattiva del debitore proprio a prescindere da una collaborazione del creditore nel ricevere la prestazione".

²³¹ Cfr. MARTONE, cit., pp. 402-403.

Queste rigide prescrizioni rispondono ad una *ratio* di tutela degli altri creditori del debitore contro eventuali frodi che questi, con la collusione del terzo, potrebbe compiere in danno alle loro ragioni, facendo rivivere un'obbligazione ormai estinta e sottraendo loro le garanzie²³². Difatti, il *solvens* non è altro se non un creditore del debitore, che potrebbe avere interesse ad ottenere una posizione di vantaggio a scapito degli altri creditori.

Il legislatore ha voluto tutelare anche il mutuante, allo scopo di evitare che il debitore – prendendo a mutuo la somma di denaro da più persone e promettendo a tutte di surrogarle – renda in realtà impossibile tale sostituzione.

Invero, se non risulta quale delle somme mutate sia servita per estinguere il debito, nessuno dei mutuanti può essere surrogato al posto del creditore soddisfatto²³³.

Invece, qualora il debitore abbia concluso più contratti di mutuo e in tutti risulti indicato che sono stati stipulati per estinguere il debito – senza che nella quietanza il debitore indichi in quale proporzione le somme provenivano da ciascuno dei mutuanti – la dottrina maggioritaria ritiene che tutti i mutuanti si surrogino in modo proporzionale²³⁴.

Si discute se sia necessario che il contratto di mutuo e il pagamento siano fatti contemporaneamente. L'opinione prevalente dà una risposta

²³² CANTILLO, cit., p. 1089; LONGO, cit., p. 214; BUTERA, cit., p. 166; FRAGALI, *Del mutuo*, cit., p. 264; VECCHI, *Il pagamento con surrogazione*, cit., p. 248.

²³³ Cfr. W. D'AVANZO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. cod. civ.*, dir. da M. D'AMELIO-E. FINZI, G. Barbèra editore, Firenze, 1948, p. 64. Nello stesso senso CARPINO, *Del pagamento con surrogazione*, cit., p. 65; ROLLI, cit., p. 991, MAGAZZÙ, voce *Surrogazione per pagamento*, cit., p. 1534, MARTONE, cit., p. 404 e FRAGALI, *Del mutuo*, cit., p. 266, i quali concordano che, nel caso in cui il debitore abbia concluso più mutui per procurarsi la somma con la quale soddisfare il proprio creditore, la surrogazione *ex art. 1202 c.c.* ha luogo a favore del mutuante indicato dal debitore nella dichiarazione.

²³⁴ Cfr. D'AVANZO, cit., p. 64, il quale precisa che, se il credito è assistito da ipoteca, deve essere preferito il mutuante che abbia per primo adempiuto le formalità prescritte per l'efficacia del vincolo reale a suo favore; FRAGALI, *Del mutuo*, cit., p. 267; G. M. MERLO, *La surrogazione per pagamento*, CEDAM, Padova, 1933, pp. 315-317; GIORGI, cit., pp. 227-229; LONGO, cit., p. 215.

negativa alla questione, purché la lunghezza dell'intervallo temporale non renda incerto lo scopo dell'operazione e sempre che il pagamento non sia anteriore al prestito, essendosi in tal caso estinta l'obbligazione²³⁵. La legge, infatti, non richiede che il creditore sia soddisfatto immediatamente con la somma proveniente dal mutuo stipulato tra il debitore e il terzo, ma esige soltanto che il creditore sia soddisfatto con tale somma.

Non è nemmeno richiesto che vi sia contemporaneità tra il mutuo e la dichiarazione di surroga, mentre si suole affermare la necessaria contemporaneità della dichiarazione di surroga rispetto al pagamento, al fine di evitare che il credito – non accompagnato dalla dichiarazione di surroga – si estingua a seguito della soddisfazione dell'interesse del creditore originario²³⁶.

L'adempimento non deve essere necessariamente compiuto dal debitore, posto che non rileva la mera titolarità dell'obbligo, bensì l'imputazione del pagamento ai fondi mutuati. È ragionevole ritenere che anche lo stesso mutuante possa adempiere, considerato che l'art. 1202 n. 3 c.c. richiede solo la "*dichiarazione del debitore circa la provenienza della somma impiegata nel pagamento*", senza che debba precisarsi l'autore materiale²³⁷.

Invero, se l'oggetto della prestazione consiste nella consegna di una somma di denaro o di altra cosa fungibile, è indifferente che ad adempiere

²³⁵ Cfr. GIORGIANNI, voce *Surrogazione*, cit., p. 1233; MERLO, cit., pp. 317-319; LONGO, cit., p. 214; GIORGI, cit., pp. 221 e 225, il quale precisa che "*quanto maggiore sarà il tempo decorso fra l'imprestito e il pagamento, o fra la convenzione verbale dell'uno o dell'altro e l'atto destinato a constatarla, tanto più grave diverrà naturalmente il sospetto di simulazione*".

²³⁶ Cfr. BRECCIA, cit., p. 767; GALGANO, *Le obbligazioni in generale*, cit., p. 126.; VECCHI, *Il pagamento con surrogazione*, cit., p. 246, secondo cui i presupposti richiesti dalla legge nelle varie ipotesi di surrogazione "*devono sussistere al più tardi nel momento in cui si conclude la fase del pagamento, vale a dire con il rilascio della quietanza*", posto che, in caso contrario, l'obbligazione si estingue senza che possa verificarsi l'effetto traslativo del credito a vantaggio del terzo surrogato.

²³⁷ Cfr. GIORGI, cit., p. 221. *Contra*, MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, cit., p. 262, ad avviso del quale "*nella surrogazione per volontà del debitore, il terzo non partecipa alla soluzione, limitandosi a prestare al debitore la somma occorrente; la quale è versata al creditore, sempre dal debitore*".

sia il debitore o un terzo. In questi casi il creditore non ha alcun interesse giuridicamente rilevante a rifiutare l'adempimento del terzo, con la conseguenza che l'adempimento del terzo ha rilevanza giuridica anche se è eseguito contro la volontà del creditore (art. 1180 co. 1 c.c.)²³⁸.

Le tre forme di surrogazione per pagamento previste dagli artt. 1201 ss. c.c. presuppongono tutte l'esistenza di un credito trasmissibile e capace di soddisfacimento da parte di terzi²³⁹, giacché deve trattarsi di un credito attuale, liquido ed esigibile²⁴⁰, avente ad oggetto una prestazione di dare o fare fungibile²⁴¹.

Parte della dottrina ritiene che i divieti posti dalla legge per la cessione del credito valgano anche per la surrogazione²⁴², invece, altri autori

²³⁸ Ai sensi dell'art. 1180 c.c., il creditore può rifiutare l'adempimento del terzo solo se ha un interesse oggettivo a che il debitore esegua personalmente la prestazione (es. prestazione di fare o dare cose infungibili) oppure se il debitore ha manifestato al creditore la sua opposizione all'adempimento altrui. Tuttavia, in questo caso il creditore ha la facoltà, non già il dovere, di rifiutare l'adempimento del terzo. La norma fa emergere il *favor creditoris*, perché il legislatore privilegia l'interesse del creditore a ricevere comunque la prestazione, a scapito di quello del debitore ad evitare che altri adempia al suo posto, cosicché il debitore può evitare l'adempimento altrui solo eseguendo personalmente la prestazione. Al riguardo v. GALGANO, cit., p. 38.

²³⁹ Cfr. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, cit., p. 257; MAGAZZÙ, voce *Surrogazione per pagamento*, cit., p. 1528; BUCCISANO, cit., p. 60; AMICO, cit., p. 977; BIANCA, *L'obbligazione*, cit., p. 359, i quali ritengono che la surrogazione non possa operare con riguardo a crediti strettamente personali o comunque non suscettibili di una vicenda successoria per disposizione di legge.

²⁴⁰ Cfr. AMICO, cit., pp. 976-977, il quale afferma che il credito deve essere determinato nel suo ammontare, ma non anche incontestato o incontestabile. L'A. chiarisce che la surrogazione *ex art. 1202 c.c.* può operare anche se il credito è prescritto, atteso che il pagamento da parte del debitore implica una rinuncia alla prescrizione già compiuta *ex art. 2937 co. 3 c.c.*, con la conseguenza che il terzo surrogato acquista un diritto il cui termine di prescrizione inizia a decorrere *ex novo* dal giorno del pagamento. Nello stesso senso GENGHINI-APICELLA, cit., p. 156, i quali non ritengono necessario che il credito sia anche esigibile. Cfr. anche CARPINO, *Del pagamento con surrogazione*, cit., pp. 40-41.

²⁴¹ Cfr. CONTI, cit., p. 566; ROLLI, cit., p. 985; BUCCISANO, cit., pp. 58-59, ad avviso del quale non è possibile che il terzo adempia quando il creditore ha interesse a che il debitore esegua personalmente l'obbligazione. V. anche NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., p. 120; CALVO, cit., p. 92; CARPINO, *Del pagamento con surrogazione*, cit., pp. 42-43; VECCHI, *Il pagamento con surrogazione*, cit., p. 252, i quali precisano che, anche se la prestazione ha ad oggetto un dare infungibile, il terzo potrebbe adempiere nel caso in cui il debitore non abbia la disponibilità materiale del bene, che si trova invece presso il terzo. BIANCA, *L'obbligazione*, cit., pp. 359-360, sottolinea che "*l'infungibilità della prestazione non comporta di per sé né preclusione all'adempimento del terzo né l'intrasferibilità del credito né quindi la sua insurrogabilità. Piuttosto i crediti infungibili sono di massima insurrogabili in quanto il terzo adempiente non ha un interesse all'adempimento. Mancando un tale interesse l'adempimento al creditore originario estingue l'obbligazione in via assoluta*".

²⁴² Cfr. CARPINO, *Del pagamento con surrogazione*, cit., pp. 45-46; MERLO, cit., pp. 139-140.

sostengono che l'art. 1261 abbia natura eccezionale, e quindi sia inapplicabile all'istituto in esame²⁴³.

Queste ipotesi di surrogazione non hanno solo un presupposto comune, ma producono tutte lo stesso effetto, e cioè il subingresso del terzo al posto dell'originario creditore, che viene soddisfatto, nonché il trasferimento delle garanzie e degli altri accessori del credito²⁴⁴.

È chiaro che, se il pagamento non è dovuto o è nullo o viene annullato, l'effetto surrogatorio cade *ex tunc* e si ripristina l'originaria situazione debitoria²⁴⁵.

La surrogazione si perfeziona al verificarsi dell'effettivo soddisfacimento del creditore, non essendo sufficiente una semplice promessa di pagare. Essa è immediatamente efficace nei confronti di tutti i soggetti coinvolti, sebbene debbano ovviamente sussistere – o comunque realizzarsi al momento del pagamento – gli altri presupposti richiesti dalla legge²⁴⁶.

Difatti, il pagamento è un mero fatto giuridico che svolge il “*ruolo di coelemento*”, che insieme agli altri requisiti richiesti dalla legge dà luogo alla nascita della fattispecie surrogatoria, la quale impedisce l'estinzione

²⁴³ Cfr. BIANCA, *L'obbligazione*, cit., p. 359, secondo cui l'art. 1261 c.c. è riferito alla cessione intesa come contratto di alienazione del credito, e risulta estraneo alla surrogazione come effetto del pagamento. Al contrario, è applicabile alla surrogazione la norma che obbliga il cedente a consegnare i documenti probatori del credito (art. 1262 c.c.), giacché prescinde dalla fonte negoziale. Cfr. anche BUCCISANO, cit., pp. 60-62, secondo cui il vincolo legale di indisponibilità del diritto non ostacola la surrogazione, perché il surrogato subentra nella titolarità del diritto di credito, e non nella qualità giuridica (es. alimentando) che giustifica il vincolo legale. Il divieto convenzionale di cessione del credito comprende – a parere dell'A. – la sola surrogazione per volontà del creditore “*in virtù di una razionale interpretazione della volontà delle parti*”, ma non si estende agli altri casi di surrogazione, “*perché altrimenti danneggerebbe i terzi legittimati al (pagamento del debito altri e al) subingresso nei diritti del creditore soddisfatto*”.

²⁴⁴ Cfr. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, cit., p. 260.

²⁴⁵ *Ivi*, p. 260.

²⁴⁶ Cfr. BIANCA, *L'obbligazione*, cit., p. 346, nota 2; F. PIRAINO, *L'adempimento del terzo e l'oggetto dell'obbligazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, p. 336, ad avviso del quale la successione nel credito “*è frutto di una pluralità di presupposti [...] al cui verificarsi la legge, e soltanto la legge, riallaccia la conseguenza del subingresso del terzo [...]*”.

dell'obbligo – effetto tipico del pagamento sia esso eseguito dal debitore o dal terzo – e trasferisce il diritto in capo al *solvens*²⁴⁷.

Non occorre necessariamente un esatto adempimento, ma è sufficiente che l'estinzione dell'obbligazione avvenga con la piena soddisfazione del creditore originario. Ecco dunque che – eccettuata la particolare ipotesi di cui all'art. 1202 c.c. in cui occorre che il debito venga adempiuto mediante l'utilizzo della somma mutuata – all'adempimento in senso tecnico possono essere equiparati i modi soddisfattivi di estinzione dell'obbligazione; deriva che anche la compensazione²⁴⁸, la confusione e la *datio in solutum*²⁴⁹, accettata dal creditore che viene soddisfatto, possono dar luogo alla surroga, ferma restando l'operatività del meccanismo surrogatorio nei limiti del valore della prestazione eseguita²⁵⁰.

Al pari del pagamento, anche la dichiarazione di surroga è un mero fatto giuridico. Essa è addirittura ritenuta da alcuni scrittori superflua, atteso che serve solo ad indicare il nuovo titolare del credito, il quale non può che essere il *solvens*. Tale designazione, nell'ipotesi di cui all'art. 1202

²⁴⁷ BUCCISANO, cit., pp. 62-64, precisa che l'effetto estintivo del diritto di credito è un effetto del pagamento, ma “*l'impedimento alla estinzione dell'obbligo e la costituzione del diritto del solvens, non sono ricollegabili direttamente all'atto del pagamento, sibbene alla fattispecie surrogatoria nella quale il pagamento [...] svolge il ruolo di coelemento*”. Nello stesso senso DISTASO, cit., pp. 664-665.

²⁴⁸ BUCCISANO, cit., p. 71, nota 112, ammette la surrogazione nel caso di compensazione di un credito personale del coobbligato o del terzo con quello del creditore originario.

²⁴⁹ Cfr. CONTI, cit., p. 566; BUTERA, cit., p. 153; MERLO, cit., p. 135; BIANCA, *L'obbligazione*, cit., p. 360; CALVO, cit., p. 91; CARPINO, voce *Surrogazione*, cit., p. 968. *Contra* NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., p. 253 ss. e BUCCISANO, cit., p. 68 ss., i quali contestano la dottrina maggioritaria, che fa leva su un'interpretazione estensiva del termine “*pagamento*” di cui agli artt. 1201 ss. c.c. In particolare, BUCCISANO, cit., p. 70, ritiene che la surrogazione opera solo in presenza dell'adempimento di una prestazione fungibile con quella originariamente dovuta, tale da comportare l'estinzione del diritto del creditore. Secondo il Buccisano la surrogazione attribuisce al surrogato “*(un diritto alla prestazione di) una cosa omogenea, sotto i due profili, qualitativo e quantitativo, a quella prestata in favore del creditore. Astrattamente, il surrogato opera un regresso, cioè [...] riversa il depauperamento subito sul debitore [...]. Ciò presuppone che il surrogato abbia eseguito la prestazione originariamente dovuta; la fungibilità di questa consente [...] l'attuazione del subingresso nei diritti del creditore verso il debitore [...]*”. Anche A. ZACCARIA, *La prestazione in luogo dell'adempimento fra novazione e negozio modificativo del rapporto*, Giuffrè, Milano, 1987, p. 305 ss., sostiene che il terzo che concluda con il creditore un contratto di *datio in solutum* non possa mai surrogarsi, a meno che “*la possibilità di eseguire una prestazione in luogo dell'adempimento fosse già stata convenuta fra il debitore e il creditore*”.

²⁵⁰ Cfr. VECCHI, *Il pagamento con surrogazione*, cit., pp. 253-254; GENGHINI-APICELLA, cit., p. 158.

c.c. emerge, peraltro, dal combinato disposto delle due dichiarazioni di provenienza e di destinazione della somma mutuata²⁵¹.

Sulla base di queste considerazioni, è stato affermato che la surrogazione non ha natura negoziale, considerato che in tutte le ipotesi di pagamento surrogatorio previste dal codice civile il subingresso del *solvens* nei diritti del creditore originario è disposto direttamente dalla legge, fungendo la dichiarazione del creditore o del debitore solo da impulso per l'attivarsi del meccanismo surrogatorio²⁵².

Più precisamente, nei casi di surroga convenzionale, l'effetto surrogatorio deriverebbe sì dalla legge, ma non opererebbe di diritto, essendo in tali casi rimesso il funzionamento del meccanismo surrogatorio alla volontà del creditore o del debitore.

Secondo tale orientamento, nell'ipotesi di cui all'art. 1202 c.c., che a noi più interessa, non occorre una specifica manifestazione di volontà delle parti né un'espressa menzione della surrogazione, ma è sufficiente l'accordo tra il terzo mutuante e il debitore mutuatario sulla destinazione da dare alla somma mutuata e che risulti che il denaro mutuato sia stato effettivamente utilizzato per pagare l'originario creditore²⁵³.

²⁵¹ Cfr. CARPINO, *Del pagamento con surrogazione*, cit., p. 64; ID., voce *Surrogazione*, cit., p. 968. *Contra* MAGAZZÙ, voce *Surrogazione per pagamento*, cit., p. 1533, il quale – sebbene aderisca alla tesi che nega la natura negoziale della surrogazione – reputa che l'art. 1202 c.c. richieda “una espressa dichiarazione di surroga da parte del debitore, il quale potrebbe farla o nell'atto di mutuo o almeno contemporaneamente al pagamento, e in tal caso insieme alla dichiarazione di provenienza della somma mutuata”. Nello stesso senso GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, 17ª ed., cit., p. 626, che ritiene che “la dichiarazione di surroga è atto non negoziale di autorizzazione al subingresso ex lege del solvens nel credito e non già atto di disposizione del credito stesso o di designazione del soggetto che lo acquista, visto che costui non può che essere il solvens”.

²⁵² Cfr. MAGAZZÙ, voce *Surrogazione per pagamento*, cit., pp. 1527 e 1533, nota 72, secondo cui la dichiarazione di surroga è una “dichiarazione non negoziale di volontà”; CARPINO, *Del pagamento con surrogazione*, cit., p. 55; MERLO, cit., pp. 94-95, 305, 325, nota 3.

²⁵³ Cfr. MERLO, cit., p. 96 ss. e 309 ss.; GIORGI, cit., pp. 214 e 222; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, cit., p. 257; LONGO, cit., p. 213; CONTI, cit., p. 567, secondo cui “l'elemento convenzionale è [...] limitato all'accordo sulla destinazione della somma mutuata: dato tale accordo, se segue l'effettivo impiego del denaro nel pagamento e se concorrono le condizioni formali [...], la surrogazione è disposta dalla legge senza che occorra un intento delle parti ad essa rivolto”.

Premesso che l'elemento essenziale della fattispecie è il pagamento, inteso come mero atto giuridico che realizza immediatamente l'interesse del creditore, l'opinione in commento non ritiene necessaria la capacità di agire del *solvens* ai fini della validità della surrogazione, ma reputa sufficiente la capacità di ricevere il pagamento da parte del creditore originario²⁵⁴.

Questa concezione è contrastata da un altro filone dottrinale, che ribadisce la necessità della dichiarazione di surroga, allo scopo di imputare il pagamento alla fattispecie surrogatoria, restando altrimenti incerta la sua qualificazione (pagamento del terzo, donazione, indebito soggettivo ecc.)²⁵⁵.

Tale opinione ritiene cioè che l'adempimento della prestazione eseguito da un soggetto legittimato (sia esso il debitore o il terzo) eccezionalmente non comporta l'estinzione del rapporto obbligatorio, ma solo l'esclusione del creditore originario, e ciò proprio a causa dell'esercizio del potere di surroga, attraverso cui i soggetti regolano i loro interessi nel modo ritenuto più conveniente²⁵⁶.

In particolare, la dichiarazione di surroga del creditore *ex art. 1201 c.c.* o del debitore *ex art. 1202 c.c.* – poiché serve ad “*indirizzare il*

²⁵⁴ Cfr. MAGAZZÙ, voce *Surrogazione per pagamento*, cit., p. 1527.

²⁵⁵ Cfr. PROSPERETTI, cit., p. 164; GENGHINI-APICELLA, cit., p. 162; MOSCATI, cit., p. 432.

²⁵⁶ FRAGALI, *Del mutuo*, cit., p. 264, evidenzia che “*il debitore, surrogando il mutuante al creditore [...], non fa che esprimere la volontà di rimanere obbligato verso chi gli ha somministrato i mezzi per l'adempimento della prestazione relativa alla prima obbligazione, e di rimanere obbligato nel modo identico con il quale era tenuto verso il creditore*”. BIANCA, *L'obbligazione*, cit., p. 349, con riferimento all'ipotesi di cui all'art. 1201 c.c., afferma che l'atto di surrogazione è negoziale, in quanto atto dispositivo del soggetto in ordine alla sorte del credito, ma “*non si tratta [...] 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*”. Ancora, GRASSO, cit., p. 25, ricollega la mancata estinzione dell'obbligo nella surrogazione all'eccezionale manifestazione della volontà del debitore, il quale, promettendo la surrogazione al terzo mutuante, può procurarsi più agevolmente i mezzi per l'adempimento. Secondo l'A., il terzo sarà più invogliato a concedere il mutuo se, per la restituzione della somma, potrà scegliere tra il credito *ex mutuo* e il credito, eventualmente meglio garantito, in cui subentra *ex art. 1202 c.c.*

pagamento” – cioè ad imputarlo ad una determinata fattispecie, deve presupporre un’attività negoziale, atteso che la dichiarazione determina una modificazione della sfera giuridica del dichiarante²⁵⁷.

Secondo un’ulteriore corrente di pensiero, la surrogazione *ex art. 1202 c.c.* deve essere disposta addirittura mediante un contratto, che implica l’accettazione del mutuante ad essere surrogato al creditore originario. È ovviamente irrilevante la volontà di quest’ultimo²⁵⁸.

Da queste considerazioni deriva che, se la surrogazione è un atto di autonomia privata, è necessaria la capacità di agire del soggetto, la cui dichiarazione è necessaria per il prodursi della surrogazione²⁵⁹. Conseguentemente, la dichiarazione di surroga potrà essere impugnata nelle ipotesi di incapacità e vizi della volontà²⁶⁰.

Pare ragionevole aderire alla prima impostazione, perché si adatta meglio alla funzione della surrogazione, la quale – come è stato più volte ribadito – è volta ad agevolare il recupero della prestazione da parte del terzo surrogato. Egli infatti sarebbe pregiudicato qualora l’effetto surrogatorio venisse posto in discussione²⁶¹.

²⁵⁷ PROSPERETTI, cit., pp. 165-166, ritiene che la dichiarazione di surroga ha natura di negozio unilaterale nell’ipotesi di cui all’art. 1201 c.c., mentre ha natura di contratto tra debitore e mutuante nell’ipotesi prevista dall’art. 1202 c.c. Cfr. anche CALVO, cit., pp. 90-91; ZACCARIA, cit., p. 315, il quale sostiene che anche la surrogazione per volontà del creditore si attua attraverso un contratto tra surrogante e surrogato, posto che quest’ultimo “*compie il pagamento in un contesto nel quale gli è noto l’effetto successorio: in un contesto, cioè, in cui anch’egli vuole tale effetto*”.

²⁵⁸ Cfr. PROSPERETTI, cit., p. 165. Secondo FRAGALI, *Del mutuo*, cit., p. 264, “*in qualsiasi rapporto obbligatorio la volontà del creditore è rilevante nella misura imposta dalla necessità di tutelare ed attuare il diritto alla prestazione. Fino a quando non ne resta pregiudicato questo diritto, non v’è ragione di escludere effetto al solo volere del debitore*”.

²⁵⁹ Cfr. BUCCISANO, cit., pp. 56-57, secondo cui non è necessaria la capacità di agire del *solvens* nel solo caso in cui ad adempiere sia un condebitore, data la natura in questo caso non negoziale dell’atto di adempimento. Al contrario, se il pagamento viene eseguito da un terzo, attesa la natura negoziale dell’atto, “*si richiede che entrambe le parti abbiano la norma capacità di agire*”. L’A. chiarisce che “*l’atto del creditore [...] mediante il quale si conferisce al solvens il titolo alla surrogazione (art. 1201), non è un atto di disposizione e quindi non implica la capacità di agire. L’atto del debitore, volto al medesimo fine, in quanto confuso nel contratto di mutuo (art. 1202), presuppone naturalmente la capacità del mutuante*”.

²⁶⁰ Cfr. BIANCA, *L’obbligazione*, cit., p. 349.

²⁶¹ Cfr. ROLLI, cit., p. 987.

2.3. La natura giuridica del pagamento surrogatorio

La surrogazione per pagamento – sebbene sia regolata in modo puntuale dal legislatore agli artt. 1201-1205 c.c. – è stata oggetto di varie ricostruzioni, volte a spiegare come possa combinarsi l'effetto estintivo dell'obbligazione conseguente all'adempimento con la persistenza in capo al terzo surrogato dello stesso diritto di credito già spettante al creditore soddisfatto²⁶².

Più precisamente, di regola la soddisfazione del creditore comporta l'estinzione dell'obbligazione in virtù dell'adempimento, sia esso eseguito dal debitore o da un terzo. Ciò però non accade nei casi di surrogazione, che possono essere spiegati o privilegiando il momento traslativo o il carattere estintivo del pagamento. Nel primo caso occorre spiegare la mancata efficacia estintiva del pagamento, mentre nel secondo caso occorre chiarire il mancato verificarsi della successione.

2.3.1. L'equiparazione alla cessione del credito

Una teoria, diffusa sotto la vigenza del precedente codice civile, ha ricostruito la surrogazione come una cessione del credito, che si verifica *ope legis*²⁶³.

Questa tesi parte dal presupposto che sia la surrogazione sia la cessione producono il trasferimento al terzo dei diritti, delle azioni e delle garanzie del credito, e giunge a negare che il pagamento del terzo possa

²⁶² Cfr. C. TURCO, *L'adempimento del terzo*, in *Comm. cod. civ.*, dir. da P. SCHLESINGER, Giuffrè, Milano, 2002, p. 199; P. V. LUCCHESI, *Rilievi critici sulla natura giuridica della surrogazione*, in *Vita notarile*, 1975, p. 620; E. MOSCATI, cit., pp. 416 e 421.

²⁶³ Cfr. MERLO, cit., p. 32 ss., il quale riprende le più importanti ricostruzioni dottrinali sull'istituto della surrogazione. In particolare, l'A. cita la teoria sulla finzione di cessione, che annovera tra i suoi fautori R. J. POTHIER, *Coutume d'Orleans*, in *Oeuvres complètes de Pothier*, II, Paris, 1835, n. 66, p. 1737. La teoria della finzione è stata sostenuta in Italia da RICCI, *Corso teorico pratico di diritto civile*, Torino, 1907, VI, p. 334; PACIFICI MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, Firenze, 1908, IV, p. 354; GIANTURCO, *Istituzioni di diritto civile*, Firenze, 1915, p. 173.

essere qualificato in termini di adempimento, essendo un mero corrispettivo del trasferimento.

In particolare, i fautori della teoria in esame hanno fatto ricorso alla finzione per giustificare la permanenza dell'obbligazione nonostante il pagamento, che invece dovrebbe estinguerla. Si è supposto cioè che il pagamento non sia tale, ma che si tratti dell'esborso da parte del *solvens* e della percezione da parte del creditore, non già della somma costituente il debito, bensì del prezzo del credito che quest'ultimo ha ceduto²⁶⁴.

Questa corrente di pensiero merita di essere criticata – oltre che per essere totalmente arbitraria e priva di un aggancio normativo – soprattutto per non aver considerato che non vi era alcun bisogno di ricorrere alla finzione per giustificare la sopravvivenza del credito, giacché – come si è precisato nel paragrafo precedente – il trasferimento del credito dall'originario creditore al terzo avviene in forza di una norma giuridica²⁶⁵.

Inoltre, si consideri che tra gli istituti della cessione del credito e della surrogazione per pagamento esistono importanti divergenze, che non consentono di estendere alla seconda la disciplina della prima.

In primo luogo, la cessione, disciplinata dagli artt. 1260 ss. c.c., comporta la successione nel credito a seguito della stipula di un contratto tra il cedente ed il cessionario, senza che sia necessario attendere il trasferimento del bene o il pagamento del prezzo, mentre nella surrogazione la trasmissione del credito è collegata al pagamento della somma che forma oggetto dell'obbligazione o da parte di un terzo o da parte dello stesso debitore²⁶⁶.

²⁶⁴ Cfr. MERLO, cit., pp. 39-40.

²⁶⁵ *Ivi*, p. 40; BUTERA, cit., p. 150.

²⁶⁶ Cfr. GALGANO, *Le obbligazioni in generale*, cit., p. 126; BUTERA, cit., pp. 149-150; CARPINO, *Del pagamento con surrogazione*, cit., p. 28; TRABUCCHI, cit., p. 538. Secondo L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, I, Giuffrè, Milano, 1963, p. 288, “la surrogazione è [...] conseguenza non di

In secondo luogo, la disciplina della surrogazione diverge da quella della cessione del credito perché la prima presuppone il pagamento del debito preesistente, con la conseguenza che il creditore originario viene estromesso dal rapporto, mentre la cessione non presuppone l'adempimento e, allorché sia a titolo oneroso, il prezzo – che potrebbe anche essere corrisposto successivamente – non svolge una funzione solutoria del debito preesistente²⁶⁷.

Più precisamente, nella surrogazione il diritto di credito del terzo surrogato è proporzionato alla somma che egli ha pagato, mentre nella cessione l'eventuale prezzo – stabilito di comune accordo dalle parti – ben può divergere dal valore intrinseco della prestazione e dipendere dalla legge della domanda e dell'offerta²⁶⁸.

Nella surrogazione poi – secondo la concezione qui accolta – è sufficiente la semplice capacità di ricevere i pagamenti, mentre nella cessione, intesa come negozio traslativo di diritti, occorre la piena capacità di alienare quel diritto²⁶⁹. Quest'ultima non produce alcun mutamento del credito, che passa inalterato al cessionario, laddove il surrogato può domandare al debitore solo ciò che ha pagato oltre gli accessori²⁷⁰.

un puro accordo di volontà (come è la cessione), ma dell'essere stato il creditore realmente soddisfatto da un terzo”.

²⁶⁷ Cfr. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, cit., p. 262; BIANCA, *L'obbligazione*, cit., p. 358; CARPINO, voce *Surrogazione*, cit., p. 965. In giurisprudenza v. Cass. 29 aprile 1954 n. 1324, in *Giur. Cass. civ.*, 1954, III, 324, n. 1397, che ha evidenziato le differenze tra la surrogazione e la cessione del credito, sottolineando che “*la prima presuppone che abbia luogo l'adempimento e che conseguentemente il creditore originario sia messo fuori causa*”, mentre “*la seconda lascia intatto il rapporto obbligatorio, di modo che il nuovo creditore si sostituisce all'antico in un rapporto obbligatorio da adempiere*”.

²⁶⁸ Cfr. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., p. 99; BUCCISANO, cit., p. 32; D'AVANZO, cit., p. 58; GIORGIANNI, voce *Surrogazione*, cit., p. 1232. Secondo BUTERA, cit., p. 150, “*la cessione operando un trapasso di diritti dal cedente al cessionario può essere fatta indipendentemente a titolo gratuito o oneroso, ed in quest'ultimo caso per quel prezzo che alle parti piacerà di stipulare; mentre la surrogazione, supponendo l'estinzione delle ragioni dell'antico creditore, è sempre a titolo oneroso e opera nei limiti della somma pagata*”.

²⁶⁹ Cfr. GIORGIANNI, voce *Surrogazione*, cit., p. 1232; BUTERA, cit., p. 150; D'AVANZO, cit., p. 59.

²⁷⁰ Cfr. D'AVANZO, cit., p. 58.

La surrogazione, inoltre, produce i suoi effetti senza che sia necessaria né la notificazione né l'accettazione del debitore, attesa l'immediatezza dell'acquisto del diritto da parte del *solvens* a seguito del pagamento, purché sussistano gli altri requisiti richiesti dagli art. 1201 ss. c.c., mentre queste formalità sono richieste dal codice con riguardo alla cessione. Ciò non toglie però che, in alcuni casi, il terzo surrogato possa avere interesse a dare notizia della surroga al debitore per evitare che questi – ignaro del pagamento con surrogazione del terzo – si liberi in buona fede pagando all'originario creditore²⁷¹.

Questa conclusione è però confutata da una dottrina minoritaria, seppur autorevole, secondo la quale deve essere applicata anche alla surrogazione la disposizione che, con riguardo alla cessione dei crediti, impone la regola della notificazione e dell'accettazione, e ciò in ragione della *“possibile medesima rilevanza degli interessi tutelati e [della] necessità di evitarne una disciplina inadeguata incoerente”*²⁷².

Si consideri ancora che il cedente è tenuto a garantire l'esistenza del diritto ceduto al momento della cessione, mentre nella surrogazione il creditore soddisfatto – non avendo assunto un impegno traslativo nei confronti del terzo – non è tenuto a fornire tale garanzia al surrogato²⁷³.

²⁷¹ Cfr. GIORGIANNI, voce *Surrogazione*, cit., p. 1232; MERLO, cit., pp. 173-174; NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., pp. 99-100, ad avviso del quale *“nella cessione si opera un trasferimento del credito [...] per la cui efficacia di fronte ai terzi sono necessari requisiti ulteriori [...], nella surrogazione non si opera invece alcun trasferimento, neppure nella forma convenzionale, [...] tanto è vero che il consenso del surrogante e del surrogato non ha alcuna efficacia per operare il trapasso del credito fino a quando non sia effettivamente intervenuto il pagamento del terzo, il che importa a sua volta la non necessità di requisiti ulteriori per l'efficacia ultra partes della surrogazione”*; CARPINO, *Del pagamento con surrogazione*, cit., pp. 55-56. Secondo PROSPERETTI, cit., p. 165, nella surrogazione sussiste in generale l'onere *“di comunicare l'avvenuta surrogazione a chi è tenuto ad una prestazione”*.

²⁷² Cfr. BIANCA, *Il debitore e i mutamenti del destinatario del pagamento*, Giuffrè, Milano, 1963, p. 234 ss.

²⁷³ Cfr. CONTI, cit., p. 566; BUCCISANO, cit., p. 45; BARASSI, cit., p. 313, secondo cui l'obbligo di garantire l'esistenza del credito si giustifica solo nella cessione, giacché è strettamente connesso al fatto che qui il diritto viene trasferito in forza dell'*“impulso dispositivo della volontà”* del cedente.

Peraltro, l'inesistenza del credito comporta la mancanza del presupposto della surrogazione e qualifica l'avvenuto adempimento come non dovuto, con la conseguenza che il terzo surrogato non avrà l'azione di garanzia, ma – salvo diversa convenzione tra le parti nella surroga convenzionale – potrà esperire l'azione di ripetizione dell'indebito²⁷⁴.

Allo stesso modo, il creditore originario non deve nemmeno garantire al terzo surrogato la solvenza del debitore, salvo che ne abbia assunto esplicito impegno, in quanto rileva l'avvenuto pagamento²⁷⁵.

È utile sottolineare come la cessione richieda il consenso del creditore cedente, mentre la surrogazione può verificarsi anche contro la volontà del creditore originario (art. 1202 e 1203 c.c.). Si consideri, infatti, che nella surrogazione il creditore riceve quanto gli spetta, e quindi non ha alcuna ragione giuridica, ma prima ancora logica, per opporsi alla successione del terzo nel rapporto obbligatorio di cui era titolare.

La differenza tra i due istituti emerge anche considerando la funzione che questi svolgono, dato che la surrogazione è volta, da un lato, ad attribuire al terzo uno strumento celere ed efficiente per recuperare la prestazione adempiuta, e dall'altro lato, a liberare il debitore da un creditore esigente.

Al contrario, la cessione del credito ha un chiaro intento speculativo e mira ad assicurare una finalità circolatoria, giacché il credito viene trasferito dal precedente al nuovo titolare per attuare assetti di interesse di varia natura (vendita, donazione, pagamento, mutuo, transazione)²⁷⁶.

²⁷⁴ Cfr. BUTERA, cit., p. 150; D'AVANZO, cit., p. 58; BIANCA, *L'obbligazione*, cit., pp. 365-366; DISTASO, cit., p. 669.

²⁷⁵ Cfr. BUCCISANO, cit., p. 45; BARASSI, cit., p. 313.

²⁷⁶ Cfr. BUCCISANO, cit., p. 32; CAGNASSO, cit., p. 2; CARPINO, voce *Surrogazione*, cit., p. 965; ID., *Pagamento con surrogazione*, cit., p. 2; BETTI, cit., pp. 59 e 62; MICCIO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. cod. civ.*, Libro IV, Torino, 1961, p. 142.

Ugualmente da respingere – perché basata su un concetto errato di pagamento, che determina sempre l'estinzione dell'obbligazione – è la teoria dell'*action à double face*, sostenuta da una dottrina di fine '800, che ha configurato la surrogazione come un'operazione a doppia faccia, o meglio, come un negozio giuridico contenente elementi sia della cessione sia del pagamento.

Essa consisterebbe in un pagamento nei rapporti tra creditore originario e terzo surrogato e in una cessione nei rapporti tra terzo surrogato e debitore dal quale il primo acquista il debito²⁷⁷.

Nella surrogazione si verificherebbero due fatti giuridici, e cioè il pagamento del terzo surrogato, che estingue l'obbligazione rispetto al creditore originario in modo effettivo, e la cessione, che fa passare il credito al surrogato, la quale però sarebbe finta perché l'obbligazione è stata ormai estinta²⁷⁸.

Questa teoria non risulta assolutamente persuasiva, in quanto non spiega come l'obbligo possa passare dall'*accipiens* al *solvens* nonostante la sua estinzione a seguito del pagamento²⁷⁹.

Alla luce delle considerazioni che precedono, deve affermarsi l'infondatezza delle teorie enunciate, le quali non sono riuscite a spiegare la natura giuridica della surrogazione, che non deve essere equiparata ad altri istituti simili, ma deve essere studiata – senza ricorrere a delle finzioni – quale istituto giuridico a sé stante, con forma e caratteri propri²⁸⁰.

2.3.2. Il trapasso delle sole garanzie

²⁷⁷ Cfr. MERLO, cit., p. 45, il quale attribuisce questa teoria a DEMOLOMBE, *Cours de Code Civil*, Bruxelles, 1882, XIII, n. 320.

²⁷⁸ Cfr. D'AVANZO, cit., p. 59.

²⁷⁹ *Ibidem*.

²⁸⁰ Cfr. MICCIO, cit., p. 143; MERLO, cit., p. 38; LUCCHESI, cit., p. 630.

Un'ulteriore corrente dottrinale, risalente nel tempo, ha sostenuto che nella surrogazione non vi è un trasferimento del credito, ma delle sole garanzie, perché l'adempimento estingue sì l'obbligo in modo assoluto, ma permette la sopravvivenza delle garanzie che lo presiedono²⁸¹.

Queste garanzie si trasferiscono dal precedente credito estinto a quello nuovo, che sorge in forza dell'azione di regresso che spetta al terzo surrogato che ha pagato un debito non suo.

In altri termini, la surrogazione non comporta la nascita di un nuovo credito, il quale invece sorge in base al rapporto sottostante, intercorrente tra il debitore e il terzo surrogato, che si origina per effetto del pagamento del terzo.

Più precisamente, il terzo surrogato acquista – per diritto proprio e per il solo fatto del pagamento – una sorta di azione di regresso nei confronti del debitore. Tale azione non viene trasmessa dal creditore soddisfatto, poiché la vicenda successoria riguarda le sole garanzie, che da accessori del credito estinto diventano accessori del nuovo credito del terzo.

Il rapporto di regresso sorge indipendentemente dalla surrogazione e chi ha pagato può valersi delle relative azioni, che sono assolutamente indipendenti dai diritti del precedente creditore, avendo un'altra origine.

Questa teoria – oltre a contrastare con la lettera dell'art. 1202 c.c. che parla di surroga “*nei diritti del creditore*” e non nelle garanzie – si scontra con il principio dell'accessorietà delle garanzie rispetto al credito principale, che impone la caducazione delle garanzie per effetto dell'estinzione del credito cui si correlano²⁸².

²⁸¹ Cfr. MERLO, cit., p. 48, che ascrive questa teoria, tra gli altri, a LOISEAU, *Du droit des officiés*, Paris, 1763, 1, III, cap. 8 e MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Paris, 1807-1809, XII, pp. 348-349.

²⁸² Cfr. BUTERA, cit., p. 150.

Deve poi considerarsi che un credito potrebbe anche essere sprovvisto di garanzie, e in tal caso il terzo surrogato resterebbe indifeso ed verrebbe surrogato nel nulla²⁸³, e che non sempre il *solvens* può vantare un diritto di regresso verso il debitore²⁸⁴.

Nonostante le indubie criticità, questa teoria è stata ripresa da una dottrina più recente, ad avviso della quale nella surrogazione non si verifica alcun trapasso del credito ma solo delle sue garanzie²⁸⁵.

Segnatamente, tale opinione considera che – nella peculiare ipotesi di cui all’art. 1202 c.c. – il debitore, nel momento in cui contrae il mutuo con il terzo, acquista un obbligo nei confronti di questo, la cui portata economica coincide con il debito che egli ha verso il creditore originario. Il terzo mutuante non acquista il diritto del creditore originario, ma gode di un proprio credito *ex mutuo* nei confronti del debitore. I due diritti divergono quanto ai mezzi di tutela del credito e al loro grado di rafforzamento, considerato che il credito del terzo mutuante potrebbe essere meno garantito rispetto a quello del creditore originario.

Si consideri infatti che – se così non fosse – la surrogazione non avrebbe ragione di esistere, posto che il terzo non avrebbe nessun interesse ad acquistare un credito di ammontare pari a quello che ha già e di non più facile soddisfazione²⁸⁶.

La surrogazione si giustifica solo se il credito originario è più rafforzato, essendo in tal caso ragionevole che il mutuatario – anche allo scopo di indurre il terzo a concedergli il prestito – gli trasferisca le stesse garanzie che assistevano il credito verso il precedente creditore.

²⁸³ Cfr. MICCIO, cit., p. 144.

²⁸⁴ Cfr. CONTI, cit., p. 565.

²⁸⁵ Cfr. MICCIO, cit., p. 151 ss.

²⁸⁶ *Ivi*, p. 152.

Pertanto, secondo questa opinione, il riferimento contenuto nell'art. 1202 c.c. alla surroga del mutuante nei diritti del creditore riguarda in realtà i maggiori diritti del creditore, cioè i diritti più tutelati rispetto a quelli del terzo mutuante.

Si cercano invero di superare le obiezioni che fanno leva sul contrasto con il principio di accessorietà, sostenendo che si tratta di un effetto legale di natura eccezionale. D'altra parte, il codice civile – agli artt. 1232 e 1275 c.c. – consente espressamente che le garanzie di un credito estinto possano essere utilizzate per un nuovo credito. Inoltre, il debitore – rientrato nella disponibilità delle garanzie del debito originario – ben potrebbe farne uso a favore del nuovo creditore.

Questa tesi viene estesa anche alla surrogazione *ex art.* 1201 c.c. e a quella disciplinata dall'art. 1203 c.c. Nella prima ipotesi – sebbene non sia il debitore che trasferisce al terzo le garanzie – il trasferimento sussiste sempre, ma viene effettuato direttamente dal creditore. Questi, anzi, essendo stato soddisfatto, non potrebbe, a maggior ragione, trasferire al terzo il suo credito, che con il pagamento si è estinto, ma solo i mezzi di tutela.

Con riferimento all'art. 1203 c.c., si afferma che il creditore chirografario, che paga un altro creditore che lo precede, viene surrogato nelle maggiori garanzie di cui godeva il creditore privilegiato soddisfatto. Allo stesso modo, l'acquirente di un immobile, che paga il creditore ipotecario, acquista le maggiori garanzie che accedevano al diritto di quest'ultimo.

Anche questa teoria non merita di essere accolta, dal momento che sembrano deboli le argomentazioni che non vedono una deroga al principio di accessorietà. È sì vero che il codice ammette che le parti possano concordare la permanenza delle garanzie, ma deve appunto trattarsi di un

accordo tra le stesse e non di un supposto effetto legale eccezionale, che non trova effettivi riscontri nel dato letterale degli artt. 1201 ss. c.c.

È doveroso sottolineare che, con specifico riguardo all'introduzione ad opera del legislatore del 2007 dell'istituto della portabilità dei mutui, una recente dottrina ha riproposto la tesi che vede nella surrogazione *ex art.* 1202 c.c. un caso di completa estinzione del rapporto originario con sopravvivenza delle sole garanzie²⁸⁷. È stato infatti sostenuto che il debitore che vuole sostituire il proprio mutuo intende estinguere integralmente quello precedente ed aprirne uno nuovo, salvo utilizzare la vecchia ipoteca per garantire la nuova banca.

Ecco dunque che in questa ipotesi non si avrebbe una mera sostituzione del creditore nel medesimo debito, ma il nuovo mutuo sostituirebbe completamente il precedente credito estinto.

Questa opinione presuppone il rispetto del principio, di cui all'art. 2809 c.c., della specialità dell'ipoteca, intesa come determinatezza della somma per cui è iscritta, ma supera il tradizionale principio dell'accessorietà delle garanzie rispetto al credito principale, limitandosi ad affermare in modo apodittico che “*altrimenti non si potrebbe avere portabilità*”.

2.3.3. La teoria del regresso legale

Una variante della teoria del trapasso delle sole garanzie ha cercato di superare le obiezioni che hanno evidenziato come non sempre il *solvens*

²⁸⁷ Cfr. P. L. FAUSTI, *Mutui e clausole vessatorie*, in *Notariato*, 2007, p. 535. L'A. distingue nettamente la surrogazione *ex art.* 1202 c.c. dalle altre due fattispecie di surrogazione di cui agli artt. 1201 e 1203 c.c. Difatti, egli afferma che “*a differenza [...] degli articoli 1201 e 1203 c.c., che possono agevolmente interpretarsi come una sostituzione nel lato attivo di un rapporto che resta oggettivamente invariato, l'art. 1202 reca in sé la novità di un nuovo rapporto, il mutuo, che modifica radicalmente i termini della fattispecie, arieggiando un effetto estintivo/costitutivo: se il debitore è ora tenuto ex mutuo, che senso ha ritenere che continui ad essere tenuto (si badi: per la stessa somma!), anche per un diverso titolo precedente?*”.

possa vantare un diritto di regresso verso il debitore, sostenendo che il credito si estingue a seguito del pagamento del terzo, ma contemporaneamente ne sorge uno nuovo di identico contenuto a favore di chi ha pagato, nel quale si trasferiscono le garanzie che munivano il precedente credito²⁸⁸.

Questo nuovo diritto di credito sorgerebbe al momento del pagamento in forza della legge, e garantirebbe il terzo surrogato attribuendogli un diritto di regresso verso il debitore, rinforzando così quello che egli eventualmente già abbia in base al rapporto sottostante con quest'ultimo.

Anche questa teoria è stata abbandonata perché artificiosa e priva di una base normativa, ma soprattutto perché non è riuscita a spiegare il fenomeno dell'estinzione dell'obbligazione e la nascita di una nuova. Senza considerare poi che i fautori di questa tesi parlano impropriamente di azione di regresso, la quale – come chiarito all'inizio del capitolo – potrebbe anche non spettare al terzo surrogato.

2.3.4. La teoria dell'espropriazione del credito per utilità privata

Un cenno merita di essere dedicato anche alla teoria che ha configurato la surrogazione come un'espropriazione del credito per utilità privata²⁸⁹.

I sostenitori di questa corrente dottrinale hanno distinto il pagamento effettuato *animo solvendi*, con efficacia estintiva dell'obbligazione, dal pagamento eseguito senza *animo solvendi*, senza cioè l'intenzione di estinguere l'obbligazione, ma con quella di acquistarla per sé. Quest'ultimo

²⁸⁸ Cfr. MERLO, cit., p. 52, il quale cita – tra i sostenitori di questa tesi – STAMMLER, *Recht des Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren*, Berlin, 1897, p. 200 ss. e DERNBURG, *Das bürgerliche Recht*, Halle, 1903-1908, II, par. 142.

²⁸⁹ Cfr. MERLO, cit., p. 54 ss., che annovera tra i sostenitori di questa tesi MAGINI, *La surrogazione per pagamento*, Torino, 1924, p. 87 ss.

sarebbe appunto il pagamento con surrogazione, il quale da una parte estingue l'obbligazione e dall'altra opera il trasferimento della stessa.

In particolare, la somma pagata dal terzo non opera una *solutio*, bensì costituisce una sorta di indennità corrisposta al creditore originario per il credito che si trasferisce al *solvens*.

Si ha quindi un'espropriazione del credito a favore di chi lo soddisfa, che avviene per utilità privata, perché chi paga ha interesse ad avere il credito per poter ottenere in modo più efficace il recupero della somma sborsata.

Autorevole dottrina ha criticato questa teoria, negando che si possa parlare in questo caso di espropriazione perché *“l'espropriazione avviene quando vi è già una causa che la renda necessaria e che la giustifichi, mentre nel caso della surrogazione, la causa che darebbe luogo a questa espropriazione è il pagamento stesso del debito. Logicamente questo pagamento avviene prima del trapasso del credito, perché il surrogato ne acquista il diritto in quanto ha pagato; in altri termini, il pagamento è la causa, il trapasso è l'effetto; nell'espropriazione avviene il contrario, cioè: la corresponsione della indennità è l'effetto, mentre il trapasso di proprietà è la causa”*²⁹⁰.

Non è poi possibile negare che la prestazione eseguita dal surrogato sia un pagamento, considerato che il *solvens* soddisfa l'interesse del creditore, ma deve invece affermarsi che si tratta di un pagamento che non produce l'estinzione dell'obbligazione, bensì la mera estromissione del creditore originario.

2.3.5. La teoria dell'estinzione relativa

²⁹⁰ Cfr. MERLO, cit., pp. 56-57.

Una parte autorevole della dottrina nega che la surrogazione possa essere ricompresa nell'ambito di un fenomeno successorio perché il diritto del creditore si estingue a seguito della prestazione del terzo²⁹¹.

Difatti, l'adempimento del terzo rappresenta un mezzo di realizzazione del diritto del creditore, e ha efficacia estintiva rispetto al credito, perché – sebbene il contenuto dell'obbligo del debitore sia la prestazione, intesa come comportamento personale dell'obligato – l'interesse del creditore non tende esclusivamente alla prestazione del debitore, ma piuttosto al bene o all'utilità che il debitore deve – attraverso la prestazione – procurare al creditore²⁹².

Tuttavia, secondo questa tesi, l'adempimento del terzo non produce necessariamente l'estinzione assoluta dell'obbligazione, che si ha solo quando sono raggiunti tutti gli scopi che essa persegue. Ciò avviene nel caso in cui l'adempimento provenga direttamente dal debitore, ma non quando sia un terzo ad adempiere.

Il conseguimento relativo degli scopi implica così un'estinzione relativa dell'obbligazione nei riguardi del solo creditore soddisfatto, mentre permane il dovere di prestazione del debitore²⁹³. Costui – non avendo

²⁹¹ Ivi, p. 46 ss. L'A. imputa la teoria dell'estinzione relativa a HARTMANN, *Die obligation. Untersuchungen zum Zweck und Bau*, Erlangen, 1875, p. 46 ss.

²⁹² Cfr. R. NICOLÒ, voce *Adempimento (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, I, Giuffrè, Milano, 1958, p. 565. Nello stesso senso U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.*, dir. da CICU-MESSINEO, Giuffrè, Milano, 1974, p. 181, sostiene che ai fini della realizzazione dell'interesse del creditore la legge non considera sempre indispensabile la prestazione del debitore. L'A. precisa che l'intervento del terzo è caratterizzato dall'*animus* di realizzare il diritto del creditore, cosicché l'estinzione dell'obbligazione del debitore è una conseguenza ulteriore e meramente eventuale, potendo essa essere esclusa qualora si verifichi la surrogazione. In tal caso il terzo subentra al posto del creditore soddisfatto, assumendo egli stesso la posizione del creditore.

²⁹³ NICOLÒ, voce *Adempimento*, cit., pp. 554-555, afferma che “tra realizzazione del diritto di credito ed attuazione dell'obbligo non corre una assoluta implicazione reciproca, così che all'attuale verificarsi di una delle due situazioni deve di necessità corrispondere il verificarsi dell'altra: istituti come l'adempimento del terzo (articolo 1180), il pagamento al creditore apparente (art. 1189), l'offerta reale (art. 1206 ss.), ne sono plausibile prova [...]”. L'A. nega che in questo modo si assista ad una “scomposizione” dell'obbligazione e conferma l'esistenza di una stretta correlazione tra la posizione del debitore e quella del creditore, ma ritiene che questa costruzione dell'obbligazione esalti la funzione strumentale propria dell'obbligo rispetto alla realizzazione dell'interesse del creditore. Cfr. anche

adempito – non è liberato, mentre chi ha eseguito la prestazione deve essere rimborsato. Per tale motivo, cioè per garantire la reintegrazione del patrimonio del *solvens*, il legislatore ha sancito la permanenza dell’obbligo.

Dunque, si afferma che, a fronte della permanenza dell’obbligo in capo al debitore, “*la legge crea in modo originario*” un nuovo diritto di credito – economicamente equivalente al precedente – a favore del terzo surrogato²⁹⁴.

In altri termini, la permanenza dell’obbligazione è funzionale a soddisfare un interesse diverso da quello originario, che “*una volta realizzato, ha esaurito irrimediabilmente la propria ragion d’essere*”. All’effetto impeditivo della surrogazione si accompagna un effetto costitutivo, dal momento che “*il solvens acquista un diritto nuovo di regresso*”²⁹⁵.

Cionondimeno, non si verifica un fenomeno novativo, in quanto se è vero che il diritto di credito si estingue, ciò non vale per il rapporto obbligatorio da cui deriva il diritto, che sopravvive. Il creditore soddisfatto viene estromesso da tale rapporto e al suo posto subentra il terzo che ha pagato il debito²⁹⁶. Nella surrogazione permane la stessa obbligazione del

BUCCISANO, cit., p. 36, per il quale la “*la surrogazione costituisce [...] un fatto impeditivo dell’estinzione dell’obbligo*”.

²⁹⁴ Cfr. NICOLÒ, *L’adempimento dell’obbligo altrui*, cit., p. 100; M. BRIGUGLIO, *Recensione a O. Buccisano, La surrogazione per pagamento*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1958, p. 582. Merita di essere ricordata anche la più recente opinione di DOLMETTA, *Questioni sulla surrogazione per volontà del debitore ex art. 8 legge n. 40/2007 (c.d. «portabilità del mutuo»)*, cit., p. 257 ss., che costituisce uno sviluppo della teoria dell’estinzione relativa, sebbene sia riferita principalmente all’art. 1202 c.c. Secondo l’A., il pagamento del terzo avrebbe la stessa efficacia estintiva del pagamento del debitore, con la conseguente efficacia estintiva del rapporto. A seguito dell’estinzione del rapporto obbligatorio, sorgerebbe *ope legis* un nuovo rapporto, in tutto identico al precedente, tra il debitore e il terzo che si è sostituito al creditore precedente. Più precisamente, egli reputa che “*il terzo surrogato risulta [...] possedere un (suo) credito verso il debitore: se non è ex contractu (per concessione di credito, per mandato, ecc.), è ex lege (quale garante o gestore di affare altrui o altro)*”.

²⁹⁵ Cfr. BUCCISANO, cit., pp. 37 e 62; DISTASO, cit., p. 672.

²⁹⁶ Cfr. BUCCISANO, cit., p. 81 ss., ad avviso del quale “*nella surrogazione per pagamento si verifica [...] un fenomeno novativo [...]. Eppure, non si ha una novazione vera e propria: non tanto perché la novazione presuppone la sostituzione di una nuova obbligazione a quella originaria, quanto perché essa rappresenta una causa estintiva-costitutiva del rapporto giuridico e del diritto soggettivo, mentre nella*

debitore e non un'obbligazione nuova, che estingue la precedente con tutte le sue garanzie, privilegi e ogni altro diritto accessorio.

Una parte di questa dottrina nega che il diritto del terzo surrogato abbia carattere originario, dato che l'acquisto del credito presuppone pur sempre *“un rapporto con l'antecedente titolare, nella cui posizione giuridica si subentra, suppone quindi presente un nesso derivativo, ma non è fondato sopra un atto di trasferimento che ponga siffatto nesso”*²⁹⁷.

Più precisamente, i sostenitori di questa opinione chiariscono che nella surrogazione il rapporto obbligatorio originario sopravvive perché è la legge a sancirne la permanenza. La legge infatti come può essere fonte di obbligazioni, così può far sopravvivere l'obbligazione al pagamento.

Tuttavia, la posizione attiva non viene trasferita, ma piuttosto è deferita al terzo, cui del resto non può passare il credito soddisfatto ormai estinto.

È bene ribadire che, secondo questa dottrina, una cosa è il rapporto obbligatorio, altra è il diritto che ne deriva. Una cosa è la posizione giuridica del creditore, altro è il diritto di chi la occupa²⁹⁸.

Il terzo deve comunque avere *“un titolo giuridico proprio che lo legittimi ad occupare il posto del creditore”*²⁹⁹. Difatti, il titolo al subingresso diverge dal credito che si acquista per effetto del subingresso. Questo titolo è dato dall'avvenuto pagamento, mentre il credito nasce dal

specie [...] la estinzione del diritto del creditore precedente consegue ad una causa autonoma rispetto a quella che dà luogo alla costituzione del diritto del surrogato”;

²⁹⁷ Cfr. BETTI, cit., pp. 68-69 e BUCCISANO, cit., pp. 41 e 83, che ricollega l'attribuzione del diritto al surrogato al riconoscimento di un diritto preesistente. L'A. precisa che *“quest'ultimo non è identico al diritto acquisito, ma l'identità del diritto non costituisce una caratteristica essenziale dell'acquisto derivativo”*. Più in generale F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 9ª ed., Jovene, Napoli, 1986, p. 93, chiarisce che *“accanto all'acquisto per trasferimento dello stesso rapporto, che perciò si chiama acquisto derivativo traslativo”* vi è *“l'acquisto derivativo costitutivo, che risulta dalla costituzione di un nuovo rapporto, il quale però deriva dal rapporto preesistente, perché lo suppone e ne assorbe una parte del contenuto o comunque lo limita”*.

²⁹⁸ Cfr. BETTI, cit., p. 66.

²⁹⁹ *Ivi*, p. 68.

subentrare al posto di creditore. Ciò che preesiste è il posto di creditore, e per il terzo, il titolo a subentrarvi³⁰⁰.

Nella surrogazione l'acquisto del credito da parte del terzo non sarebbe dovuto ad un trasferimento di esso operato dal precedente creditore, che mira solo a essere soddisfatto, bensì ad una delazione del credito, collegata al posto di creditore, al fine di assicurare al terzo che ha soddisfatto il creditore un mezzo di recupero della somma erogata, più efficace e celere dell'azione di regresso che può competergli, ma non necessariamente gli compete³⁰¹.

In quest'ottica, la surrogazione, garantendo il subingresso del *solvens*, “*offre un premio*” al terzo interessato a riavere quanto pagato direttamente al creditore, in luogo del debitore, o indirettamente, per il tramite di lui³⁰².

Questa teoria differenzia nettamente la surrogazione rispetto alla cessione del credito, posto che nella prima non vi è alcun trasferimento del diritto. Difatti, “[...] *il creditore non può trasmettere una qualità che, nel momento in cui il terzo esegue la prestazione, egli perde definitivamente*” a seguito del soddisfacimento, e quindi dell'estinzione del suo diritto³⁰³.

In particolare, si sottolinea che la legge con questo istituto ha inteso risolvere un problema di “*distribuzione di vantaggi e oneri*”, “*di adeguamento e di pareggio del dare e dell'avere fra le sfere d'interessi di due consociati*”³⁰⁴.

³⁰⁰ *Ibidem*. Contra DISTASO, cit., p. 670 e BUCCISANO, cit., pp. 55-56, a parere del quale il soggetto che esegue il pagamento, e che quindi beneficia della surrogazione, “è individuabile, indipendentemente dal pagamento, in virtù di un titolo (specifico) conferitogli per volontà di una delle parti del rapporto obbligatorio, o che discende per legge ai soggetti che rivestono una determinate qualità giuridica. Il titolo alla surrogazione costituisce l'espressione giuridica dell'interesse di un soggetto al pagamento, ma in ogni caso diventa attuale solo a seguito del pagamento”.

³⁰¹ Cfr. BETTI, cit., p. 61 ss.

³⁰² *Ivi*, p. 67.

³⁰³ Cfr. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., p. 99.

³⁰⁴ Cfr. BETTI, cit., p. 64.

Il merito di tale ricostruzione sta nell'aver intuito che l'ordinamento non sempre ricollega la soddisfazione dell'interesse del creditore all'estinzione dell'obbligo.

Autorevole dottrina ha però criticato la distinzione tra estinzione assoluta ed estinzione relativa, sostenendo che “*se l'ordinamento giuridico considera opportuno a certi effetti, nell'interesse di taluni soggetti o di un gruppo di soggetti o nell'interesse superiore, mantenere in vita un rapporto giuridico, significa che quel rapporto giuridico non si è estinto. Affermare che si è estinto per altri ma non per quei soggetti non ha senso: l'estinzione o è assoluta o non è estinzione*”³⁰⁵.

Si ritiene che il cambiamento di uno dei soggetti dell'obbligazione non comporti l'estinzione della stessa e eventualmente la nascita di una nuova, perché nell'ambito del rapporto giuridico il soggetto non svolge un ruolo essenziale o strutturale, non essendo parte integrante e qualificante del rapporto³⁰⁶.

La surrogazione per pagamento deve essere invero ricompresa nella nozione di successione, la quale presuppone non l'estinzione, ma la conservazione della situazione giuridica soggettiva, poiché si ha solo “*la perdita della titolarità*” della situazione giuridica da parte di un soggetto e il suo acquisto da parte di un altro soggetto³⁰⁷.

³⁰⁵ Cfr. P. PERLINGIERI, *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*, Jovene, Napoli, 1972, p. 6.

³⁰⁶ *Ivi*, pp. 39-42. In particolare, secondo l'A. il rapporto giuridico è inteso, dal punto di vista strutturale, non come una relazione tra soggetti, ma tra situazioni giuridiche soggettive (e cioè tra centri di interessi giuridicamente rilevanti) e, dal punto di vista funzionale, come regolamento di interessi. È chiaro che in quest'ottica il soggetto è solo il titolare della situazione giuridica, la quale può essere attuale e rilevante per il diritto anche senza l'esistenza del soggetto o in attesa di un soggetto destinato a diventarne titolare (es. artt. 643 e 784 c.c.). Nello stesso senso A. MAGAZZÙ, voce *Novazione (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Giuffrè, Milano, 1978, p. 835, ad avviso del quale “*le modificazioni soggettive del rapporto obbligatorio sono profondamente diverse dalle modificazioni oggettive, perché [...] solo l'oggetto (l'interesse tutelato) funge nell'essenziale da principio di individuazione del rapporto e solo i mutamenti che lo riguardano possono incidere sulla individualità giuridica del rapporto medesimo*”.

³⁰⁷ *Ivi*, p. 39. Secondo BIANCA, *L'obbligazione*, cit., p. 358, il pagamento operato dal terzo esegue la prestazione dovuta dal debitore, e quindi soddisfa l'interesse del creditore originario, ma non estingue l'intero rapporto obbligatorio, e anzi fa sì che il medesimo diritto di credito passi al terzo surrogato,

Appare inoltre arbitraria la distinzione tra diritto di credito e “*posto del creditore*”, considerato che “*il posto del creditore non rappresenta un’entità concettualmente autonoma, distinguibile e dissociabile dal diritto di credito [...]*”³⁰⁸. Al contrario, deve essere riaffermato che il rapporto obbligatorio è composto dalle situazioni giuridiche di debito e credito, tra loro antitetiche ma facenti parte di una struttura unitaria e correlata. Queste due situazioni giuridiche non sono suscettibili di separate vicende giuridiche, giacché l’estinzione del diritto comporta necessariamente l’estinzione dell’obbligo, e viceversa.

Non bisogna però confondere il piano dell’esistenza con quello dell’attuazione delle situazioni di debito e credito. Difatti, ben potrebbe sussistere una non perfetta corrispondenza tra l’attuazione del credito e l’attuazione dell’obbligo, come del resto è dimostrato dall’art. 1180 c.c., in cui l’adempimento del terzo soddisfa il diritto del creditore, ma non attua l’obbligo del debitore³⁰⁹.

2.3.6. La teoria della successione nel lato attivo del rapporto obbligatorio

La giurisprudenza³¹⁰ e la dottrina maggioritaria³¹¹ ritengono che la surrogazione consista in una vera e propria modificazione del lato attivo del rapporto obbligatorio.

perché “*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*”.

³⁰⁸ Cfr. MAGAZZÙ, voce *Surrogazione per pagamento*, cit., p. 1523.

³⁰⁹ *Ivi*, p. 1523.

³¹⁰ Cfr. Cass. 12 febbraio 2013, n. 3402, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2014, II, 5, con nota di VIGO, afferma che “*il pagamento con surrogazione, analogamente alle altre forme di successione – in senso ampio – del credito, quale la cessione del credito, dà luogo ad una successione del rapporto obbligatorio per cui, trattandosi di una vicenda concernente esclusivamente la posizione attiva del creditore originario, al quale si sostituisce il cessionario ovvero il solvens, resta immutato nella sua oggettività il rapporto obbligatorio*”. Secondo Cass. 20 settembre 1984, n. 4808, in *Giur. it. Mass.*, 1984, “*la surrogazione nel credito prevista dall’art. 1201 c.c. non comporta l’estinzione del debito originario, ma la modificazione soggettiva del rapporto obbligatorio, con la sostituzione di un terzo all’originario creditore e senza incidenza sull’aspetto oggettivo del rapporto, con la conseguenza che, nonostante il soddisfacimento del*

Il *solvens* prende il posto di colui, a vantaggio del quale, ha provveduto al pagamento o ne ha fornito i mezzi al debitore³¹². Il diritto di credito non si estingue, ma – in forza del pagamento che ha soddisfatto l’interesse del creditore originario – si trasferisce al nuovo creditore³¹³.

Diversamente dalla novazione, la surrogazione non comporta la sostituzione dell’intero rapporto obbligatorio né un *aliquid novi*, ma il diritto resta immutato³¹⁴.

La produzione di un effetto successorio e non novativo è confermato in primo luogo dalla permanenza degli accessori del credito. Difatti, l’art. 1232 c.c., dettato con riguardo alla novazione, esclude il subentro del terzo

creditore mediante il pagamento ad opera del terzo, la struttura del rapporto obbligatorio rimane inalterata ed il debito mantiene le sue caratteristiche essenziali”. Nello stesso senso Cass. 12 dicembre 2008, n. 29216, in *Corr. Giur.*, 2009, 11, 1521; Cass. 14 aprile 1988, n. 2960, in *Foro it.*, 1988, I, 2957, con nota di M. FABIANI; Cass. 14 febbraio 1980, n. 1060, in *Giur. it. Mass.*, 1980; Cass. 31 gennaio 1979, n. 704, in *Giur. it. Mass.*, 1979; Cass. 24 giugno 1994, n. 6091, in *Foro it.*, 1995, I, 2518; Cass. 21 aprile 1995, n. 4494, in *Giust. civ. Mass.*, 1995, 889; Cass. 7 aprile 1998, n. 3575, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1999, II, 528, con nota di PICARDI; Cass. 2 febbraio 2001, n. 1508, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, 197; Cass. 15 gennaio 2002, n. 366, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, 60.

³¹¹ Cfr. GALGANO, cit., p. 12; ID., *Diritto civile e commerciale*, vol. II, tomo I, *Le obbligazioni e i contratti*, 3ª ed., CEDAM, Padova, 1999, p. 126; PROSPERETTI, cit., p. 163 ss.; F. MASTROPAOLO-C. LUCCHI, *Interventi di terzi e garanzie nelle vicende del rapporto obbligatorio*, in *Trattato dei contratti*, dir. da P. RESCIGNO-E. GABRIELLI, *I contratti di garanzia*, tomo I, a cura di F. MASTROPAOLO, UTET, Torino, 2006, pp. 749 e 751; LONGO, cit., p. 208; BRECCIA, cit., p. 767; PIRAINO, *L’adempimento del terzo e l’oggetto dell’obbligazione*, cit., p. 332 ss.; LUCCHESI, cit., p. 630; CONTI, cit., p. 564; BARASSI, cit., pp. 287 e 309; MOSCATI, cit., p. 457; MERLO, cit., p. 58 ss.; FINESSI, cit., p. 113 ss.; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, 17ª ed., cit., p. 625; PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, cit., p. 273; TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 537; ROLLI, cit., p. 974; VECCHI, *Il pagamento con surrogazione*, cit., p. 245 ss.; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, cit., pp. 258 e 261, il quale precisa che la scelta del legislatore in favore della successione a titolo particolare nel credito risponde ad un criterio di economicità nei traffici giuridici, che consente tra l’altro di lasciare immutate le originarie garanzie eventualmente accedenti al credito, le quali conservano la data di costituzione e il grado, con evidente vantaggio del terzo surrogato. Nello stesso senso GENGHINI-APICELLA, cit., p. 153 e L. BIGLIAZZI GERI-U. BRECCIA-F. D. BUSNELLI-U. NATOLI, *Diritto civile*, cit., p. 220.

³¹² Cfr. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, cit., p. 260.

³¹³ Ad avviso di LUCCHESI, cit., p. 628 ss. c.c., nella surrogazione il trasferimento del credito si realizza mediante l’adempimento. Secondo l’A. “*nel medesimo momento si attua l’estinzione dell’obbligazione mediante l’adempimento e la cessione del credito mediante la surrogazione in senso stretto; quest’ultima così intesa per esprimere uno degli elementi di cui si compone tutto il fenomeno surrogatorio*”. Se infatti ci fosse prima l’adempimento, non potrebbe poi trasferirsi il diritto, che sarebbe ormai estinto, e viceversa, se venisse trasferito il diritto del creditore al terzo senza l’adempimento, “*si realizzerebbe una cessione di credito donandi causa*”. Il requisito della contestualità del pagamento e della surrogazione in senso stretto viene desunto dalla lettera dell’art. 1201 c.c. – secondo cui “*la surrogazione deve essere fatta in modo espresso e contemporaneamente al pagamento*” – e viene esteso anche alle altre due ipotesi di surrogazione.

³¹⁴ Cfr. BIANCA, *Il debitore e i mutamenti del destinatario del pagamento*, cit., p. 140; PIRAINO, *L’adempimento del terzo e l’oggetto dell’obbligazione*, cit., p. 333, nota 119.

surrogato nelle eventuali garanzie del credito originario, e – secondo l’interpretazione condivisa – nelle clausole accessorie (es. clausola penale), nelle azioni e nelle eccezioni, a meno che non intervenga un’espressa convenzione tra le parti³¹⁵. Al contrario, la disciplina della surrogazione fa espresso riferimento alla surroga “*nei diritti*” del creditore originario senza esigere a tal fine l’accordo delle parti³¹⁶.

Inoltre, l’art. 1204 c.c. – prevedendo che la surrogazione ha effetto anche contro i terzi che hanno prestato garanzia per il debitore – costituisce un’ulteriore riprova della tesi che ravvisa nella surrogazione una successione del surrogato nel credito originario, non potendosi spiegare la permanenza delle garanzie in capo al terzo surrogato se non affermandosi che si tratta dello stesso diritto³¹⁷.

E ciò senza considerare che non sarebbe ragionevole rinvenire il medesimo istituto novativo in due distinte norme del codice civile.

Allo stesso modo, deve essere riaffermata l’infondatezza della tesi dell’estinzione relativa, perché non può negarsi la correlatività tra le situazioni di debito e credito. Esse non sono suscettibili di separate vicende giuridiche, cosicché se si afferma l’estinzione del diritto deve necessariamente affermarsi anche l’estinzione dell’obbligo, e viceversa. Si estingue infatti il rapporto in sé considerato³¹⁸.

Più precisamente, a seguito dell’adempimento del terzo – o del debitore con i mezzi fornitigli dal terzo – il creditore soddisfatto viene

³¹⁵ Cfr. C. TURCO, cit., p. 200, nota 140.

³¹⁶ Cfr. CONTI, cit., p. 564.

³¹⁷ Cfr. CARPINO, *Del pagamento con surrogazione*, cit., p. 19; GIANOLA, voce *Surrogazione (pagamento con)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIX, UTET, Torino, 1999, p. 235.

³¹⁸ Cfr. MAGAZZÙ, voce *Surrogazione per pagamento*, cit., p. 1523; BARATTERI, cit., p. 103 ss. Secondo BIANCA, *L’obbligazione*, cit., p. 358, il pagamento operato dal terzo esegue la prestazione dovuta dal debitore, e quindi soddisfa l’interesse del creditore originario, ma non estingue l’intero rapporto obbligatorio, e anzi fa sì che il medesimo diritto di credito passi al terzo surrogato, perché “*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*”.

estromesso dal rapporto, che resta in vita – subendo un mutamento soggettivo nella persona del creditore – per assolvere la funzione recuperatoria assegnatagli dalla legge a favore del *solvens*³¹⁹.

Sulla base di quanto premesso, potrebbe sorgere il dubbio di un'assimilazione dell'istituto della surrogazione a quello della cessione del credito.

Tuttavia – come già analizzato all'inizio del capitolo – deve ribadirsi che la cessione si basa unicamente su un contratto tra creditore cedente e terzo cessionario e prescinde dalla soddisfazione dell'interesse del creditore originario, bensì assolve una funzione di circolazione del credito a scopo speculativo. Diversamente, la surrogazione si verifica *ex lege* al ricorrere di determinati presupposti e mira a far conseguire al terzo adempiente il recupero del suo esborso, consentendogli di subentrare nella titolarità del diritto di credito al posto del creditore originario, il quale non può più avanzare alcuna pretesa nei confronti del debitore, poiché ha conseguito quanto di sua spettanza³²⁰.

Da ciò consegue che, se nella cessione il credito passa al cessionario immutato nel suo contenuto, nella surrogazione il surrogato acquista il credito nei limiti di quanto ha pagato³²¹.

Una parte autorevole della dottrina sostiene che la disciplina della surrogazione per pagamento presupponga una deroga al principio secondo cui l'adempimento determina l'estinzione dell'obbligazione, e quindi la liberazione del debitore; esso avrebbe, invece, effetto conservativo del

³¹⁹ Cfr. CONTI, cit., p. 565; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, cit., p. 261.

³²⁰ Cfr. BRECCIA, cit., p. 763; DISTASO, cit., p. 665; MOSCATI, cit., p. 420.

³²¹ Si noti che l'art. 1205 c.c. prevede che, nel caso di pagamento parziale, il credito si divide e al surrogato passa solo la parte corrispondente al valore del suo adempimento. In tale ipotesi il creditore originario e il terzo surrogato concorrono, salvo patto contrario, nei confronti del debitore in proporzione di quanto è loro dovuto. Cfr. GIORGI, cit., p. 306.

rapporto obbligatorio, permettendo l'ingresso di un nuovo creditore al posto di quello il cui interesse viene soddisfatto³²².

Viene confutata la considerazione secondo cui la soddisfazione dell'interesse dedotto nel rapporto ha “*per ciò stesso e solo per questo*” efficacia estintiva del diritto, in quanto l'estinzione dell'obbligazione non dipende tanto dalla generica soddisfazione dell'interesse del creditore, quanto dal conseguimento dell'utilità oggetto dell'obbligazione in virtù del comportamento personale del debitore³²³.

Pertanto, ci possono essere fatti che soddisfano l'interesse del creditore, ma che non attuano il rapporto obbligatorio, perché il creditore ottiene quanto dovuto, ma non per effetto di un adempimento, perciò l'obbligo resta in vita nei confronti del debitore³²⁴.

Secondo questa dottrina, non può costituire un argomento a favore dell'efficacia estintiva del pagamento surrogatorio l'indicazione sistematica offerta dal legislatore, che ha collocato la surrogazione nel capo II del codice dedicato all'adempimento delle obbligazioni, posto che nella sezione dedicata all'adempimento sono comprese anche le figure del pagamento al creditore apparente (art. 1190 c.c.) e della *datio in solutum* (art. 1197 c.c.), con riferimento alle quali non è possibile parlare di adempimento in senso tecnico; nel primo caso perché nell'atto solutorio manca “*l'esatta direzione soggettiva nei confronti dell'accipiens*”, mentre

³²² Cfr. CARPINO, *Del pagamento con surrogazione*, cit., pp. 10 ss. e 48 ss. Di recente, cfr. anche CEOLIN, cit., p. 266.

³²³ Cfr. CARPINO, voce *Surrogazione*, cit., p. 966; PROSPERETTI, cit., p. 158; GENGHINI-APICELLA, cit., pp. 160-161.

³²⁴ Cfr. CARPINO, voce *Surrogazione*, cit., p. 966; P. RESCIGNO, *Incapacità naturale e adempimento*, ESI, Napoli, 1950, pp. 151-152, nota 64, secondo cui l'estinzione dell'obbligazione non discende dall'avvenuta soddisfazione del creditore, ma “*dalla compiuta realizzazione delle condizioni di fatto previste dalla norma o dall'impossibilità del verificarsi delle condizioni di fatto (solo così può spiegarsi l'estinzione dell'obbligazione per sopravvenuta impossibilità della prestazione)*”.

nella *datio in solutum* è lo stesso legislatore a parlare di prestazione in luogo dell'adempimento³²⁵.

Sia il pagamento del terzo surrogato sia quello del debitore fatto con il denaro del terzo non possono essere qualificati come adempimento in senso tecnico, ma alla stregua di un fatto meramente soddisfattorio dell'interesse del creditore. E ciò perché l'adempimento è caratterizzato dalla presenza di un elemento oggettivo – consistente nell'attuazione del contenuto dell'obbligo – e di un elemento soggettivo – ravvisabile nella provenienza e nella direzione dell'atto solutorio.

Affinché il pagamento sia un fatto estintivo del rapporto obbligatorio occorre la presenza di entrambi i requisiti³²⁶.

Questa opinione nega un'assimilazione degli effetti dell'adempimento del debitore e dell'adempimento del terzo per conto del debitore o dello stesso debitore ma con denaro mutuato da un terzo, affermando che solo nel primo caso il pagamento determina l'estinzione del vincolo.

Difatti, l'adempimento del debitore è un atto dovuto, e dunque non è richiesto in capo all'obbligato l'accertamento dell'*animus solvendi*. Al contrario, l'adempimento del terzo è un atto libero e ha natura negoziale, con la conseguenza che esso ha efficacia estintiva – pur corrispondendo oggettivamente al debito – solo se si riferisce ad un rapporto obbligatorio al quale il terzo è estraneo e se è qualificato dall'*animus* di realizzare il credito³²⁷.

Questo presupposto manca nel pagamento con surrogazione, che viene compiuto dal terzo – il quale è consapevole della propria estraneità al debito – nel proprio interesse e non con l'*animus solvendi debiti alieni*, che contraddistingue la fattispecie di cui all'art. 1180 c.c., dato che il terzo che

³²⁵ Cfr. CARPINO, *Del pagamento con surrogazione*, cit., p. 2; ID., voce *Surrogazione*, cit., p. 967.

³²⁶ Cfr. CARPINO, *Del pagamento con surrogazione*, cit., p. 7; CANTILLO, cit., pp. 1079-1080.

³²⁷ Cfr. CARPINO, voce *Surrogazione*, cit., p. 966.

adempie non persegue la finalità di estinguere l'obbligazione, ma quella di estromettere il creditore dal rapporto, in modo da poter subentrare nel credito³²⁸.

Il pagamento compiuto dal terzo con la consapevolezza dell'estraneità al rapporto ma senza il particolare *animus* che contraddistingue l'adempimento del terzo è invero un atto non negoziale che rileva come presupposto per la trasmissione del credito al terzo adempiente³²⁹.

A questa tesi correttamente si obietta che il terzo è pur sempre un soggetto legalmente legittimato ad adempiere, per cui non si può negare effetto estintivo al suo adempimento³³⁰.

Per contro, si sostiene che il pagamento surrogatorio non può avere efficacia estintiva del diritto, non perché non vi è una corrispondenza oggettiva e soggettiva del comportamento tenuto dall'adempiente con quello dedotto nell'obbligazione, ma perché un'espressa previsione legislativa impedisce di attribuire all'adempimento del terzo efficacia estintiva del diritto, ricollegandovi invece il trasferimento del credito al terzo surrogato³³¹.

Questa tesi – alla quale chi scrive aderisce – ritiene che il pagamento surrogatorio non estingue il diritto di credito, e così il rapporto obbligatorio, non perché esso non avrebbe i caratteri dell'adempimento in senso tecnico – considerato che il terzo è legittimato ad adempiere – ma

³²⁸ Cfr. CANTILLO, cit., p. 1180; GIANOLA, cit., p. 235; CARPINO, voce *Surrogazione*, cit., p. 967; GIORGIANNI, voce *Pagamento*, in *Noviss. Dig. it.*, p. 331; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, 17^a ed., cit., pp. 585-586. È bene precisare che quando la surrogazione non si attua, il debitore è liberato dalla sua obbligazione solo in presenza di un *animus donandi* del terzo, altrimenti il debitore rimane tenuto verso costui in virtù di eventuali rapporti interni o della ricorrenza dei presupposti della gestione di affari altrui o infine in virtù dell'azione di ingiustificato arricchimento. Se infatti il debitore, a causa dell'adempimento del terzo, ha ricevuto un vantaggio nel suo patrimonio, il terzo avrà diritto ad essere indennizzato della sua correlativa diminuzione patrimoniale. In giurisprudenza cfr. Cass. 8 novembre 2007, n. 23292, cit.; Cass. sez. un. 29 aprile 2009, n. 9946, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 686.

³²⁹ Cfr. CARPINO, voce *Surrogazione*, cit., pp. 967-968.

³³⁰ Cfr. TURCO, cit., p. 200, nota 140; BIANCA, *L'obbligazione*, cit., p. 358; VECCHI, *Il pagamento con surrogazione*, cit., p. 245.

³³¹ Cfr. MAGAZZÙ, voce *Surrogazione per pagamento*, cit., pp. 1524-1525.

perché l'ordinamento vi ricollega la surrogazione del terzo nel medesimo rapporto³³².

Un ulteriore motivo di critica dell'opinione che nega efficacia estintiva all'adempimento del terzo nel caso in cui manchi il particolare *animus* dell'adempiente volto ad estinguere il debito altrui, è ravvisabile nel fatto che essa finisce per rimettere ad un elemento psicologico, in quanto tale sfuggente, la distinzione tra l'adempimento del terzo con efficacia estintiva e l'adempimento del terzo come elemento della surrogazione, con permanenza del rapporto³³³.

L'adempimento del terzo, ai sensi dell'art. 1180 c.c., ha effetto estintivo, essendo di per sé idoneo a soddisfare pienamente l'interesse del creditore. Affinché si produca tale effetto non occorre che il terzo abbia un particolare *animus*, ma basta che egli sia consapevole di adempiere un obbligo altrui³³⁴.

Cionondimeno, il pagamento del debitore o quello del terzo non daranno luogo all'estinzione del rapporto obbligatorio qualora sussistano gli ulteriori presupposti richiesti dagli artt. 1201 ss. c.c.

In tal caso, l'effetto estintivo dell'adempimento è sostituito dall'opposto effetto surrogatorio, che dà luogo ad una successione particolare nel lato attivo del rapporto medesimo, e quindi ad un acquisto a titolo derivativo del diritto di credito da parte del surrogato³³⁵.

2.4. La sorte degli accessori del credito

Alla stregua dell'orientamento dominante, che ricostruisce la surrogazione come una successione nel lato attivo del rapporto

³³² Cfr. D'AVANZO, cit., p. 60.

³³³ Cfr. ROLLI, cit., p. 978; PIRAINO, *L'adempimento del terzo e l'oggetto dell'obbligazione*, cit., p. 336.

³³⁴ Cfr. MAGAZZÙ, voce *Surrogazione per pagamento*, cit., p. 1524, nota 23.

³³⁵ Cfr. ROLLI, cit., p. 979.

obbligatorio, il terzo – in virtù dell’adempimento del debito – acquista il diritto spettante al creditore originario con tutti gli accessori connessi e le relative garanzie³³⁶.

Più precisamente, il *solvens* subentra nella posizione giuridica del creditore originario con tutti i diritti e le azioni che attengono allo specifico rapporto obbligatorio, ma anche con le limitazioni, le decadenze e le prescrizioni inerenti al diritto trasferito³³⁷.

Di conseguenza, poiché il credito del terzo surrogato è identico a quello del creditore originario, l’obbligazione non può trasformarsi in debito di valuta se originariamente era di valore³³⁸.

Allo stesso modo, non cadono le eventuali clausole di interessi e di indicizzazione³³⁹, permane la competenza giurisdizionale³⁴⁰ e la clausola compromissoria³⁴¹, il corso della prescrizione non viene sospeso o

³³⁶ Cass. 15 settembre 1999, n. 9823, in *Giust. civ.*, 2000, 3273, ha statuito che “*la previsione del comma 1 dell’art. 1263 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*”. Il principio espresso dalla sentenza della Suprema Corte è sì riferito alla cessione del credito, ma può essere esteso anche alla surrogazione per pagamento, considerato che in entrambi i casi si tratta di una modificazione nel lato attivo del rapporto obbligatorio.

³³⁷ Cfr. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, 17^a ed., cit., p. 627. In giurisprudenza, cfr. Cass. 12 dicembre 2008, n. 29216, cit.; Cass. 22 maggio 1969, n. 1796, in *Giust. civ. Rep.*, 1969, voce *Obbl. contr.*, n. 432; Cass. 16 dicembre 1971, n. 3669, *ivi*, 1971, voce *Prescrizione civile*, n. 23.

³³⁸ Cfr. Cass. 20 settembre 1984, n. 4808, in *Giur. it. Mass.*, 1984; Cass. 6 maggio 1983, n. 3097, in *Giust. civ.*, 1983, I, 2962.; Cass. 23 gennaio 1991, n. 637, in *Arch. giur. circol. e sinistri*, 1991, 389; Cass. 23 marzo 1995, n. 3570, in *Giust. civ.*, 1995, I, 1787. In dottrina, cfr. ROLLI, cit., p. 985; MARTONE, cit., p. 409; CANTILLO, cit., p. 1082.

³³⁹ Cfr. VECCHI, *Il pagamento con surrogazione*, cit., p. 252. In giurisprudenza, cfr. Cass. 23 novembre 1989, n. 5036, in *Rep. Foro it.*, 1990, *Lavoro (rapporto)*, n. 2021.

³⁴⁰ Cfr. CANTILLO, cit., p. 1083; MARTONE, cit., p. 409.

³⁴¹ Cass. 19 settembre 2003, n. 13893, in *Corr. Giur.*, 2003, 1583, ha precisato che – con riferimento alla cessione del credito – l’efficacia della clausola compromissoria stipulata tra il debitore ceduto e il creditore cedente può essere invocata soltanto dal debitore ceduto nei confronti del cessionario del credito, ma non anche da quest’ultimo nei confronti del primo, essendo il cessionario estraneo alla clausola stessa. Più precisamente, la Suprema Corte ha statuito che “*la clausola compromissoria non è un patto accessorio del contratto nel quale è inserita, ma costituisce negozio dotato di propria individualità e autonomia, nettamente distinto dal contratto cui aderisce [...]; è dunque escluso che la cessione del contratto contenente la clausola comporti altresì, in difetto di specifico accordo delle parti, automatica cessione della clausola stessa; a maggior ragione, è escluso che il subentro automatico nella clausola*

interrotto dall'adempimento del terzo. Al riguardo, deve essere fatta salva l'ipotesi di cui all'art. 1202 c.c., in cui nella procedura surrogatoria è implicito il riconoscimento del debito da parte dell'obbligato, tale da interrompere la prescrizione *ex art. 2944 c.c.*³⁴².

Correlativamente, il debitore può opporre al terzo tutte le eccezioni già rilevabili prima della surrogazione, mentre non sono opponibili quelle correlate ad eventi sopravvenuti al trasferimento del credito³⁴³.

Considerato che in tema di surrogazione – a differenza di quanto previsto con riguardo alla cessione del credito (art. 1263 c.c.) – il legislatore si limita a disciplinare la sorte delle garanzie, senza nulla dire in ordine agli altri accessori del credito, è discusso in dottrina se il debitore possa opporre al terzo surrogato anche le eccezioni personali del creditore originario.

possa verificarsi a favore del mero cessionario del credito, protagonista di una vicenda di contenuto ed effetti assai minori, la quale prescinde dalla volontà del debitore ceduto e non coinvolge l'intera posizione giuridica contrattuale, con tutti i diritti e gli obblighi ad essa relativi; ciò non contrasta con la riconosciuta facoltà del debitore ceduto di opporre la clausola al cessionario del credito, giacché altrimenti egli, che in virtù della clausola ha il diritto di far decidere da arbitri le controversie relative al credito, si vedrebbe privato di tale diritto in forza di un accordo (la cessione del credito) intervenuto tra altri soggetti (cedente e cessionario) ed al quale è rimasto estraneo, mentre invece, per principio pacifico (ancorché non espressamente sancito dagli artt. 1260 e ss. c.c.), il debitore ceduto conserva la facoltà di opporre al cessionario tutte le eccezioni che avrebbe potuto opporre al creditore originario”.

³⁴² Cfr. CARPINO, *Del pagamento con surrogazione*, cit., p. 55; MAGAZZÙ, voce *Surrogazione per pagamento*, cit., p. 1528, che configura la dichiarazione di surroga come un atto di natura conservativa, come tale idoneo ad interrompere la prescrizione. Nello stesso senso GIANOLA, cit., p. 236. MERLO, cit., p. 165, afferma che in generale la surrogazione non comporta l'interruzione della prescrizione perché il diritto passa immutato al surrogato, il quale “*non rappresenta che la continuazione, per così dire, della personalità del precedente titolare*”. L'A. fa salva l'ipotesi di cui all'art. 1202 c.c., in cui però è il riconoscimento del debito, e non la surroga, che interrompe la prescrizione. Concorda con il Merlo anche BUCCISANO, cit., p. 45, nota 73, che però non argomenta sulla base della successione a titolo particolare nel credito, ma fa leva sul “*carattere oggettivo del (decorso del) tempo e [sulla] necessità di non aggravare ingiustificatamente la condizione del debitore*”. In giurisprudenza, cfr. Cass. 29 ottobre 2002, n. 15243, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, 1854; Cass. 3 dicembre 2002, n. 17157, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, 2108; Cass. 2 febbraio 2001, n. 1508, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, 197.

³⁴³ Cfr. Cass. 13 novembre 1997, n. 11231, in *Arch. giur. circol. e sinistri*, 1998, 255; Cass. 1 marzo 1994 n. 2011, in *Giust. civ.*, 1995, I, 1352. In dottrina si veda GALGANO, *Le obbligazioni in generale*, cit., p. 126; BARASSI, cit., p. 312; FINESSI, cit., p. 125; MARTONE, cit., p. 417; BIANCA, *L'obbligazione*, cit., p. 361; MERLO, cit., p. 165, il quale precisa che “*non è necessario che [le eccezioni] siano nate prima della surrogazione: basta che esse [siano] già fondate*”, giacché possono essere fatte valere solo se il debitore è in buona fede.

Un autorevole orientamento dottrinale ne nega il trasferimento perché – al contrario delle eccezioni reali che, essendo difetti del rapporto, permangono con esso e restano opponibili al nuovo creditore – quelle inerenti alla persona del creditore soddisfatto cadrebbero con l’esclusione dello stesso dal rapporto³⁴⁴.

Cionondimeno, l’opinione prevalente in giurisprudenza e in dottrina ammette l’opponibilità di tutte le eccezioni, non avendo il legislatore previsto alcuna limitazione e non potendo la surrogazione pregiudicare in alcun modo la posizione del debitore³⁴⁵.

Invero, se il terzo surrogato ha gli stessi diritti del creditore originario, il debitore deve poter opporre a quest’ultimo tutte le eccezioni che avrebbe potuto opporre al creditore soddisfatto e che siano ancora opponibili tenuto conto del tipo di contratto, dell’oggetto e delle caratteristiche del rapporto³⁴⁶.

La dottrina che sostiene la tesi dell’estinzione relativa del rapporto obbligatorio, la cui infondatezza si è cercato di dimostrare, coerentemente afferma che il debitore possa opporre al terzo surrogato solo le eccezioni reali, le quali – ricollegandosi oggettivamente al rapporto obbligatorio – permangono con esso³⁴⁷. Questa dottrina non ritiene comunque necessario che tali eccezioni siano state fatte valere dal debitore contro il creditore originario, purché sussistano i fatti su cui esse si fondano.

Secondo tale orientamento, le eccezioni personali non sono opponibili, eccetto nell’ipotesi di cui all’art. 1201 c.c., che è caratterizzata – al pari

³⁴⁴ Cfr. DISTASO, cit., p. 668; BRIGUGLIO, cit., p. 583.

³⁴⁵ Cfr. CONTI, cit., p. 566; CALVO, cit., p. 95; CANTILLO, cit., p. 1084; MOSCATI, cit., p. 423; ROLLI, cit., p. 981; BARASSI, cit., p. 312; BIANCA, *L’obbligazione*, cit., p. 361; GALGANO, *Le obbligazioni in generale*, cit., p. 126; PROSPERETTI, cit., pp. 162-163; BRECCIA, cit., p. 765; CARPINO, voce *Surrogazione*, cit., p. 965; GENGHINI-APICELLA, cit., p. 177. In giurisprudenza, cfr. Cass. 30 marzo 1981, n. 1818, in *Foro it. Mass.*, 1981, 400.

³⁴⁶ Cfr. PROSPERETTI, cit., p. 162.

³⁴⁷ Cfr. MICCIO, cit., p. 156; BETTI, cit., p. 69; BUCCISANO, cit., p. 44.

della cessione del credito – dall’iniziativa del creditore, il quale non può privare il debitore delle eccezioni personali opponibili al creditore estromesso³⁴⁸. In caso contrario, si violerebbe il generale principio in base al quale il creditore non può aggravare la posizione del debitore con un atto al quale quest’ultimo è rimasto estraneo.

Si considerano certamente opponibili le eccezioni sorte successivamente alla surrogazione³⁴⁹.

Il pagamento con surrogazione libera il debitore nei confronti del creditore originario e lo pone di fronte ad un altro soggetto, che è il nuovo titolare del credito, il quale fa valere verso il debitore lo stesso diritto che spettava al precedente creditore soddisfatto e può esercitare tutte le azioni esperibili nei confronti del debitore³⁵⁰.

Tra le azioni personali esperibili dal surrogato contro i terzi devono essere ricomprese l’azione surrogatoria e quella revocatoria che spettavano al creditore garantito³⁵¹.

Tuttavia, si discute se il terzo che si surroga nel credito di una delle parti di un contratto sinallagmatico acquisti anche le azioni contrattuali connesse alla posizione giuridica del creditore soddisfatto.

A tal proposito, parte della dottrina distingue tra azioni dirette alla conservazione ed alla realizzazione del credito e azioni riguardanti la fonte del credito, al fine di ammettere il trasferimento solo delle prime – e cioè delle azioni cautelari, delle azioni volte a rafforzare l’obbligazione (revocatoria e surrogatoria) e delle azioni di cognizione e di esecuzione, dirette al soddisfacimento dell’interesse del creditore – in quanto

³⁴⁸ Cfr. BETTI, cit., p. 69.

³⁴⁹ Cfr. BUCCISANO, cit., p. 44.

³⁵⁰ Cfr. MICCIO, cit., p. 155; D’AVANZO, cit., p. 71; GIORGI, cit., p. 305.

³⁵¹ Cfr. GIANOLA, cit., p. 236; FRAGALI, *Della fideiussione*, cit., p. 387.

strettamente inerenti al credito. Il terzo può *iure proprio* esercitare dette azioni come effetto della successione nel credito³⁵².

Se infatti si negasse il trasferimento di dette azioni, al terzo verrebbe trasmesso “*un diritto senza azione*”, considerato che il creditore originario – non essendo più titolare del credito – ha perduto la legittimazione ad agire³⁵³.

Per contro, viene negato il trasferimento delle azioni che attengono alla fonte del credito, e dunque sia quelle relative alla fase genetica (nullità, annullamento e rescissione) sia quelle relative alla fase funzionale del contratto (risoluzione)³⁵⁴.

Le ragioni che ispirano questa soluzione devono essere rinvenute nel fatto che oggetto del trasferimento è soltanto il credito, e non l'intero rapporto giuridico, e le azioni volte ad assicurare il soddisfacimento e la conservazione del diritto ineriscono per l'appunto al credito³⁵⁵.

A seguito del trasferimento, il creditore originario non ha più il potere di disporre del diritto che passa al terzo surrogato, al quale si trasmettono

³⁵² Cfr. PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, cit., p. 158; V. PANUCCIO, voce *Cessione dei crediti*, in *Enc. dir.*, VI, Giuffrè, Milano, 1960, p. 864.

³⁵³ Cfr. PANUCCIO, voce *Cessione dei crediti*, cit., p. 864. L'A. fa espresso riferimento alla cessione dei crediti, ma le sue conclusioni possono valere anche con riguardo alla surrogazione, trattandosi in entrambi i casi di una modificazione soggettiva attiva del rapporto obbligatorio.

³⁵⁴ Cfr. GENGHINI-APICELLA, cit., p. 176; CARPINO, *Del pagamento con surrogazione*, cit., p. 135; CALVO, cit., p. 95, secondo cui “*la vicenda successoria implica il trasferimento del credito ma non già la cessione della posizione contrattuale*”; V. PANUCCIO, *La cessione volontaria dei crediti nella teoria del trasferimento*, Giuffrè, Milano, 1955, p. 48 ss. L'A. precisa che “*con la cessione trapassa tutto quanto attiene al diritto di credito trasferito, non invece quanto deriva dall'intero rapporto o dalla fonte di esso (negozio sottostante)*”.

³⁵⁵ Secondo D. M. COLOMBINI, *Fallimento, sequestro giudiziario, pagamento con surrogazione ed azione di risoluzione: la Corte di Cassazione sulla via di un instabile compromesso*, in *Giur. it.*, 1989, I, 1, p. 500, “*il solvens pone in essere un semplice fatto satisfattorio della pretesa dell'originario creditore, intervenendo ab externo in un contratto rispetto al quale continua ad essere terzo. Il pagamento con surrogazione, infatti, determina la soddisfazione del creditore originario a cui subentra nel solo rapporto di credito il solvens, e non comporta la modificazione soggettiva del contratto da cui tale credito trae origine*”. L'A. nega che il terzo surrogato possa subentrare al creditore originario nel diritto di conseguire la risoluzione del contratto che sia già stata richiesta, perché “*se certamente l'art. 111 c.p.c. consente e regola la successione a titolo particolare nel diritto controverso, è appunto necessario che tale diritto sia trasmissibile dall'uno all'altro soggetto, non potendo – in caso contrario – la parte originaria (cioè l'originario contraente) sostituire il surrogato in un diritto che questi non può vantare*”.

conseguentemente il potere e i mezzi per realizzare il credito trasferito, ed così tutte le azioni conservative ed esecutive³⁵⁶.

Più precisamente, dal momento che il surrogato “è *subentrato nel lato attivo del semplice rapporto obbligatorio, in funzione del recupero di quanto ha fatto conseguire al creditore*”³⁵⁷, si ritiene che a quest’ultimo possano essere concesse solo le azioni riguardanti il credito, perché ricomprese nella specifica funzione recuperatoria del meccanismo surrogatorio, e non le azioni che investono la fonte del rapporto o la posizione contrattuale delle parti, poiché queste non sono conformi alla funzione recuperatoria dell’istituto³⁵⁸.

Un’altra autorevole dottrina perviene al medesimo risultato di negare la legittimazione del terzo surrogato all’esercizio delle azioni contrattuali, affermando che le azioni giudiziarie non sono accessori che si trasferiscono insieme al credito³⁵⁹, ma spettano al soggetto solo se questi ha un interesse ad agire quale titolare di una determinata situazione soggettiva³⁶⁰. Esse

³⁵⁶ Cfr. PANUCCIO, *La cessione volontaria dei crediti nella teoria del trasferimento*, cit., pp. 53-54; ID., voce *Cessione dei crediti*, cit., p. 864.

³⁵⁷ Cfr. MAGAZZÙ, voce *Surrogazione per pagamento*, cit., p. 1528.

³⁵⁸ *Ivi*, p. 1528.

³⁵⁹ Secondo l’interpretazione comunemente accolta, la nozione di accessorio include tutte quelle situazioni soggettive legate da un rapporto di dipendenza con altri diritti, con la conseguenza che esse non possono nascere, sussistere, essere trasferite o estinguersi senza i diritti principali. Gli accessori non hanno quindi una vita autonoma e distinta dai diritti a cui accedono. Cfr. PANUCCIO, *La cessione volontaria dei crediti nella teoria del trasferimento*, cit., p. 33; ID., voce *Cessione dei crediti*, cit., p. 861. Questa definizione di accessorio è stata messa in discussione da PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, cit., p. 129, il quale esclude che l’accessorietà possa essere intesa secondo parametri astratti e predeterminati, ma presupponga un’attenta valutazione dei concreti interessi coinvolti.

³⁶⁰ Cfr. PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, cit., pp. 150-151, secondo cui “*le azioni tendenti alla conservazione ed alla realizzazione del credito non sono accessori della situazione creditoria e come tali trasferibili automaticamente con essa; gli accessori del credito, infatti, quali parti della situazione creditoria, dovrebbero pur sempre costituire oggetto del negozio di trasferimento. Ora le azioni in genere si ricollegano alla situazione giuridica in sé, indipendentemente da una disposizione negoziale: la loro titolarità – quanto trova fondamento nella normativa legale – si acquista direttamente come effetto legale conseguente alla titolarità della situazione creditoria*”. Cfr. anche BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., p. 795. Per contro, E. REDENTI, *Sui trasferimenti delle azioni civili*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1955, p. 85, configura l’azione come un accessorio del credito, e in quanto tale trasferibile con esso.

ineriscono alla posizione del creditore considerato come parte di un rapporto contrattuale³⁶¹.

Ecco quindi che, a parte l'azione di nullità – al cui esperimento è legittimato chiunque vi abbia interesse – il surrogato non può esercitare le azioni di annullamento e di rescissione del contratto perché il *solvens* è totalmente estraneo al momento genetico del precedente negozio, e così non ha un interesse tutelato a ristabilire l'integrità patrimoniale violata, per non esserci stata una corretta determinazione negoziale da parte di uno dei contraenti originari³⁶².

Allo stesso modo, non è esperibile nemmeno l'azione di risoluzione, posto che la surrogazione – al pari della cessione – determina un mero mutamento nella titolarità del credito senza alterare la sinallagmaticità del contratto³⁶³.

Altra parte della dottrina nega che il *solvens* possa esperire la sola azione di risoluzione del contratto perché costui acquista “*le prerogative del credito inerenti al lato attivo del rapporto in cui [...] è intervenuto; e non già i diritti e le azioni nascenti da un contratto a prestazioni corrispettive, connessi alla posizione contrattuale del creditore soddisfatto*”³⁶⁴.

³⁶¹ Cfr. BIANCA, *L'obbligazione*, cit., p. 365; PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, cit., p. 158.

³⁶² Cfr. PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, cit., pp. 152-153; PANUCCIO, *Cessione volontaria dei crediti*, cit., p. 51. Nello stesso senso, sia pure con riferimento alla cessione del contratto, CICALA, *Il negozio di cessione del contratto*, cit., p. 111. Anche BIANCA, *L'obbligazione*, cit., p. 365, nega che il terzo surrogato possa subentrare anche nelle azioni contrattuali, posto che egli non subentra nel rapporto contrattuale intercorrente tra creditore e debitore. L'A. ribadisce il pensiero di coloro che ritengono che la surrogazione comporta il trasferimento dei diritti accessori al credito e non dei diritti inerenti alla posizione contrattuale del debitore.

³⁶³ Cfr. PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, cit., p. 153; PANUCCIO, *La cessione volontaria dei crediti nella teoria del trasferimento*, cit., pp. 54-55.

³⁶⁴ Cfr. BUCCISANO, cit., p. 42, il quale ammette che il surrogato possa esperire le sole azioni di nullità, annullamento e rescissione del contratto, perché tali azioni si ricollegano al rapporto e, in caso di esito positivo, fanno venir meno l'effetto surrogatorio e legittimano il *solvens* ad agire per la ripetizione dell'indebitato nei confronti dell'*accipiens*; CARPINO, *Del pagamento con surrogazione*, cit., p. 59, precisa che i “*mezzi di tutela diretti [...] all'annientamento dell'atto o all'eliminazione del rapporto*” contrastano con la peculiare funzione recuperatoria della surrogazione.

Secondo quest'orientamento il pagamento del terzo incide solo sulla soddisfazione dell'interesse del creditore, ma non sull'originario sinallagma contrattuale, che rimane in capo ai contraenti originari, i quali soltanto sarebbero legittimati ad esperire l'azione di risoluzione³⁶⁵.

Con particolare riguardo alla portabilità di mutui, è interessante sottolineare come la dottrina che aderisce alla tesi secondo cui la surrogazione non comporta il trasferimento delle azioni contrattuali – perché essa riguarda il solo rapporto obbligatorio e non quello contrattuale – finisce per escludere che l'istituto disciplinato dall'art. 120 quater TUB possa essere ricompreso pienamente nell'art. 1202 c.c., giacché esso realizzerebbe una *“cessione ex lege del contratto in capo al nuovo soggetto mutuate a prescindere dal meccanismo delineato dagli artt. 1406 ss c.c.”*. Solo così – si afferma – è possibile riconoscere la legittimazione del terzo ad esercitare tutte le azioni contrattuali di cui era titolare il contraente originario³⁶⁶.

Dal canto suo, la giurisprudenza – sebbene non abbia mai affrontato specificamente la questione dell'esperibilità o meno da parte del terzo surrogato dell'azione di risoluzione – ammette pacificamente il trasferimento delle azioni di nullità, annullamento e rescissione perché esse, in quanto attengono al momento genetico del contratto, elidono il credito originario, facendo venir meno il presupposto della surrogazione e

³⁶⁵ Cfr. BUCCISANO, cit., p. 43, nota 70, ad avviso del quale *“l'azione di risoluzione non costituisce una prerogativa del credito, ma è connessa alla posizione contrattuale del creditore precedente. Il solvens, a seguito del pagamento, sottentra nel posto di creditore, cioè nella posizione attiva del rapporto obbligatorio semplice, e non già nella posizione contrattuale del creditore soddisfatto. Non è che la surrogazione rompa il sinallagma contrattuale, e il nesso di interdipendenza tra i diritti e gli obblighi di ciascuna delle parti originarie. Fatto è che il pagamento del terzo estingue il credito ed esclude il creditore [...] dal rapporto relativo, ma non annienta l'esistenza del contratto. Il solvens acquista un diritto nuovo, soggetto al medesimo regime normativo del diritto preesistente, e tuttavia disancorato dalla posizione contrattuale da cui deriva”*.

³⁶⁶ Cfr. CEOLIN, cit., pp. 267-268.

abilitando il *solvens* a proporre l'azione di ripetizione dell'indebito nei confronti dell'*accipiens*³⁶⁷.

Ciò premesso, si ritiene che la tesi che nega il trasferimento al terzo surrogato delle azioni contrattuali, ed in particolare dell'azione di risoluzione, non possa essere accolta perché impedisce al surrogato di reagire all'inadempimento del debitore, dà adito al sorgere di facili collusioni in danno del *solvens*, e soprattutto distorce il sinallagma contrattuale, perché implica che, una volta avvenuta la surrogazione, solo il debitore possa agire per la risoluzione del contratto³⁶⁸.

Pare invece preferibile riconoscere al terzo surrogato la legittimazione all'esercizio di tutte le azioni e le eccezioni contrattuali a tutela del credito in cui è subentrato, dal momento che – una volta prodottasi l'estromissione del creditore originario dal rapporto obbligatorio a seguito dell'effettivo soddisfacimento del suo interesse – non può essere ammesso un suo successivo intervento³⁶⁹.

³⁶⁷ Cfr. Cass. 14 aprile 1988, n. 2960, cit.; Cass. 3 ottobre 1986, n. 5859, in *Foro it. Mass.*, 1986; Cass. 8 luglio 1983, n. 4605, in *Foro it.*, 1983, I, 2789.

³⁶⁸ Cfr. ROLLI, cit., p. 983; BRIGUGLIO, cit., pp. 582-583; D. VALENTINO, *Le cessioni dei crediti, il factoring e la cartolarizzazione*, ESI, Napoli, 2003, p. 64 ss., la quale – con riguardo alla cessione dei crediti – ha giustificato la soluzione che ammette l'esperibilità dell'azione di risoluzione da parte del cessionario, considerando che detta azione può costituire “*uno strumento per la realizzazione del credito ceduto anche attraverso il meccanismo del solo risarcimento del danno, riequilibrando la posizione del cessionario, che sarebbe l'unico soggetto direttamente leso dall'inadempimento contrattuale*”. L'A. aggiunge che “*la non proponibilità dell'azione di risoluzione, né da parte del cedente né da parte del cessionario, rallenta o ridimensiona fortemente la circolazione dei crediti derivanti da rapporti di durata [...], poiché costituisce un non equilibrato rafforzamento della posizione del ceduto, che nonostante il suo inadempimento continua a realizzare i suoi interessi attraverso l'esecuzione del contratto da parte del cedente*”.

³⁶⁹ Cfr. PROSPERETTI, cit., pp. 163-164; CANTILLO, cit., p. 1085; ROLLI, cit., p. 983; MARTONE, cit., p. 420; F. MASTROPAOLO-C. LUCCHI, cit., p. 755. La giurisprudenza si è occupata della specifica ipotesi in cui il *solvens*, che si è surrogato nella posizione del venditore con patto di riservato dominio, agisca ex art. 1526 c.c. per ottenere la risoluzione del contratto per inadempimento del compratore, e quindi la consegna della cosa dovuta. Secondo Cass. 14 aprile 1988, n. 2960, cit. – poiché il pagamento del terzo soddisfa il creditore, ma non estingue l'obbligazione del debitore – il surrogato può esperire l'azione di risoluzione del contratto per ottenere la restituzione del bene, di cui il venditore non ha mai perso la titolarità, essendo il trasferimento collegato al pagamento dell'ultima rata del prezzo.

Si consideri poi che, anche qualora si ammettesse questo intervento, difficilmente il creditore originario, ormai soddisfatto, avrebbe interesse ad agire in giudizio.

Pertanto, deve essere consentito al surrogato di esperire l'azione di risoluzione nel caso di inadempimento della controparte, e ciò in virtù della sopravvivenza del rapporto originario e del subingresso del terzo³⁷⁰. Anzi, poiché la surrogazione dà luogo alla successione del surrogato nel diritto del creditore originario, deve riconoscersi che – insieme al credito – si trasferiscono anche tutte le azioni che facevano capo a quest'ultimo, sia dal lato attivo che dal lato passivo³⁷¹.

Appare infatti arbitrario riconoscere la legittimazione del *solvens* ad esperire l'azione di nullità, annullamento o rescissione, ma non quella di risoluzione, trattandosi pur sempre di azioni contrattuali collegate alla qualità di parte contraente del creditore originario.

Coloro che negano il trasferimento delle azioni attinenti alla fonte del credito non considerano infine che l'invalidazione della fonte negoziale comporta inevitabilmente il venir meno del credito oggetto del trasferimento e svuota di contenuto la stessa vicenda surrogatoria.

La dottrina discute della possibilità per il terzo surrogato di avvalersi della clausola penale, dato che – secondo alcuni – la funzione della penale mal si concilia con la *ratio* recuperatoria che presiede la surrogazione³⁷². Non si deve dimenticare però che la clausola penale costituisce un

³⁷⁰ Cfr. PROSPERETTI, cit., pp. 162-163.

³⁷¹ *Ivi*, pp. 163-164.

³⁷² Cfr. CARPINO, *Del pagamento con surrogazione*, cit., p. 136. Con riferimento alla cessione del credito, cfr. PANUCCIO, voce *Cessione dei crediti*, cit., p. 863, il quale esclude la trasmissione della clausola penale – così come della caparra confirmatoria e penitenziale – perché attinenti al contratto.

accessorio del credito, ed è quindi soggetta a trasferirsi insieme al diritto principale³⁷³.

La surrogazione comporta il subingresso del *solvens* anche nelle garanzie che accedono al credito, siano esse reali o personali³⁷⁴. Allo stesso modo, anche i privilegi, quali accessori del credito, seguono il diritto principale³⁷⁵.

Il legislatore, optando per la conservazione del rapporto obbligatorio e per la mera sostituzione del creditore originario – ormai soddisfatto – con il terzo, ha seguito un criterio di economicità e ha permesso – ad evidente vantaggio del creditore surrogato – che le garanzie di cui sia munito il credito restino immutate, conservando la data di costituzione e il loro grado³⁷⁶.

Come chiarito nel capitolo precedente, gli effetti della surrogazione si estendono anche ai terzi che abbiano eventualmente prestato garanzia per il debitore.

È opportuno precisare che nell'art. 1204 co. 2 c.c. – il quale, rinviando all'art. 1263 co. 2 c.c., prevede che, se la garanzia consiste in un pegno, la cosa ricevuta in pegno non può essere consegnata al terzo surrogato senza il consenso di chi ha costituito la garanzia – non può essere ravvisata una deroga al principio secondo cui il surrogato può esercitare tutti i diritti e tutte le azioni spettanti al creditore di cui prende il posto perché, in assenza del consenso del costituente il pegno, il creditore originario rimane custode

³⁷³ Cfr. BIANCA, *L'obbligazione*, cit., p. 365; ROLLI, cit., p. 986; PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, cit., pp. 131-132. Quest'ultimo autore aggiunge che la caparra penitenziale, quale corrispettivo del recesso, non può essere considerata come accessorio del credito, mentre la caparra confirmatoria “costituisce una garanzia dell'impegno negoziale nel suo complesso: dell'esecuzione cioè non di una singola obbligazione ma dell'intero rapporto contrattuale”.

³⁷⁴ In giurisprudenza si veda Cass. 14 dicembre 1990, n. 11916, in *Vita notarile*, 1991, 429 e, con riguardo al subentro nei privilegi, Cass. 19 luglio 1967, n. 1846, in *Foro it.*, 1967, I, 2540.

³⁷⁵ Cfr. PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, cit., p. 133.

³⁷⁶ Cfr. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, cit., p. 258.

del pegno, ma non viene pregiudicata la sorte della garanzia, che passa automaticamente in capo al terzo in virtù dell'art. 1204 co. 1 c.c.³⁷⁷.

La *ratio* di questa disposizione deve essere ravvisata nell'*intuitu personae* sotteso alla costituzione di pegno e alla consegna del bene, posto che “*non sempre il secondo creditore merita la stessa fiducia che ispirò il creditore originario*”³⁷⁸.

Questo principio può essere esteso a tutte le altre garanzie che presuppongono il possesso della cosa da parte del creditore (es. anticresi; diritto di ritenzione), cosicché, se il debitore non autorizza il trapasso del bene al nuovo creditore, il diritto di garanzia segue le sorti del diritto principale, ma la cosa resta in possesso del creditore originario.

In conclusione, alla luce delle considerazioni che precedono, è possibile evidenziare che la ricostruzione dominante, e da noi accolta, della surrogazione per pagamento quale vicenda traslativa del credito comporta che il debitore possa opporre al terzo surrogato tutte le eccezioni, siano esse reali o personali, che avrebbe potuto eccepire nei confronti del creditore originario.

Con riferimento alla portabilità dei mutui, oggetto del nostro esame, ciò implica che il terzo mutuante sarà meno invogliato a concedere un nuovo finanziamento se rischia di vedersi opposte dal debitore le eccezioni riguardanti il rapporto originario.

Pertanto, nel prossimo capitolo si cercherà di proporre una soluzione alternativa che, mediante l'utilizzo della novazione soggettiva attiva, può

³⁷⁷ Cfr. BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., p. 795, il quale afferma – con riferimento all'art. 1263 co. 2 c.c. – che questa norma rappresenta applicazione e al tempo stesso deroga della disposizione di cui all'art. 2786 co. 2 c.c., che consente alle parti di designare un terzo quale custode della cosa data in pegno. L'A. precisa infatti che “*la custodia del terzo è l'effetto di un “dissenso” delle parti sul passaggio al cessionario del bene pignorato*”. V. anche S. SOTGIA, voce *Cessione dei crediti e di altri diritti (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, III, UTET, Torino, 1957, p. 158.

³⁷⁸ Cfr. GENGHINI-APICELLA, cit., p. 176; MOSCATI, cit., p. 417; LONGO, cit., p. 224.

essere in grado di rendere l'istituto della portabilità dei mutui conveniente per tutti i soggetti coinvolti.

3. LA NOVAZIONE SOGGETTIVA

3.1. Premessa: la novazione dell'obbligazione

Come noto, la novazione è il contratto con il quale le parti estinguono l'obbligazione originaria sostituendo ad essa una nuova obbligazione, che è diversa dalla precedente per l'oggetto o il titolo (c.d. novazione oggettiva) o per i soggetti (c.d. novazione soggettiva), ma che costituisce, da un punto di vista economico, l'equivalente di quella estinta³⁷⁹.

Oltre che come contratto, la novazione può essere intesa quale vicenda sostitutivo-estintiva dell'obbligazione.

Più precisamente, essa – al pari della remissione, della compensazione, della confusione e dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione – è regolata dal codice civile nel capo IV del Libro IV dedicato ai “*modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*” (artt. 1230-1259 c.c.).

La dottrina ha distinto i modi di estinzione dell'obbligazione satisfattori da quelli non satisfattori, a seconda che all'estinzione si accompagni o meno il soddisfacimento contestuale dell'interesse del creditore³⁸⁰.

Questa classificazione evidenzia le peculiarità delle singole cause estintive sulla base della rilevanza sia degli interessi interni al rapporto obbligatorio, del creditore e del debitore, sia di quelli esterni³⁸¹.

³⁷⁹ Cfr. BIANCA, *L'obbligazione*, cit., p. 443; N. DI PRISCO, *Novazione*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di P. RESCIGNO, IX, UTET, Torino, 1984, p. 262; MAGAZZÙ, voce *Novazione (dir. civ.)*, cit., p. 780; RESCIGNO, voce *Novazione*, in *Noviss. Dig. it.*, XI, UTET, Torino, 1965, p. 432; S. PIRAS, *Appunti sulla novazione*, in *Studi sassaresi*, 1948, pp. 4-6; A. SPANGARO, *Della novazione*, in *Le Obbligazioni*, I, *L'obbligazione in generale*, a cura di M. FRANZONI, UTET, Torino, 2004, p. 451.

³⁸⁰ Cfr. O. BUCCISANO, voce *Novazione*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990, p. 1; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, II, parte II, 8^a ed., Giuffrè, Milano, 1952, p. 356; M. ALLARA, *Le fattispecie estintive del rapporto obbligatorio*, Giappichelli, Torino, 1952, pp. 17-19, 192-193, 202.

³⁸¹ In particolare, si è soliti distinguere i modi di estinzione dell'obbligazione che realizzano il diritto di credito, facendo conseguire al creditore il bene dovuto ma lasciando inattuato l'obbligo del debitore (es. l'adempimento del terzo), quelli che attuano l'obbligo, lasciando però il credito irrealizzato (es. l'offerta

Non vi è uniformità di vedute circa il carattere soddisfattivo o meno della novazione. Secondo la maggioranza degli autori l'istituto non ha carattere soddisfattivo perché non comporta il soddisfacimento dell'interesse creditorio originario né di un interesse succedaneo, bensì la trasformazione del rapporto obbligatorio in un nuovo rapporto³⁸². In altri termini, la novazione è considerata non soddisfattiva con riguardo all'interesse del creditore a conseguire, attraverso la prestazione, lo specifico bene dovuto³⁸³.

Secondo altri studiosi, invece, la novazione ha carattere soddisfattivo perché soddisfa un diverso interesse del creditore, che ha per oggetto il bene dovuto non nella sua utilità diretta, ma nella sua utilità di scambio. In particolare, la soddisfazione del creditore si baserebbe sull'equivalenza tra conseguimento dell'utilità ed esercizio del diritto³⁸⁴.

La dottrina che classifica la novazione tra i modi satisfattori di estinzione dell'obbligazione ha messo in luce il momento estintivo della vicenda e ha equiparato, dal punto di vista funzionale, la novazione all'adempimento del debitore³⁸⁵.

reale liberatoria seguita dal deposito), i modi estintivi che non permettono la realizzazione degli interessi interni del rapporto (es. l'impossibilità sopravvenuta della prestazione), ed infine quelli che realizzano un interesse esterno al rapporto (es. la remissione). Per maggiori approfondimenti si veda BUCCISANO, voce *Novazione*, cit., p. 1; NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., p. 237 ss.

³⁸² Cfr. BIANCA, *L'obbligazione*, cit., p. 453 ss.; C. NOBILI, *Le obbligazioni*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 118; RESCIGNO, voce *Novazione*, cit., p. 432.

³⁸³ Cfr. A. POMPILIO, *La novazione*, in *Diritto civile*, III, *Obbligazioni*, t. 1, *Il rapporto obbligatorio*, dir. da N. LIPARI-P. RESCIGNO, Giuffrè, Milano, 2009, p. 255.

³⁸⁴ Cfr. R. CICALA, *L'adempimento del debito altrui. Disposizione «novativa» del credito ed estinzione dell'obbligazione nella teoria del negozio*, Jovene, Napoli, 1968, p. 136 ss.; PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, cit., p. 68.

³⁸⁵ Cfr. E. TILOCCA, *La remissione del debito*, CEDAM, Padova, 1965, p. 9 ss. e A. CASTANA, *La cessione dei beni ai creditori nelle diverse fattispecie*, Giuffrè, Milano, 1957, p. 182 ss. configurano la nuova obbligazione come un surrogato dell'adempimento, mentre CICALA, *L'adempimento del debito altrui*, cit., p. 134 ss. e B. GRASSO, *Disposizione «novativa» del credito e risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, I, p. 39 ss. definiscono l'obbligazione nuova come l'espressione del valore di scambio del diritto di credito preesistente.

Si badi però che, come è stato correttamente rilevato, “*con la novazione il creditore ottiene soltanto la sostituzione di una speranza contro un’altra speranza*”³⁸⁶.

Inoltre, deve evidenziarsi che l’estinzione dell’obbligazione preesistente non dipende dall’equivalenza oggettiva tra la prestazione dovuta e l’*aliud* attribuito al creditore, ma dalla volontà delle parti, che prospettano un nuovo assetto di interessi³⁸⁷.

La novazione oggettiva attua l’interesse nuovo, ma lascia inappagato l’interesse interno all’obbligazione originaria, che si estingue.

Se giuridicamente l’obbligazione originaria si estingue senza essere adempiuta, praticamente il creditore non riceve alcun pregiudizio, perché, al diritto di credito insoddisfatto, se ne sostituisce un altro del medesimo contenuto, salvo la sorte che potrà avere tale nuovo credito³⁸⁸.

Questo istituto, per lungo tempo caduto in declino³⁸⁹, merita di essere valorizzato in considerazione dei suoi rilevanti risvolti applicativi³⁹⁰.

³⁸⁶ Cfr. SPANGARO, cit., p. 453.

³⁸⁷ Cfr. BUCCISANO, voce *Novazione*, cit., pp. 8 e 9; NICOLÒ, *L’adempimento dell’obbligo altrui*, cit., p. 237 ss., in particolare 243.

³⁸⁸ Cfr. MESSINEO, *Manuale di dir. civ. e comm.*, II, parte II, cit., p. 401.

³⁸⁹ Cfr. A. ZACCARIA, voce *Novazione*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XII, UTET, Torino, 1995, p. 281, fa risalire lo scarso rilievo pratico della novazione alla stessa storia dell’istituto, nato nel diritto romano come mezzo per “*ottenere il medesimo risultato economico che sarebbe derivato da modificazioni del rapporto ritenute non realizzabili: modificazioni sia di tipo soggettivo – la successione nel lato attivo o passivo dell’obbligazione – sia di carattere oggettivo – il mutamento del contenuto dell’obbligazione*”. Secondo l’A. la novazione ha progressivamente perduto la sua funzione originaria con il riconoscimento della cedibilità del credito e della successione nel debito e con l’ammissione della possibilità di modificare il contenuto di un rapporto obbligatorio (v. art. 1321 c.c.). MAGAZZÙ, voce *Novazione*, cit., p. 785, ritiene che la ragione dell’applicazione sempre più ridotta della novazione debba essere rinvenuta “*nella normale inclinazione dei privati a conservare i rapporti piuttosto che ad estinguerli, quando non sia realizzato od esaurito l’interesse che ne suscitò la costituzione; ed a conservarli assieme alle garanzie, alle difese e ad ogni altro elemento accessorio che serviva a rafforzare il rapporto*”. Nello stesso senso C. CICERO, *Le obbligazioni*, III, *I modi di estinzione delle obbligazioni*, in *Tratt. dir. priv.*, dir. da M. BESSONE, VIII, Giappichelli, Torino, 2013, p. 44 e G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, VII, *Estinzione delle obbligazioni*, 7^a ed., Casa editrice libreria “*Fratelli Cammelli*”, Firenze, 1910, pp. 462-464; S. PIRAS, cit., p. 1 ss.

³⁹⁰ Cfr. BUCCISANO, voce *Novazione*, cit., p. 1; S. ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1961, p. 156 ss.; MAGAZZÙ, voce *Novazione*, cit., pp. 786 e 831; DI PRISCO, cit., p. 269; MARTORANA, *La novazione nel diritto civile italiano*, Soc. ed. libreria Orazio Fiorenza, Palermo, 1924, p. 10, il quale ha cercato di rivalutare l’istituto, affermando che “*il principio della libertà di contrattazione sta a favore e non contro la disciplina dell’istituto della novazione. Invero,*

In particolare, come annunciato nelle conclusioni del capitolo precedente, la novazione – se fosse utilizzata per concludere le procedure di portabilità dei mutui – potrebbe contribuire al successo operativo della fattispecie disciplinata dall'art. 120 quater TUB, proprio perché renderebbe l'operazione maggiormente conveniente per i nuovi finanziatori.

Si consideri che l'effetto estintivo – il quale discende direttamente dal mutamento contrattuale dell'obbligazione – ha quale logico corollario l'estinzione delle garanzie del credito, e quindi dei privilegi, del pegno e delle ipoteche, secondo il disposto dell'art. 1232 c.c.

Questa norma deve essere interpretata in maniera estensiva con riguardo non solo alle garanzie personali, quali la fideiussione, ma anche a tutte le eventuali clausole accessorie, tra cui rientrano la clausola penale *ex* art. 1382 c.c. e la clausola con cui sono stati pattuiti gli interessi convenzionali, nonché alle azioni e alle eccezioni³⁹¹.

L'art. 1232 c.c. fa salvo un diverso accordo tra le parti, purché sia anteriore o contestuale alla novazione, altrimenti si tratterebbe di un accordo con oggetto inesistente, stante l'automatico prodursi dell'effetto estintivo e delle sue conseguenze³⁹².

La convenzione delle parti sul mantenimento della garanzia è un atto che ha, nei limiti del valore originario, natura in senso lato di proroga, giacché il patto di riserva funziona come un fatto impeditivo dell'estinzione

in omaggio a tale principio, non può disconoscersi alle parti il diritto di creare un nuovo vincolo obbligatorio in rapporto ad uno precedente, con estinzione di questo. [...] Il bisogno dei negozi giuridici novatori, anziché diminuito, è oggi realmente e ampiamente sentito, data la celerità e la complessità dei commerci e anche dei rapporti civili [...] perché il negozio giuridico novatorio ha il pregio di agevolare il ritmo della celerità con la definizione e semplificazione di rapporti [...]"

³⁹¹ Cfr. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, 15^a ed., cit., p. 597; BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., p. 704; BIANCA, *L'obbligazione*, cit., pp. 456-457; NOBILI, cit., p. 129.

³⁹² Cfr. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, 15^a ed., cit., p. 597; BRECCIA, cit., p. 704; DI PRISCO, cit., pp. 279-280; F. GALGANO, *Le obbligazioni e i contratti*, in *Dir. civ. e comm.*, II, t. 1, 3^a ed., CEDAM, Padova, 1999, p. 90; BIANCA, *L'obbligazione*, cit., pp. 456-457; BUCCISANO, voce *Novazione*, cit., p. 8.

automatica, con la conseguenza che l'ipoteca conserverà la sua natura e il suo grado³⁹³.

Le garanzie conservate valgono nei limiti del valore del credito novato, poiché in presenza di una diversa volontà delle parti si avrà una garanzia di nuova costituzione³⁹⁴.

Il debitore e il creditore non possono mantenere per il nuovo credito le garanzie prestate da terzi, aggravando l'esposizione dei garanti, salvo che questi vi consentano espressamente. Ciò in applicazione analogica della regola dettata dall'art. 1275 c.c. con riferimento al mantenimento delle garanzie prestate da terzi nelle ipotesi di delegazione, espromissione ed accollo con liberazione del debitore originario³⁹⁵. In caso contrario si avrebbe un negozio a danno del terzo. Si ritiene che il consenso del fideiussore non sia necessario solo quando la sua obbligazione abbia un oggetto tale da poter ricomprendere anche quello della nuova obbligazione³⁹⁶.

Per quanto riguarda la conservazione dei privilegi, è opportuno precisare che questi sono accordati dalla legge “*in considerazione della causa del credito*” (art. 2745 c.c.), con la conseguenza che la loro conservazione – nonostante il silenzio del legislatore in proposito – dovrebbe essere subordinata alla circostanza che anche il nuovo credito sia contrassegnato da una “*causa*” compatibile con la particolare specie cui

³⁹³ Cfr. POMPILIO, cit., p. 267; P. LAMBRINI, *La novazione*, in *Trattato delle obbligazioni*, dir. da L. GAROFALO-M. TALAMANCA, *I modi di estinzione*, III, a cura di A. BURDESE-E. MOSCATI, CEDAM, Padova, 2008, p. 501; MAGAZZÙ, voce *Novazione*, cit., p. 822; PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, cit., p. 128.

³⁹⁴ Cfr. LAMBRINI, cit., p. 502.

³⁹⁵ Cfr. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, cit., pp. 128-129, secondo cui “*la «convenzione» delle parti, concernente il mantenimento della garanzia per il nuovo credito, è atto che ha natura in senso lato di proroga e come tale ha per effetto non la costituzione di una garanzia nuova, ma la conservazione, la proroga della vigenza di una garanzia che altrimenti si sarebbe estinta (art. 2878 n. 3), sì che, ad esempio, in tema di ipoteca questa conserverà la sua natura ed il suo grado*”; DI PRISCO, cit., pp. 279-280; MAGAZZÙ, voce *Novazione*, cit., p. 822.

³⁹⁶ Cfr. LAMBRINI, cit., p. 502.

appartiene il privilegio che si intende conservare. Diversamente le parti non potrebbero mantenere a proprio arbitrio i privilegi inerenti al vecchio rapporto³⁹⁷.

Si concorda con chi ritiene di estendere la disposizione dell'art. 1232 c.c. – nella parte in cui ammette un diverso accordo tra le parti – anche a singole azioni e eccezioni, purché la pattuizione diretta a conservarle non arrechi pregiudizio ai terzi e non vi sia un'incompatibilità logica tra la vecchia e la nuova obbligazione³⁹⁸. Al contrario, il mantenimento di tutte le azioni e le eccezioni a fronte dell'intenzione di novare costituirebbe un *venire contra factum proprium*, perché comporterebbe il riconoscimento di una relazione di continuità tra il rapporto originario e quello creato successivamente³⁹⁹.

L'art. 1232 c.c. costituisce la conferma dell'effetto estintivo dell'obbligazione originaria e della completa autonomia della nuova obbligazione, la quale si fonda su di un interesse diverso rispetto a quello su cui poggiava la situazione giuridica iniziale.

Da questa premessa emerge la rilevanza dello studio dell'istituto della novazione ai fini del presente elaborato, dal momento che la prospettazione di una vicenda novativa del rapporto obbligatorio – con contestuale patto tra le parti diretto al mantenimento delle garanzie annesse al credito – potrebbe rendere l'istituto della portabilità dei mutui molto più vantaggioso per i nuovi finanziatori, che – secondo quanto previsto dall'art. 1232 c.c. – vedrebbero scongiurato il rischio di vedersi opposte dal debitore clausole ed eccezioni attinenti alla precedente obbligazione.

³⁹⁷ Cfr. ZACCARIA, voce *Novazione*, cit., p. 287; G. STOLFI, *Appunti sulla c.d. successione particolare nel debito*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1948, II, pp. 737-738; BIANCA, *L'obbligazione*, cit., pp. 456-457, in particolare nota 51; POMPILIO, cit., p. 268; LAMBRINI, cit., p. 502.

³⁹⁸ Cfr. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, cit., pp. 131-133; MAGAZZÙ, voce *Novazione*, cit., p. 822; PIRAS, cit., p. 69 ss.

³⁹⁹ Cfr. ZACCARIA, voce *Novazione*, cit., p. 288, nota 36.

3.2. La novazione oggettiva nella portabilità

Occorre distinguere la novazione oggettiva da quella soggettiva, che costituisce specifico oggetto del nostro esame. Più specificamente, entrambe comportano la sostituzione di un'obbligazione preesistente con una nuova obbligazione, ma la prima interviene tra le stesse parti del rapporto, mentre la seconda implica la partecipazione di un terzo estraneo⁴⁰⁰.

Il vigente codice civile disciplina autonomamente – negli artt. 1230-1234 c.c. – solo la novazione oggettiva, mentre sottopone la novazione soggettiva alle stesse norme dettate per i casi in cui la delegazione, l'espromissione e l'accollo implicano la liberazione del debitore originario (art. 1235 c.c.)⁴⁰¹.

Con la novazione oggettiva viene sostituita, all'obbligazione originaria che si estingue, una nuova obbligazione con oggetto o titolo diverso.

Come ribadito dalla giurisprudenza, *“la novazione oggettiva si configura come un contratto estintivo e costitutivo di obbligazioni, caratterizzato dalla volontà (animus novandi) e dal comune interesse (causa novandi) delle parti di sostituire ad un'obbligazione originaria (che si estingue) una obbligazione nuova (che si costituisce) e, quindi ne sono elementi essenziali l'animus novandi che, rispecchiando lo specifico intento negoziale dei contraenti, deve essere in concreto provato, e l'aliquid novi, inteso come mutamento sostanziale dell'oggetto della prestazione o del titolo del rapporto”*⁴⁰².

⁴⁰⁰ Cfr. BUCCISANO, voce *Novazione*, cit., p. 1.

⁴⁰¹ Cfr. M. PALADINI, *L'estinzione dell'obbligazione senza adempimento*, UTET, Torino, 2010, p. 12.

⁴⁰² Cfr. Cass. 7 marzo 1983, n. 1676, in *Giust. civ. Mass.*, 1983 e Cass. 5 febbraio 1985, n. 770, in *Giur. it.* 1985, I,1,681.

Considerato che la novazione oggettiva richiede una modifica della causa o dell'oggetto del rapporto obbligatorio, si deve precisare che difficilmente potrà concludersi una novazione oggettiva con il fine di realizzare una procedura di portabilità dei mutui. E questo perché, nella maggior parte dei casi, la portabilità comporta una modificazione delle modalità di esecuzione della prestazione o di altre circostanze accessorie, che non implicano una radicale trasformazione dell'assetto di interessi realizzato dall'obbligazione.

Cionondimeno, per maggiore completezza, è opportuno accennare agli aspetti più qualificanti della vicenda novativa, quali la struttura, l'*animus novandi*, la *causa novandi* e l'*aliquid novi*.

3.2.1. Il profilo strutturale della novazione

Se i nostri giudici sono costanti nel statuire che la novazione è un negozio giuridico bilaterale con il quale le parti costituiscono, in sostituzione di altro precedente, un vincolo produttivo di un'obbligazione nuova per il titolo o l'oggetto⁴⁰³, al contrario è tuttora dibattuto in dottrina se l'istituto costituisca un negozio tipico, dotato di una causa propria, ovvero rappresenti un semplice effetto giuridico, conseguibile mediante l'impiego di una pluralità di mezzi negoziali diversi.

La maggioranza degli autori sostiene che la novazione abbia natura negoziale, in virtù della rilevanza del c.d. *animus novandi*, come emerge dall'art. 1230 co. 2 c.c.⁴⁰⁴.

⁴⁰³ Cfr. Cass. 26 agosto 1985, n. 4544, in *Dir. e giur. agr.*, 1986, 25; Cass. 3 giugno 1978, n. 2796, in *Giur. it. Mass.*, 1978.

⁴⁰⁴ Cfr. MAGAZZÙ, voce *Novazione*, cit., p. 801 ss.; BUCCISANO, *La novazione oggettiva e i contratti estintivi onerosi*, Giuffrè, Milano, 1968, p. 127 ss.; ID., voce *Novazione*, cit., p. 2; D. BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, II, 6ª ed., UTET, Torino, 1965, p. 254; BIANCA, *L'obbligazione*, cit., p. 453; DI PRISCO, cit., p. 267; PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, cit., p. 67; NOBILI, cit., pp. 118-119; GALGANO, *Tratt. dir. civ.*, II, *Le obbligazioni in generale*, *Il contratto in generale, I singoli contratti*, 2ª ed., CEDAM, Padova, 2010, p. 97; R. MICCIO, *Delle*

Più specificamente, secondo questa corrente dottrinale la novazione è un contratto tipico, formato dalla comune volontà delle parti di sostituire ad un'obbligazione originaria, che si estingue, una nuova obbligazione, che si costituisce⁴⁰⁵.

È stato affermato che il negozio novativo debba essere ascritto alla categoria dei negozi solutori a titolo oneroso⁴⁰⁶ o a prestazioni corrispettive, in quanto l'effetto estintivo e l'effetto costitutivo si trovano su un piano di reciprocità o di sinallagmaticità⁴⁰⁷.

Dal momento che l'estinzione della precedente obbligazione è disposta in funzione della costituzione della nuova obbligazione e viceversa, occorre un accordo tra le parti, non potendo la novazione derivare da un negozio unilaterale⁴⁰⁸.

Cionondimeno, la tesi della natura negoziale della novazione è avversata da un'altra parte della dottrina, per la quale la novazione è un mero effetto che può collegarsi a diverse fattispecie, come dimostrano gli artt. 1976 e 1965 co. 2 c.c.⁴⁰⁹.

Ad avviso di questo orientamento la novazione costituisce un risultato estrinseco del negozio, in quanto dipende non già dall'intento di estinguere

obbligazioni in generale, in *Comm. cod. civ.*, IV, t. I, 2ª ed., UTET, Torino, 1961, p. 297; CICALA, *L'adempimento indiretto del debito altrui*, cit., p. 102 ss.

⁴⁰⁵ Per ALLARA, *Le fattispecie estintive del rapporto obbligatorio*, cit., p. 144, la novazione rientra “nella più ampia categoria del contratto estintivo o rinunciativo del credito”.

⁴⁰⁶ Cfr. BIANCA, *L'obbligazione*, cit., p. 453.

⁴⁰⁷ Cfr. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, cit., p. 67. *Contra* MAGAZZÙ, voce *Novazione*, cit., p. 799 ss., secondo cui costituisce una forzatura qualificare la novazione come un contratto a titolo oneroso e/o a prestazioni corrispettive, in quanto “non si verifica in essa [...] uno scambio di reciproche attribuzioni patrimoniali tra creditore e debitore”. L'A. precisa che la novazione deve essere considerata “un negozio unico, precisamente un contratto caratterizzato da una causa propria, che gli conferisce una peculiare individualità giuridica [...]”.

⁴⁰⁸ Cfr. CANTILLO, *La novazione*, in *Le obbligazioni*, II, *Giurisprudenza sistematica di dir. civ. e comm.*, fondata da W. BIGIARI, UTET, Torino, 1992, p. 891; NOBILI, cit., p. 120, precisa che “il creditore non può [...] realizzare l'effetto sostitutivo senza il consenso del debitore, quest'ultimo, d'altro canto, potrebbe sì realizzare l'effetto costitutivo, ma gli è preclusa la realizzazione dell'effetto estintivo, perché in tal modo si verrebbe ad estinguere la posizione giuridica del creditore”.

⁴⁰⁹ Cfr. RESCIGNO, voce *Novazione*, cit., p. 434; ID., *Manuale del diritto civile italiano*, Jovene, Napoli, 1995, p. 644; ID., *Studi sull'accollo*, Giuffrè, Milano, 1958, p. 140; NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., p. 260; MARTORANA, cit., pp. 84-85; PIRAS, cit., p. 6 ss.

la vecchia obbligazione, bensì dalla volontà costitutiva del nuovo rapporto, il quale viene a trovarsi in una posizione oggettiva di incompatibilità con la persistenza del primo⁴¹⁰.

Sebbene venga riconosciuto che l'art. 1230 c.c. richiede una volontà inequivoca di estinguere l'obbligazione precedente, viene tuttavia affermato che l'intenzione dei soggetti diretta ad estinguere il rapporto obbligatorio non sia sufficiente per conferire carattere negoziale alla novazione; perché la novazione si verifichi, si reputa necessaria la modificazione sostanziale del rapporto⁴¹¹.

In particolare, si ritiene che il requisito dell'*animus novandi* non abbia rilievo decisivo, ma sia necessario solo quando, venendo in rilievo una modificazione non accessoria, il rapporto creato con la nuova dichiarazione possa in astratto coesistere con l'obbligazione originaria. In questi casi si chiede, pertanto, una chiara volontà di estinguere l'originaria obbligazione.

In base a questo orientamento, gli artt. 1230 ss. c.c. hanno la sola funzione di richiedere una inequivoca volontà di novare nel caso in cui l'effetto novativo sia correlato all'attività negoziale dei soggetti dell'obbligazione.

Alla tesi che privilegia il momento costitutivo della novazione sono state mosse convincenti obiezioni sia sul piano normativo sia su quello della logica giuridica.

Sotto il primo profilo, è bene evidenziare che il codice vigente colloca la novazione tra i modi di estinzione dell'obbligazione. Nella prospettiva codicistica la novazione è dunque un contratto consensuale ad un tempo

⁴¹⁰ Cfr. RESCIGNO, voce *Novazione*, cit., p. 434; ID., *Studi sull'accollo*, cit., p. 140; ID., voce *Debito (successione nel)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, V, UTET, Torino, 1989, p. 197. In giurisprudenza, v. Cass. 15 maggio 1971, n. 1407, *Giust. civ. Rep.*, II, 1971, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 281, 2608; Cass. 29 ottobre 1971, n. 3047, *ivi*, 1971, voce cit., n. 284, 2608.

⁴¹¹ Cfr. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, cit., p. 644; MESSINEO, *Manuale di dir. civ. e comm.*, II, parte II, cit., p. 403.

estintivo e costitutivo di un nuovo rapporto obbligatorio. È richiesta la capacità di agire delle parti e il potere di disporre del credito, come si desume anche dal limite posto dall'art. 1300 co. 2 c.c. alla novazione convenuta tra uno dei creditori in solido e il debitore⁴¹². Inoltre, occorre la valida esistenza dell'obbligazione originaria, altrimenti la novazione mancherà di causa⁴¹³.

Sotto il secondo profilo, è stata esclusa l'esistenza di una vera e propria situazione di incompatibilità dell'obbligazione nuova con la precedente, la quale presupporrebbe invero la coesistenza tra le due obbligazioni, ma il duplice effetto estintivo-costitutivo si produce *uno actu*⁴¹⁴.

La “*novazione per incompatibilità*” non è vera novazione proprio perché da questa esula una volontà delle parti diretta ad estinguere l'obbligazione preesistente e a sostituirla con l'obbligazione nuova. In tale ipotesi, la novazione è un mero effetto occasionale e riflesso della costituzione di una nuova obbligazione⁴¹⁵.

Come è stato giustamente rilevato, questa tesi minoritaria isola l'effetto estintivo e deduce la natura giuridica dell'atto dagli elementi residui, senza considerare che così facendo “*si assume il contenuto dell'obbligazione novante quale indice del tipo di contratto presente nella specie*”⁴¹⁶.

L'effetto estintivo discendente dalla novazione non deve essere svalutato e degradato, poiché non costituisce un momento consequenziale o secondario rispetto al fine principale della costituzione di un nuovo

⁴¹² Cfr. LAMBRINI, cit., p. 497.

⁴¹³ Cfr. MESSINEO, *Manuale di dir. civ. e comm.*, II, parte II, cit., p. 402.

⁴¹⁴ Cfr. MAGAZZÙ, voce *Novazione*, cit., p. 798 ss.; BUCCISANO, *La novazione oggettiva e i contratti estintivi onerosi*, cit., p. 105 ss.

⁴¹⁵ Cfr. BUCCISANO, voce *Novazione*, cit., p. 9.

⁴¹⁶ Cfr. BUCCISANO, *La novazione oggettiva e i contratti estintivi onerosi*, cit., p. 128.

rapporto, bensì svolge un ruolo fondamentale nell'economia del contratto. Come d'altronde emerge dalla disciplina di cui agli artt. 1230 ss. c.c., l'estinzione dell'obbligazione preesistente è un effetto direttamente voluto dalle parti ed essenziale per la realizzazione della fattispecie novativa⁴¹⁷.

Ne discende che la novazione non può essere ricondotta a qualunque negozio giuridico, tipico o atipico, costitutivo di obbligazioni, ma deve essere intesa come un autonomo contratto tipico⁴¹⁸.

Più precisamente, deve essere affermata la struttura unitaria della novazione, la quale è caratterizzata da due effetti, quello estintivo e quello costitutivo, che sono interdipendenti⁴¹⁹.

Il momento estintivo e quello costitutivo non rappresentano un effetto unico inscindibile⁴²⁰, ma costituiscono due effetti distinti, contemporanei e coesenziali, coesistenti⁴²¹.

Difatti, l'effetto estintivo comporta la decadenza del regolamento preesistente in tutte le sue parti, principali ed accessorie (artt. 1230 e 1232 c.c.), mentre l'effetto costitutivo stabilisce un regolamento nuovo ed indipendente, sia nel caso in cui la nuova situazione sia incompatibile con

⁴¹⁷ Cfr. ZACCARIA, *La prestazione in luogo dell'adempimento fra novazione e negozio modificativo del rapporto*, cit., p. 154 ss.; BIANCA, *L'obbligazione*, cit., p. 444, nota 6; BUCCISANO, *ult. op. cit.*, p. 82; PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, cit., p. 67; DI PRISCO, cit., pp. 265-266.

⁴¹⁸ Cfr. BUCCISANO, voce *Novazione*, cit., p. 10 ss.

⁴¹⁹ Cfr. POMPILIO, cit., p. 258.

⁴²⁰ Cfr. MESSINEO, *Manuale di dir. civ. e comm.*, II, parte II, cit., p. 401, secondo cui "la sostituzione di un'obbligazione nuova e l'estinzione dell'obbligazione originaria sono effetti interdipendenti e inscindibili o, meglio, un effetto unico, complesso; quindi, non ha senso chiedersi se si verifichi, prima l'estinzione, ovvero la sostituzione della nuova obbligazione".

⁴²¹ Cfr. BUCCISANO, voce *Novazione*, cit., pp. 2 e 8; ROMANO, cit., p. 157 ss.; BIANCA, *L'obbligazione*, cit., p. 444, nota 6; CICALA, *L'adempimento del debito altrui*, cit., p. 83 ss., in particolare 88-90; CICERO, cit., p. 45; NOBILI, cit., p. 128, precisa che "nella novazione [...] l'estinzione dell'obbligazione non si traduce in una semplice estinzione, in una estinzione fine a se stessa, in quanto essa è in funzione della costituzione della nuova obbligazione. Conseguentemente anche la costituzione non è fine a se stessa, ma è in funzione della precedente estinzione. Tra estinzione e costituzione vi è, dunque, un rapporto reciproco attraverso il quale si realizza la funzione, necessariamente unitaria, della novazione".

la precedente, sia quando non sussista alcuna incompatibilità, risultando il nuovo interesse diverso da quello originario⁴²².

Questi effetti hanno la stessa rilevanza formale, come emerge dall'identità delle conseguenze disposte dalla legge nell'ipotesi di mancanza di uno o dell'altro. In entrambi i casi l'atto novativo è nullo, e ciò in considerazione del rapporto di dipendenza reciproca⁴²³.

La questione riguardante la natura giuridica della novazione è comunque passata in secondo piano perché ritenuta priva di rilievo pratico, ma meramente teorica⁴²⁴. Invero, i sostenitori della teoria negoziale, che richiedono la presenza dell'*animus novandi* affinché si produca l'estinzione della precedente obbligazione, ammettono la possibilità di desumere detto elemento soggettivo, per implicito, da fatti concludenti, con ciò riducendo in concreto il problema⁴²⁵.

3.2.2. L'*animus novandi*

L'intento novativo è indicato come l'elemento soggettivo della novazione, senza che però ciò comporti una rilevanza speciale della volontà delle parti. Piuttosto, nella novazione la volontà contrattuale deve essere diretta ad estinguere l'obbligazione precedente, posto che l'effetto estintivo non è un effetto legale, ma deve rientrare nel contenuto dell'accordo⁴²⁶.

La volontà di estinguere l'obbligazione precedente deve essere comune alle parti contraenti e deve risultare in modo non equivoco (art.

⁴²² Cfr. POMPILIO, cit., p. 258; DI PRISCO, cit., pp. 265-266.

⁴²³ Cfr. ZACCARIA, *La prestazione in luogo dell'adempimento*, cit., p. 154 ss.; POMPILIO, cit., p. 258.

⁴²⁴ Cfr. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, cit., p. 59 ss. Di contro, valorizza l'importanza della questione ZACCARIA, voce *Novazione*, cit., p. 287, il quale evidenzia che "se si negasse che la novazione possieda una causa propria, sarebbe da domandarsi se il relativo negozio non debba essere qualificato come negozio «con causa esterna» [...]. E, conseguentemente, sarebbe da chiedersi se e in quali termini questa qualificazione possa influire sulla definizione della disciplina riguardante la validità della novazione, alla luce delle teorie secondo le quali anche la mancanza della cosiddetta «causa esterna» determinerebbe la nullità del negozio a questa collegato".

⁴²⁵ Cfr. NOBILI, cit., p. 119.

⁴²⁶ Cfr. BIANCA, *L'obbligazione*, cit., p. 446.

1230 co. 2 c.c.) al fine di assicurare che la volontà novativa delle parti sia effettiva, dovendo queste volere effettivamente l'estinzione dell'obbligazione esistente e la sua sostituzione con una nuova.

Il requisito della non equivocità dell'*animus novandi* non richiede comunque una dichiarazione espressa, né l'uso di formule o parole determinate, ma può dedursi anche dalle circostanze in base a un comportamento concludente⁴²⁷.

Si applica, tuttavia, anche alla novazione l'art. 1350 c.c., con la conseguenza che essa è nulla ove abbia ad oggetto uno dei diritti indicati in questo articolo e non sia stata rispettata la forma scritta richiesta. Inoltre, si ritiene che sia necessaria la stessa forma del contratto che ha dato vita al rapporto preesistente⁴²⁸.

La necessità di una volontà inequivoca delle parti mira ad escludere non solo ogni presunzione di novazione, ma anche che l'intento novativo possa essere desunto mediante l'applicazione delle regole di interpretazione oggettiva, dovendo essere certo⁴²⁹.

Nel dubbio, quindi, la volontà delle parti deve essere interpretata come meramente modificativa della precedente obbligazione⁴³⁰.

La valutazione dell'*animus novandi*, oltre che dell'*aliquid novi*, è rimessa al giudice di merito ed è incensurabile dalla Corte di Cassazione, purché sia sorretta da una motivazione adeguata e giuridicamente corretta⁴³¹. Qualora, invece, la sentenza affermi l'esistenza della novazione senza accertare i predetti requisiti essenziali, essa sarà sindacabile per

⁴²⁷ Cfr. SPANGARO, cit., pp. 453-454.

⁴²⁸ Cfr. LAMBRINI, cit., p. 497.

⁴²⁹ Cfr. BIANCA, *L'obbligazione*, cit., p. 447.

⁴³⁰ Cfr. GALGANO, *Le obbligazioni e i contratti*, cit., p. 89; LAMBRINI, cit., p. 492.

⁴³¹ Cfr. Cass. 8 maggio 2001, n. 6380, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, 940; Cass. 26 agosto 1985, n. 4544, cit.; Cass. 23 ottobre 1971, n. 2996, in *Giust. civ. Rep.*, II, 1971, n. 285, 2608.

violazione di legge, in quanto si avrà un errore sulla qualificazione giuridica dell'atto⁴³².

Parte della dottrina tende a ridimensionare il ruolo dell'intento novativo, ritenendo che l'*animus novandi* sia troppo vago ed incerto perché possa essere considerato il cardine della novazione⁴³³.

Questo orientamento esclude sia che la volontà negoziale possa di per sé determinare la novazione di un rapporto anche in assenza di un mutamento dell'oggetto o del titolo, sia che, in presenza di siffatti mutamenti, la novazione possa essere impedita da una scelta soggettiva delle parti⁴³⁴.

L'operatività dell'*animus novandi* è così riservata alle sole ipotesi in cui sia incerto se le modificazioni oggettive del rapporto originario siano compatibili con la conservazione dello stesso o con la costituzione di un nuovo rapporto⁴³⁵.

Cionondimeno, deve ritenersi che la novazione non esiga la mera incompatibilità oggettiva tra il vecchio ed il nuovo rapporto, ma anche un corrispondente atto decisionale delle parti⁴³⁶.

Allo stesso modo, non è sufficiente la sola intenzione di estinguere l'obbligazione precedente e di sostituirla con un'altra oggettivamente identica o diversa solo per aspetti marginali, ma occorre pure che le parti diano vita a un'obbligazione essenzialmente nuova⁴³⁷.

3.2.3. La causa novandi

⁴³² Cfr. Cass. 28 aprile 1999, n. 4296, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, 971.

⁴³³ Cfr. RESCIGNO, voce *Novazione*, cit., p. 435.

⁴³⁴ Cfr. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, 6ª ed., cit., p. 260.

⁴³⁵ *Ibidem*.

⁴³⁶ Cfr. BIANCA, *L'obbligazione*, cit., p. 446, nota 16.

⁴³⁷ Cfr. BRECCIA, cit., p. 689.

Secondo i sostenitori della teoria negoziale, la novazione necessita non solo dell'*animus novandi*, ovvero dell'intenzione delle parti di estinguere il rapporto obbligatorio preesistente e sostituire ad esso un nuovo rapporto, ma anche della c.d. *causa novandi*, ossia dell'interesse comune delle parti a sostituire alla precedente obbligazione una nuova, quale che sia il contenuto delle due obbligazioni, che non viene peraltro determinato in maniera rigida dalla legge⁴³⁸.

Questo problema è stato oggetto in dottrina di posizioni notevolmente diverse, mentre è stato pressoché ignorato dalla giurisprudenza⁴³⁹.

È evidente che i sostenitori della teoria che considera la novazione un semplice effetto giuridico, conseguibile attraverso l'impiego di una pluralità di mezzi negoziali diversi, non hanno affrontato la questione della definizione della causa del contratto di novazione. Difatti, in base a questo orientamento, deve escludersi che la novazione posseda una causa propria.

Al contrario, buona parte della dottrina – alla cui tesi si aderisce – sostiene che nella novazione l'effetto estintivo e quello costitutivo derivino da una causa unica e realizzino un interesse comune alle parti, che non si identifica né nell'interesse particolare del debitore all'estinzione dell'obbligazione preesistente né in quello del creditore alla costituzione di una nuova obbligazione, bensì risulta dalla loro composizione⁴⁴⁰.

L'interesse che forma oggetto della nuova obbligazione è giuridicamente diverso dall'interesse originario prospettato dai soggetti e

⁴³⁸ Cfr. BUCCISANO, voce *Novazione*, cit., p. 12; ID., *La novazione oggettiva e i contratti estintivi onerosi*, cit., pp. 127-128, ad avviso del quale “la variabilità dell'obbligazione originaria e della obbligazione nuova si riferisce [...] al contenuto del contratto, e non importa la variabilità del tipo negoziale”.

⁴³⁹ Tra le sentenze che richiedono la *causa novandi*, quale requisito ulteriore rispetto all'*animus novandi* e all'*aliquid novi*, si veda Cass. 8 novembre 1996, n. 9766, in *Giust. civ. Mass.*, 1996, 1487 e, più recente, Cass. 4 maggio 2005, n. 9280, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 5.

⁴⁴⁰ Cfr. BUCCISANO, voce *Novazione*, cit., p. 10.

l'effetto estintivo si giustifica in virtù dell'intento *lato sensu* dispositivo, che dà vita alla *causa novandi*⁴⁴¹.

Quest'ultima riflette l'interesse allo scambio tra l'arricchimento del debitore che consegue all'estinzione dell'obbligazione originaria, e l'arricchimento del creditore, che consegue alla costituzione di una obbligazione nuova e diversa⁴⁴². Ciò spiega, tra l'altro, perché la novazione sia nulla nel caso in cui non esista l'obbligazione originaria⁴⁴³.

Tale opinione distingue “*l'interesse fondamentale, espresso dall'atto in forma costante, alla «sostituzione» del rapporto obbligatorio, realizzabile attraverso il duplice effetto estintivo e costitutivo, dall'interesse variabile sottostante alla obbligazione originaria e alla obbligazione nuova*”⁴⁴⁴.

V'è però chi, all'interno di questo orientamento, ritiene che il mero interesse alla sostituzione di un rapporto con un altro non valga a individuare la causa del contratto novativo, la quale deve invece essere ricercata nell'interesse specifico delle parti al mutamento oggettivo del preesistente rapporto obbligatorio sul quale essere operano⁴⁴⁵.

Secondo altri autori la novazione deve essere considerata come un negozio con una causa generica, consistente nella funzione novativa, cioè in un “*elemento teleologico che, essendo estraneo alla struttura del singolo tipo negoziale, può andare congiunto con qualsiasi tipo*”⁴⁴⁶.

⁴⁴¹ Cfr. DI PRISCO, cit., p. 268 ss.; POMPILIO, cit., p. 257, secondo cui “*il contratto novativo, con il suo schema causale, si integra nel rapporto obbligatorio, la cui fonte creativa rimane la fattispecie originaria*”.

⁴⁴² Cfr. CICERO, cit., p. 43; BUCCISANO, *La novazione oggettiva e i contratti estintivi onerosi*, cit., p. 139.

⁴⁴³ Cfr. GALGANO, *Le obbligazioni e i contratti*, cit., p. 90.

⁴⁴⁴ Cfr. BUCCISANO, *ult. op. cit.*, p. 128; BIANCA, *L'obbligazione*, cit., pp. 454-455.

⁴⁴⁵ Cfr. MAGAZZÙ, voce *Novazione*, cit., p. 801 ss.

⁴⁴⁶ Cfr. LAMBRINI, cit., p. 496, la quale cita S. PUGLIATTI, *Nuovi aspetti del problema della causa nei negozi giuridici*, La Sicilia, 1934, p. 99; PANUCCIO, *La cessione volontaria dei crediti nella teoria del trasferimento*, cit., p. 30.

In quest'ottica, la predetta causa generica si distingue dalla causa specifica, integrata dallo schema negoziale che attua in quel singolo caso la novazione⁴⁴⁷.

Infine, è opportuno comunque sottolineare come una parte della dottrina reputi il requisito della *causa novandi* superfluo, in quanto mera duplicazione del concetto generale di novazione⁴⁴⁸.

3.2.4. L'*aliquid novi*

Come già affermato, per aversi novazione oggettiva si richiede un mutamento sostanziale della precedente obbligazione, dalla quale la nuova deve diversificarsi per l'oggetto o per il titolo.

Mentre la giurisprudenza non ha dedicato alcuna riflessione alla precisazione del concetto di oggetto dell'obbligazione, al contrario la dottrina ha rivolto ampio spazio al problema.

In particolare, la diversità dell'oggetto può attenersi sia alla prestazione sia al bene o all'interesse dedotti nell'obbligazione. Una mera modificazione quantitativa della prestazione o del suo oggetto non determina necessariamente novazione, in quanto il fenomeno novativo non ha ragione di esistere quando è mutato solo l'oggetto nella sua materialità, ma non è stato alterato l'assetto di interessi preesistente tra le parti⁴⁴⁹.

⁴⁴⁷ Secondo PANUCCIO, *La cessione volontaria dei crediti nella teoria del trasferimento*, cit., p. 20, "è la legge stessa che a volta a volta definisce nelle sue forme schemi negoziali completi che sono vere e proprie cause e schemi negoziali incompleti che debbono essere integrati dall'esterno, per formare una causa giuridicamente efficace".

⁴⁴⁸ Cfr. LAMBRINI, cit., p. 163.

⁴⁴⁹ Cfr. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, cit., p. 71; ID., *Manuale di diritto civile*, 6ª ed., cit., pp. 260-261; MAGAZZÙ, voce *Novazione*, cit., p. 812 ss.; NOBILI, cit., p. 122. Anche la giurisprudenza esclude che una modifica esclusivamente quantitativa dell'obbligazione possa incidere sulla natura di quest'ultima, e quindi produrre novazione. Cfr. Cass. 12 settembre 2000, n. 12039, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, 1924 e Cass. 27 luglio 2000, n. 9867, in *Dir. e prat. soc.*, 2001, 4, 77. *Contra* DI PRISCO, cit., p. 273, secondo cui, in ossequio a quanto previsto dall'art. 1231 c.c., che assegna a talune modificazioni oggettive accessorie un valore inadeguato al fine della novazione, anche la mera sostituzione della *res* o un'alterazione quantitativa dell'oggetto della prestazione sono idonee ad integrare gli estremi della novazione oggettiva.

Proprio perché occorre una trasformazione dell'assetto degli interessi sottesi al rapporto, deve trattarsi di una modificazione non accessoria, non essendo in questo caso sufficiente a provocare la novazione del rapporto la mera intenzione delle parti⁴⁵⁰.

Una diversa opinione contrasterebbe con il disposto dell'art. 1231 c.c., che nega efficacia novativa alle semplici modificazioni accessorie dell'obbligazione⁴⁵¹, ed attribuirebbe all'*animus novandi* un ruolo preminente rispetto all'*aliquid novi*, mentre sono entrambi elementi essenziali della fattispecie, dovendo l'intento negoziale essere diretto a produrre una modificazione sostanziale del precedente rapporto⁴⁵².

Invero, posto che anche una modificazione non accessoria del rapporto è compatibile con la sua conservazione, deve sempre emergere una chiara volontà di estinguere l'obbligazione precedente⁴⁵³.

Questo orientamento contrasta con la diversa opinione di un'altra parte autorevole della dottrina, ad avviso della quale non è necessario che la nuova obbligazione sia sostanzialmente diversa dalla precedente, in quanto "*necessaria e sufficiente è la volontà delle parti di estinguere*

⁴⁵⁰ Cfr. RESCIGNO, voce *Novazione*, cit., p. 435, secondo cui la modificazione accessoria del rapporto non produce novazione, quale che sia l'intenzione delle parti, e NOBILI, cit., p. 124.

⁴⁵¹ Secondo l'art. 1231 c.c. costituiscono modificazioni accessorie il rilascio o il rinnovo di un documento, l'apposizione o l'eliminazione di un termine. Con un'interpretazione estensiva della norma ben possono ritenersi modifiche accessorie l'aggiunta o la diminuzione di una garanzia, l'aumento del canone locatizio, la modifica convenzionale del prezzo di vendita, la pattuizione intesa a fissare modalità diverse di esecuzione di un obbligo nascente da una sentenza. Cfr. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, cit., pp. 104-105.

⁴⁵² Cfr. CANTILLO, *La novazione*, cit., p. 895. In giurisprudenza, Cass. 12 settembre 2000, n. 12039, cit., afferma che "*perché possa verificarsi la novazione oggettiva di una precedente obbligazione occorre che vi sia un mutamento sostanziale e, cioè, che con la seconda obbligazione siano apportati alla prima cambiamenti riguardanti l'oggetto della prestazione o la natura giuridica dell'obbligazione che trasformino questa in una nuova obbligazione incompatibile con la prima*". Nello stesso senso Cass. 27 luglio 2000, n. 9867, cit.

⁴⁵³ Cfr. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, cit., p. 638. *Contra* PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, 6ª ed., cit., p. 260, il quale sostiene che il c.d. *animus novandi* svolga in realtà una funzione modesta, dal momento che la volontà negoziale non può di per sé determinare la novazione di un rapporto indipendentemente dal mutamento dell'oggetto o del titolo e, viceversa, in presenza di siffatti mutamenti, la novazione non può essere impedita da una scelta soggettiva delle parti.

l'obbligazione e di sostituirla con un'altra"⁴⁵⁴. Ciò in virtù del principio dell'autonomia delle parti, che non è limitata né dalla disciplina generale del contratto né dalla disciplina della novazione al fine di vietare una novazione che non comporti un sostanziale mutamento del rapporto⁴⁵⁵.

In quest'ottica, la previsione dell'art. 1231 c.c. esprime esclusivamente una valutazione legale tipica delle modifiche accessorie che non comportano novazione ed è applicabile soltanto nei casi in cui le parti, nell'apportare dette modifiche accessorie, non abbiano manifestato né espressamente né tacitamente la volontà di sostituire una nuova obbligazione alla precedente⁴⁵⁶.

Tale opinione sostiene poi che, anche in assenza di una modificazione del contenuto o del titolo del rapporto obbligatorio, la nuova obbligazione presenti pur sempre un elemento di novità rispetto a quella precedente, avendo la sua fonte nel negozio novativo. Ciò comporta, quindi, la perdita delle garanzie reali e personali, dei privilegi che assistevano il vecchio credito nonché delle eccezioni opponibili con riguardo alla precedente obbligazione⁴⁵⁷.

La novazione per modificazione dell'oggetto non deve essere confusa con la *datio in solutum*, disciplinata dall'art. 1197 c.c. Mentre la prima determina la nascita di una nuova obbligazione e, contestualmente, l'estinzione di quella originaria, la seconda attiene al momento esecutivo

⁴⁵⁴ Cfr. BIANCA, *L'obbligazione*, cit., pp. 452-453.

⁴⁵⁵ Cfr. DI PRISCO, cit., p. 272; BUCCISANO, *La novazione oggettiva e i contratti estintivi onerosi*, cit., p. 24 ss. Si esprime in tal senso una parte minoritaria della giurisprudenza, v. Cass. 15 gennaio 1997, n. 374, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, 69.

⁴⁵⁶ Cfr. BIANCA, *L'obbligazione*, cit., pp. 452-453, ad avviso del quale "la [...] norma sulla nuova documentazione e sulle modifiche accessorie dell'obbligazione non sancisce alcun limite all'autonomia privata ma contiene piuttosto una valutazione legale tipica degli atti di modifica accessoria dell'obbligazione quali atti non novativi. La norma vale, cioè, ad escludere la presunzione della volontà novativa, non la possibilità che le parti estinguano l'obbligazione sostituendola con altra sostanzialmente equivalente".

⁴⁵⁷ *Ivi*, p. 453.

dell'originaria ed unica obbligazione, seppur mediante l'esecuzione di una prestazione diversa da quella convenuta nella fase costitutiva del rapporto.

Nella novazione il debitore non esegue alcuna prestazione, ma si obbliga ad eseguirne una nuova, mentre nella prestazione in luogo dell'adempimento l'obbligazione resta in vita perché il debitore si libera soltanto se e quando esegua la prestazione diversa autorizzata dal creditore⁴⁵⁸.

Inoltre, nella *datio in solutum* all'inadempimento della prestazione sostitutiva sopravvive sempre l'obbligo di eseguire quella originariamente pattuita, considerato che l'obbligo di eseguire l'originaria prestazione viene meno solo con l'adempimento della nuova, e cioè con l'estinzione dell'obbligazione, mentre nella novazione l'inadempimento della nuova obbligazione non determina mai la reviviscenza di quella originaria⁴⁵⁹.

Per stabilire se l'accordo configuri una novazione o una *datio in solutum*, qualora ciò non risulti chiaramente dall'atto, è necessaria un'indagine che accerti la volontà delle parti. Nel caso in cui questa operazione interpretativa non riesca ad eliminare i dubbi relativi all'esistenza o meno di una volontà novativa, si deve concludere per la permanenza in vita dell'obbligazione originaria, affiancata da una nuova, perché “*le rinunce non si presumono*”⁴⁶⁰.

3.3. La novazione soggettiva

⁴⁵⁸ Cfr. BRECCIA, cit., p. 689; BIANCA, *L'obbligazione*, cit., p. 454; GALGANO, *Le obbligazioni e i contratti*, cit., p. 88; POMPILIO, cit., p. 256; MICCIO, cit., p. 304; MESSINEO, *Manuale di dir. civ. e comm.*, II, parte II, cit., p. 402; LAMBRINI, cit., p. 527.

⁴⁵⁹ Cfr. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, 6^a ed., cit., p. 261.

⁴⁶⁰ Cfr. SPANGARO, cit., p. 453; PIRAS, cit., p. 35. *Contra* BUCCISANO, *La novazione oggettiva e i contratti estintivi onerosi*, cit., p. 26, sostiene che, nel caso in cui permanga l'incertezza circa la volontà delle parti, “*il dubbio si scioglie in maniera da realizzare «un equo contemperamento degli interessi delle parti» (art. 1371). In questo modo è possibile distinguere l'atto novativo dall'atto modificativo dell'obbligazione: ma non è legittimo, né concludente, fissare un criterio direttivo in base al quale si affermi, nel dubbio, la permanenza dell'obbligazione originaria e la sua modificazione*”.

Ciò premesso con riguardo alla novazione oggettiva, occorre ora esaminare la novazione soggettiva, intendendo per questa il contratto mediante il quale le parti sostituiscono uno dei soggetti del rapporto, mentre restano inalterati gli elementi oggettivi⁴⁶¹. Essa può riguardare sia il mutamento del creditore (c.d. novazione soggettiva attiva) che il mutamento del debitore (c.d. novazione soggettiva passiva).

In particolare, la novazione soggettiva – la cui ammissibilità è assai discussa dalla dottrina – comporta l'estinzione del precedente rapporto, e di conseguenza la liberazione del soggetto originario, e all'originario rapporto estinto subentra un nuovo rapporto obbligatorio e un nuovo debitore o creditore⁴⁶².

L'esigenza di approfondire lo studio di questo istituto è sorta per cercare una soluzione alternativa alla surrogazione per volontà del debitore in grado di ampliare il ricorso alla portabilità del mutuo, che – come più volte accennato in precedenza – potrebbe essere utilizzata con maggiore frequenza qualora si ritenesse ammissibile la conclusione di un contratto di novazione soggettiva attiva tra il nuovo finanziatore, il debitore e il creditore originario.

⁴⁶¹ Cfr. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, cit., p. 533; BIANCA, *L'obbligazione*, cit., p. 627; A. CAPUTO, *La novazione*, in *Le obbligazioni, Diritto sostanziale e processuale*, a cura di P. FAVA, t. II, Giuffrè, Milano, 2008, p. 824; GALGANO, *Le obbligazioni e i contratti*, cit., p. 125, precisa che ricorre una novazione oggettiva e, al tempo stesso, una novazione soggettiva quando vi sia un mutamento sia della prestazione che dell'identità della parte del rapporto. In questo caso, la sostituzione del titolare originario del rapporto “*costituisce elemento di una più complessa operazione, incentrata sulla diversa prestazione pattuita*”. Cfr. anche A. DONATI, *Causalità e astrattezza nella delegazione*, CEDAM, Padova, 1975, p. 168 e R. ROLLI, *L'espromissione e la liberazione del debitore originario*, CEDAM, Padova, 1995, p. 109 ss.

⁴⁶² *Contra* BIANCA, *L'obbligazione*, cit., p. 444, secondo cui la novazione soggettiva – al pari di quella oggettiva – estingue l'obbligazione originaria, ma “*si tratta di una estinzione che rileva come vicenda soggettiva del rapporto. La novazione oggettiva, invece, non sostituisce i soggetti ma estingue il rapporto obbligatorio, mutandolo in altro rapporto diverso per l'oggetto o per il titolo*”. Secondo l'A. ciò sarebbe confermato dal rinvio del codice agli istituti della delegazione, dell'espromissione e dell'accollo (art. 1235 c.c.).

Per completezza, prima di soffermarsi su quest'ultimo istituto, è opportuno spendere alcune parole sulla figura della novazione soggettiva passiva, anch'essa oggetto di discussione in dottrina.

3.3.1. Cenni sulla novazione soggettiva passiva

Una parte autorevole della dottrina ritiene infatti che la novazione soggettiva passiva non abbia alcuna funzione estintiva, e qualifica l'istituto come una mera vicenda modificativa della titolarità del rapporto obbligatorio⁴⁶³.

Le ragioni di tale opinione vengono rinvenute sia nel tenore dello stesso art. 1235 c.c., il quale rinvia esplicitamente alla disciplina della delegazione, dell'espromissione e dell'accollo, che non producono l'estinzione del rapporto obbligatorio e la costituzione di una nuova obbligazione, sia nella convinzione che il soggetto non sia “*un elemento della struttura del rapporto giuridico [...], ma [...] soltanto il titolare, spesso occasionale, di una delle situazioni giuridiche soggettive [...] di cui il rapporto consta*”⁴⁶⁴.

Uno spazio residuale alla novazione soggettiva passiva è riconosciuto nella sola ipotesi in cui la prestazione dovuta sia *intuitu personae*, giacché il mutamento del debitore incide sulla sostanza dell'obbligazione, comportando una modifica dell'oggetto, e quindi una novazione oggettiva⁴⁶⁵.

Più precisamente, si sostiene che, nel caso in cui oggetto dell'obbligazione sia una prestazione infungibile, il mutamento del debitore non sia irrilevante per l'obbligazione, ma non perché è mutato il soggetto, ma perché, “*mutando il soggetto, viene a mutare l'oggetto, o se si vuole la*

⁴⁶³ Cfr. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, 6ª ed., cit., p. 259; MICCIO, cit., p. 295.

⁴⁶⁴ Cfr. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, cit., p. 165.

⁴⁶⁵ *Ivi*, p. 166 ss.; ID., *Manuale di diritto civile*, 6ª ed., cit., p. 260.

prestazione, dedotta in rapporto”, con la conseguenza che la novazione soggettiva, incidendo sull’oggetto dell’obbligazione, si traduce in realtà in una novazione oggettiva⁴⁶⁶.

Secondo questa tesi la novazione soggettiva è qualificata, più che dal mutamento dei soggetti del rapporto obbligatorio, da una modifica dell’oggetto dello stesso, poiché l’art. 1230 c.c. individua i mutamenti essenziali del rapporto in quelli dell’oggetto o del titolo, sempre che vi sia l’inequivoca volontà delle parti di estinguere l’obbligazione precedente. Ecco quindi che, qualora muti la sola persona del debitore, ma l’obbligazione rimanga invariata nell’oggetto o nel titolo, si ritiene che si produca una mera vicenda successoria⁴⁶⁷.

In ogni caso, i sostenitori di tale orientamento precisano che, nel momento in cui nell’obbligazione muti contemporaneamente la persona del debitore e un elemento di identificazione oggettivo, si avrà novazione e non successione particolare nel debito, posto che assume rilievo preminente il mutamento oggettivo rispetto a quello soggettivo⁴⁶⁸.

I dubbi interpretativi circa la natura estintiva o meramente successoria della novazione soggettiva passiva trovano la loro origine nella poco chiara formulazione dell’art. 1235 c.c.

La norma manifesta l’intento del legislatore del 1942 di dettare una disciplina che cancelli la distinzione tra modifica e novazione del rapporto, considerato che la delegazione, l’espromissione e l’accollo rappresentano gli unici istituti idonei a realizzare la sostituzione del debitore, a

⁴⁶⁶ Cfr. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall’adempimento*, cit., p. 166.

⁴⁶⁷ Cfr. DONATI, cit., p. 165 ss., in particolare 168; P. GRECO, voce *Delegazione*, in *Noviss. Dig. it.*, V, UTET, Torino, 1960, pp. 343 e 346; PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall’adempimento*, cit., p. 167.

⁴⁶⁸ Cfr. DONATI, cit., p. 168.

prescindere dal fatto che le norme per essi dettate si addicano meglio a un fenomeno di carattere novativo o modificativo⁴⁶⁹.

Si ricorda che in passato – in caso di liberazione del vecchio creditore a seguito di una dichiarazione espressa del creditore (artt. 1268, 1272, 1273 co. 2 c.c.) – si distingueva tra delegazione, espromissione e acollo privativi o novativi, a seconda che il rapporto obbligatorio si configurasse come una prosecuzione del precedente o come un rapporto completamente nuovo⁴⁷⁰.

L'origine della scelta del nuovo codice deve essere rinvenuta nella difficoltà di stabilire, nelle diverse fattispecie, se *“l'intento pratico delle parti si sia diretto a dare origine a una novazione soggettiva, ovvero a una successione del debito a titolo particolare, attesa la normale ignoranza delle parti stesse, sulla portata di istituti giuridici che, per di più, sono differenziati, in base a criteri tecnici di non facile comprensione e neppure di consistenza certa”*⁴⁷¹.

Alla luce del dettato codicistico, la dottrina maggioritaria ritiene che non ci sia più alcun interesse a distinguere la novazione dalla successione a titolo particolare, dal momento che la dichiarazione liberatoria resa dal

⁴⁶⁹ Cfr. E. MOSCATI, *I modi di estinzione tra surrogati dell'adempimento e vicende estintive liberatorie*, in *Trattato delle obbligazioni*, dir. da L. GAROFALO-M. TALAMANCA, III, *I modi di estinzione*, a cura di A. BURDESE-E. MOSCATI, CEDAM, Padova, 2008, pp. 16-17.

⁴⁷⁰ Cfr. W. BIGIAVI, *La delegazione*, CEDAM, Padova, 1940, p. 275, il quale specifica che “[...] altro è delegazione, altro è novazione, tant'è vero che ci può essere delegazione senza novazione e novazione senza delegazione”. Tuttavia, secondo l'A. è frequente la commistione tra i due concetti e anche il codice del 1865 non è coerente nella parte in cui regola *“in una medesima sezione (dal titolo «Della novazione») sia la novazione, sia la delegazione; presupponendo, anche nella delegazione, l'esistenza di almeno un debito”*.

⁴⁷¹ Cfr. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, cit., pp. 530-531; T. MANCINI, *L'espromissione*, in *Tratt. dir. priv.*, dir. da P. RESCIGNO, I, *Obbligazioni e contratto*, 9, UTET, Torino, 1984, p. 416, secondo cui la disputa tra novazione e successione ha comportato solo un notevole nocumento alla pratica delle relazioni giuridiche. Al riguardo, nella Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al Codice Civile del 1942, Istituto poligrafico dello Stato, Roma 1943, p. 124, n. 584, si legge che *“è probabile che in astratto siano abbastanza netti i criteri differenziali tra la novazione soggettiva per mutamento del debitore e la successione nel debito: ma è certo che voler ricollegare determinate conseguenze giuridiche agli accordi destinati a produrre novazione e conseguenze diverse a quelli destinati, sempre in ipotesi, a produrre successione nel debito, sarebbe stato rendere un pessimo servizio alla pratica, che in questa materia ha bisogno di un orientamento sicuro e possibilmente di facile comprensione”*.

creditore produce comunque per legge effetti quasi coincidenti con quelli di una novazione per quanto concerne il problema della sorte degli accessori e del regime delle eccezioni (artt. 1271 e 1275 c.c.)⁴⁷².

Difatti, in tutti i casi liberatori di delegazione, espromissione e accollo si estinguono le garanzie annesse al credito e, a prescindere dall'effetto cumulativo o liberatorio, il codice prevede un regime peculiare riguardante l'opponibilità delle eccezioni per ognuno dei diversi istituti⁴⁷³.

A sostegno della propria tesi, questa corrente dottrinale nega che la tradizionale distinzione tra novazione e successione possa avere ancora rilevanza quanto alla soluzione di alcune questioni, non prese in considerazione dal legislatore del 1942, quali il periodo di prescrizione del debito originario e di quello nuovo o la trasferibilità dei privilegi⁴⁷⁴.

In particolare, si è osservato che, nonostante il silenzio del codice, *“rileva in ogni caso la novità della causa dell’obbligo assunto dal terzo, di modo che il diritto del creditore dovrebbe essere sottoposto ad un nuovo termine di prescrizione ordinaria e non sarebbe più assistito dall’eventuale privilegio generale, a meno che le parti abbiano fatto espresso rinvio al rapporto di base”*⁴⁷⁵.

⁴⁷² Cfr. T. MANCINI, *La delegazione*, in *Tratt. dir. priv.*, dir. da P. RESCIGNO, I, *Obbligazioni e contratto*, 9, UTET, Torino, 1984, p. 407; RESCIGNO, voce *Delegazione*, in *Enc. Dir.*, IX, Giuffrè, Milano, 1962, pp. 934 e 980; GRECO, voce *Delegazione*, cit., p. 342 ss.; STOLFI, cit., p. 735; R. CORRADO, *Il trasferimento del debito*, in *Riv. dir. priv.*, 1943, p. 150 ss.; NOBILI, cit., p. 117 e 134 ss.; BUCCISANO, voce *Novazione*, cit., p. 2; DISTASO, cit., p. 526; M. ALLARA, *La teoria delle vicende del rapporto giuridico*, Giappichelli, Torino, 1950, p. 42 ss.; RESCIGNO, voce *Novazione*, cit., p. 432 ss.; S. RODOTÀ, voce *Espromissione*, in *Enc. dir.*, XV, Giuffrè, Milano, 1966, p. 789; MAGAZZÙ, voce *Novazione*, cit., pp. 782-783; F. PIRAINO, *Cessione del credito e modificazione del lato attivo dell’obbligazione*, in *Contratto e impresa*, 2012, p. 401 ss.

⁴⁷³ Cfr. RESCIGNO, voce *Debito (successione nel)*, cit., p. 192 ss.; BRECCIA, cit., p. 698.

⁴⁷⁴ Cfr. RESCIGNO, *Studi sull’accollo*, cit., p. 12, 135 ss., 162 ss.

⁴⁷⁵ Cfr. LAMBRINI, cit., p. 456; RESCIGNO, voce *Delegazione*, cit., p. 982, il quale aggiunge che *“non [vale] tra creditore e delegato la clausola compromissoria con la quale, nel contratto originario o in un contratto successivo stipulato tra creditore e debitore, si deferiva ad arbitri le «controversie nascenti» dal contratto e relative al debito assunto (art. 808 c.p.c.)”* e che *“il delegato non [può] sottrarsi all’adempimento invocando il pactum de non petendo (o il patto di non esigere la prestazione prima di un certo termine), stipulato tra creditore e debitore”*; RODOTÀ, voce *Espromissione*, cit., pp. 789-790; MAGAZZÙ, voce *Novazione*, cit., p. 783, nota 9.

È stato poi notato che, se il legislatore avesse voluto disciplinare il fenomeno della novazione soggettiva e non una mera successione nel debito, non avrebbe permesso alle parti di consentire alla permanenza delle garanzie originarie, e quindi al mantenimento dello stesso grado dell'ipoteca eventualmente concessa, ma avrebbe accordato al creditore la possibilità di ottenere l'accensione di nuove garanzie, di contenuto identico alle precedenti, ma con una nuova data di costituzione, e pertanto con un nuovo grado⁴⁷⁶.

Dal canto suo, la giurisprudenza esclude che la novazione soggettiva passiva costituisca una figura autonoma, bensì afferma che essa indichi soltanto l'effetto liberatorio eventualmente conseguente all'assunzione di un debito altrui⁴⁷⁷.

Al contrario, un diverso orientamento dottrinale, che si ritiene preferibile, sostiene che – sebbene il legislatore all'art. 1235 c.c. richiami istituti che realizzano una successione a titolo particolare nel debito – non sia senza conseguenze pratiche la distinzione tra novazione soggettiva passiva e successione nel debito.

Si pensi, ad esempio, alle ipotesi in cui le parti del rapporto originario abbiano stabilito la corresponsione degli interessi in misura ultralegale, oppure abbiano predisposto una clausola compromissoria o una clausola penale o un *pactum de non petendo*, o ancora al caso in cui l'esercizio del

⁴⁷⁶ Cfr. CORRADO, cit., pp. 154-155.

⁴⁷⁷ Cfr. Cass. 16 ottobre 2006, n. 22115, reperibile in www.dejure.giuffrè.it, ultimo accesso il 25 agosto 2017; Cass. 25 gennaio 1978, n. 337, in *Rep. Foro it.*, 1978, voce *Obbligazioni in genere*, n. 43, 1829; Cass. 14 dicembre 1974, n. 4277, in *Giur. it.*, 1976, I, 1, 690. In dottrina, v. in tal senso LAMBRINI, cit., p. 455; MAGAZZÙ, voce *Novazione*, cit., p. 782; ZACCARIA, voce *Novazione*, cit., p. 282. Secondo GRECO, voce *Delegazione*, cit., p. 332, “[...] se si dovesse prendere alla lettera il titolo dell’art. 1235 e soprattutto se si potesse attribuirgli di per sé un valore normativo” parrebbe “che esso dica: la novazione soggettiva è quella in cui per delegazione, espromissione od accollo, il debitore originario venga sostituito con un altro, e rimanga con ciò liberato”.

diritto nascente dal rapporto originario sia sottoposto ad un termine di prescrizione abbreviato⁴⁷⁸.

In tali casi, mancando un parametro normativo idoneo ad individuare la sorte delle predette pattuizioni in caso di sostituzione del soggetto passivo del rapporto, poiché il legislatore si è preoccupato soltanto del regime delle eccezioni e delle garanzie, occorre indagare la ricorrenza o meno dell'intento novativo delle parti al fine di stabilire se, una volta liberato l'originario debitore, quello nuovo sia tenuto a corrispondere gli interessi convenzionali originariamente previsti, se possa beneficiare del *pactum de non petendo* o del più breve termine di prescrizione e così via⁴⁷⁹.

Se l'indagine circa la reale volontà delle parti non riveli la loro intenzione, si deve propendere per la successione, perché *“la novazione ha scarsa ragione d'essere in un ordinamento che ammetta la trasmissibilità degli obblighi”*, considerato che di regola i privati sono più inclini a conservare i rapporti giuridici piuttosto che a modificarli⁴⁸⁰.

La distinzione tra l'effetto novativo o meramente successorio scaturente dalla liberazione del debitore originario rileva anche sul piano processuale, considerato che la novazione lascia estraneo il nuovo debitore dalla vicenda processuale del debito novato, anche se iniziata anteriormente

⁴⁷⁸ Cfr. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, cit., p. 529; ROLLI, *L'espromissione e la liberazione del debitore originario*, cit., pp. 102 e 117; STOLFI, cit., p. 735 ss.; POMPILIO, cit., p. 272; BRECCIA, cit., pp. 817 e 819.

⁴⁷⁹ Per ulteriore approfondimenti cfr. ROLLI, *L'espromissione e la liberazione del debitore originario*, cit., p. 117 ss.; ID., *La delegazione*, cit., p. 799 ss.; MANCINI, *L'espromissione*, cit., pp. 416-417; R. CICALA, voce *Accollo*, in *Enc. dir.*, I, Giuffrè, Milano, 1958, p. 286; STOLFI, cit., pp. 736 e 739; DI PRISCO, cit., p. 285, secondo cui *“il contenuto dei negozi giuridici si commisura all'intenzione delle parti, le quali possono volere la delegazione o l'espromissione o l'accollo sia novativi che privativi [...]”*.

⁴⁸⁰ Cfr. STOLFI, cit., p. 739, il quale – a sostegno della propria argomentazione – precisa che *“[...] siccome il codice vigente non ha riprodotto né l'art. 1271 né l'art. 1276, n. 2, con cui il legislatore del 1865 presumeva la novazione ogni volta che il nuovo debitore prendesse il posto di un altro, mi sembra ovvio che il mutamento dell'obbligo debba risultare dalla volontà chiaramente espressa dalle parti, e non debba invece argomentarsi dalle circostanze più o meno convincenti del caso”*.

alla novazione. Ne discende che la sentenza pronunciata nei confronti del debitore originario non è opponibile al nuovo debitore⁴⁸¹.

Al contrario, la successione nel debito espone il cessionario agli effetti del processo che abbia ad oggetto il debito, anche se il processo sia stato instaurato prima della cessione, trattandosi di un'ipotesi di successione a titolo particolare nella posizione giuridica controversa. Il cessionario può quindi intervenire ed essere chiamato nel processo, mentre il cedente – se le altre parti vi consentono – può esserne estromesso (art. 111 co. 3 c.p.c.). La sentenza pronunciata nei confronti del cedente ha comunque effetto nei confronti del cessionario (art. 111 co. 4 c.p.c.)⁴⁸².

Alla luce di queste considerazioni, deve affermarsi che l'accoglimento da parte del legislatore del 1942 della successione particolare nel rapporto obbligatorio non comporta necessariamente l'esclusione della novazione soggettiva passiva, potendo entrambi gli istituti coesistere all'interno dell'ordinamento.

È sì vero che la successione è uno strumento più agile della novazione soggettiva per realizzare la modifica del soggetto passivo, ma questa non sempre risponde agli interessi delle parti, potendo nel singolo caso l'effetto novativo meglio attagliarsi alle esigenze dei contraenti⁴⁸³.

Le parti sono dunque libere di provvedere come meglio credono alla definizione dei propri interessi e inferire una volontà novativa o meramente successoria circa le sorti del rapporto originario.

È chiaro che l'istituto della novazione soggettiva passiva richiede la necessaria partecipazione del terzo che assume il debito, dovendo le parti

⁴⁸¹ Cfr. R. ROLLI, *La delegazione*, in *Le obbligazioni*, I, *L'obbligazione in generale*, a cura di M. FRANZONI, UTET, Torino, 2004, p. 800; ID., *L'espromissione e la liberazione del debitore originario*, cit., p. 120; BIANCA, *L'obbligazione*, cit., p. 627.

⁴⁸² *Ibidem*.

⁴⁸³ Cfr. ROLLI, *L'espromissione e la liberazione del debitore originario*, cit., p. 103.

manifestare espressamente l'intento di estinguere il rapporto precedente e di costituire un nuovo rapporto tra soggetti diversi⁴⁸⁴.

Da quanto premesso, risulta che – perché si possa parlare correttamente di novazione soggettiva passiva – non basta la liberazione del debitore originario, ma “è necessario che le parti si accordino espressamente per l'estinzione del precedente rapporto obbligatorio e la costituzione di una nuova obbligazione diversa rispetto a quella originaria nella persona del debitore”⁴⁸⁵.

A conferma di quanto detto sovviene la Relazione al Re, in cui viene precisato che l'intento del legislatore è stato quello di dare una disciplina uniforme alla sorte delle garanzie annesse al debito e alla opponibilità delle eccezioni “comunque si voglia giuridicamente qualificare il fenomeno della liberazione del debitore originario con sostituzione di un nuovo debitore”⁴⁸⁶.

Inoltre, si consideri che l'utilizzo da parte del legislatore nella rubrica dell'art. 1235 c.c. di un termine dal preciso significato tecnico quale quello di novazione esprime la volontà di ascrivere anche la novazione per mutamento del soggetto del rapporto obbligatorio alla fattispecie novativa⁴⁸⁷.

Elemento indefettibile di ogni fattispecie novativa, e quindi anche della novazione soggettiva, è l'*animus novandi*, che differenzia la novazione dagli accordi semplicemente modificativi⁴⁸⁸. Non occorre invece

⁴⁸⁴ Cfr. CAPUTO, cit., p. 827; BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, I, Giuffrè, Milano, 1963, pp. 331-332, secondo cui “è ammessa tanto la novazione che la successione nel debito, a seconda del contenuto del contratto”; BRECCIA, cit., p. 817.

⁴⁸⁵ Cfr. MOSCATI, cit., p. 17.

⁴⁸⁶ Cfr. Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al Codice Civile del 1942, cit., p. 124, n. 584.

⁴⁸⁷ Cfr. ROLLI, *L'espromissione e la liberazione del debitore originario*, cit., p. 106.

⁴⁸⁸ *Ivi*, p. 105 ss.

che ogni ipotesi di novazione, anche soggettiva, necessiti del mutamento di almeno uno degli elementi di identificazione oggettivi del rapporto⁴⁸⁹.

Deve piuttosto riconoscersi che il soggetto, al pari dell'oggetto, sia un elemento essenziale del rapporto obbligatorio, e non meramente secondario, con la conseguenza che una sua modifica, se sorretta dall'*animus novandi*, è sufficiente a determinare una novazione.

3.3.2. La novazione soggettiva attiva nella portabilità

Se la novazione soggettiva passiva viene regolata dalla norma di rinvio di cui all'art. 1235 c.c., nessuna norma è dedicata alla novazione soggettiva attiva (o per mutamento del creditore), che era invece prevista dal codice civile del 1865 all'art. 1267⁴⁹⁰.

La ragione che spiega perché la novazione soggettiva attiva fosse disciplinata nel codice abrogato risiede nel fatto che a quell'epoca le obbligazioni erano considerate intrasmissibili a titolo particolare, e quindi l'unico modo per sostituire il creditore o il debitore era proprio quello di costituire una nuova obbligazione estintiva della precedente⁴⁹¹.

L'istituto della novazione soggettiva ha iniziato a perdere importanza quando è stata ammessa prima la cedibilità dei crediti e poi anche la successione nel debito a titolo particolare⁴⁹².

⁴⁸⁹ *Ivi*, p. 112.

⁴⁹⁰ Ai sensi dell'art. 1267 del codice civile del 1865, che riecheggiava l'art. 1271 del *code civil* francese, "la novazione ha luogo in tre maniere: 1. Quando il debitore contrae verso il suo creditore un nuovo debito, il quale viene sostituito all'antico, che rimane estinto; 2. Quando un nuovo debitore è sostituito all'antico, il quale viene liberato dal creditore; 3. Quando in forza di una nuova obbligazione un nuovo creditore viene sostituito all'antico, verso cui il debitore rimane liberato".

⁴⁹¹ Cfr. LAMBRINI, cit., p. 453 ss.

⁴⁹² *Ivi*, p. 454. Cfr. anche W. BIGIAMI, *Novazione e successione particolare nel debito*, in *Dir. e prat. Comm.*, 1942, pp. 79-80 secondo cui "ove l'ordinamento giuridico ammetta la successione particolare nel debito, esso deve spingere in secondo piano la novazione o non prevedendola affatto (il che non esclude che essa sia ammissibile per volontà delle parti) o prevedendo la sola novazione oggettiva [...]. Anche in quest'ultimo caso non è escluso che le parti possano, se così vogliono, ricorrere ad una novazione soggettiva. In nessun caso, invece, bisogna dare la preminenza alla novazione e rinviare ad essa per il regolamento della successione. Infatti, una volta riconosciuta la successione particolare nel

Difatti, il codice del 1942 dedica al fenomeno della sostituzione del creditore soltanto gli istituti di carattere modificativo – destinati cioè a realizzare la successione nel rapporto – della cessione del credito e del pagamento con surrogazione, mentre manca qualsiasi accenno alla novazione soggettiva attiva. Ciò in quanto, nella convinzione del legislatore codicistico, solo le modificazioni dell’oggetto o del titolo dell’obbligazione sono in grado di giustificare l’estinzione dell’obbligazione originaria⁴⁹³.

La Relazione al Codice civile spiega l’assenza di una puntuale disciplina normativa facendo riferimento, non ad una presunta volontà di escludere l’ammissibilità della novazione soggettiva attiva, bensì al fatto che la stessa è stata ritenuta marginale, in quanto “*il mutamento del creditore si realizza normalmente per la via diretta della cessione*”⁴⁹⁴.

Analogamente, la giurisprudenza ha rilevato che l’istituto non è regolato dal codice vigente perché “*la finalità economico-negoziale della novazione può essere assolta dalla cessione del credito [...] o dalla cessione del contratto, [che] consentono di operare la sostituzione dal lato*

debito, è questa che deve presumersi, perché essa risponde senz’ombra di dubbio all’intento normalmente prefissosi dalle parti [...]”.

⁴⁹³ Cfr. MOSCATI, cit., p.16. Questa convinzione è supportata anche da una parte autorevole della dottrina (PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall’adempimento*, cit., p. 164 ss.; ID., *Manuale di diritto civile*, 5^a ed., ESI, Napoli, 2005, p. 66; GENGHINI-APICELLA, cit., pp. 332-333; NOBILI, cit., p. 134), ad avviso della quale, quando cambia il creditore, non si produce alcuna alterazione del rapporto giuridico, o meglio, non si produce l’estinzione del rapporto originario e la costituzione di un nuovo rapporto, ma si ha soltanto una successione nel credito. Il mutamento del soggetto creditore non dà luogo ad un mutamento del rapporto giuridico e, pertanto, ad una novazione, perché il soggetto non viene considerato un elemento essenziale e qualificante del rapporto, ma solo il titolare di una delle situazioni giuridiche soggettive di cui il rapporto consta. Più precisamente, si afferma che il rapporto giuridico non deve essere inteso come una relazione tra soggetti, bensì tra situazioni soggettive, le quali possono essere “*momentaneamente senza soggetto o anche priv[e] di [un] soggetto determinabile a priori*”. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione dell’obbligazione diversi dall’adempimento*, cit., p. 35, specifica che, “*qualora il soggetto facesse parte della definizione strutturale del rapporto giuridico, e del rapporto obbligatorio in particolare, si dovrebbe anche ammettere che ogni volta che cambia il soggetto il rapporto si estingue, nel senso che il rapporto è cambiato, modificato in uno di quegli elementi caratterizzanti, qualificanti, in uno degli elementi cioè che consentivano la sua identificazione*”. E ciò comporterebbe una vicenda estintiva, accompagnata semmai da una nuova vicenda costitutiva.

⁴⁹⁴ Cfr. Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al Codice Civile del 1942, cit., p. 124, n. 584; ZACCARIA, voce *Novazione*, cit., p. 282.

soggettivo attivo del titolare di un rapporto negoziale con la liberazione del precedente destinatario della prestazione”⁴⁹⁵.

Si pone sulla stessa scia della giurisprudenza anche la dottrina maggioritaria, la quale sostiene che – a causa del silenzio del legislatore – la novazione soggettiva attiva non possa trovare alcuno spazio applicativo nel nostro ordinamento giuridico⁴⁹⁶.

Tale istituto viene ritenuto superfluo anche in considerazione del concreto modo di operare degli interessi dei privati, i quali – almeno di regola – preferiscono conservare i rapporti obbligatori piuttosto che estinguerli, quando non sia realizzato od esaurito l’interesse che ne ha causato la costituzione. Anzi, essi tendono non solo a conservare questi rapporti, bensì a conservarli insieme alle garanzie, alle difese e ad ogni altro elemento accessorio che serva a rafforzare il vincolo⁴⁹⁷.

È proprio per venire incontro alle esigenze dei privati che si reputa che il codice abbia disciplinato, al posto della novazione soggettiva attiva, l’istituto – molto diffuso nella pratica – della cessione del credito, disciplinata agli artt. 1260 ss. c.c., che assicura, con il passaggio del credito, anche il trasferimento dei privilegi, delle garanzie e degli altri accessori (art. 1263 c.c.).

In quest’ottica, la novazione soggettiva attiva è vista come una figura “*esorbitante rispetto al concreto atteggiarsi degli interessi*”, e quindi “*di fatto estranea alla pratica degli affari*”⁴⁹⁸.

Tuttavia, l’orientamento in base al quale la novazione soggettiva attiva non sarebbe più ammissibile alla luce della disciplina della cessione del

⁴⁹⁵ Cfr. Cass. 12 gennaio 1973, n. 105, in *Giust. civ.*, 1973, I, 1223.

⁴⁹⁶ Cfr. BUCCISANO, voce *Novazione*, cit., pp. 1 e 2; LAMBRINI, cit., p. 456; MOSCATI, cit., p. 16, ritiene che “*l’attuale disciplina della cessione del credito ha tolto ogni spazio alla novazione soggettiva attiva*”; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, cit., p. 532; CAPUTO, cit., p. 825; GENGHINI-APICELLA, cit., pp. 332-333; DONATI, cit., p. 94 ss.; NOBILI, cit., pp. 133-134.

⁴⁹⁷ Cfr. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, cit., p. 637.

⁴⁹⁸ Cfr. BUCCISANO, voce *Novazione*, cit., p. 2.

credito non merita di essere condiviso, considerato che tra i due istituti persistono rilevanti differenze.

In primo luogo, la cessione – come peraltro è stato già evidenziato nel capitolo precedente – comporta il semplice trasferimento del rapporto ad un altro soggetto, mentre alla novazione consegue l'estinzione del rapporto preesistente e la costituzione di uno nuovo.

In altri termini, nella novazione cade il fascio delle situazioni giuridiche facenti parte nell'originario diritto di credito, salva diversa disposizione di legge o volontà delle parti, mentre nella cessione tutte le situazioni giuridiche preesistenti si conservano e si trasferiscono al nuovo titolare del diritto⁴⁹⁹.

Inoltre, se nella cessione del credito il debitore può opporre al cessionario le stesse eccezioni che avrebbe potuto opporre al cedente, dal momento che egli non ha diritti o doveri maggiori o diversi da quelli che aveva nei confronti del creditore originario, al contrario nella novazione il debitore, di regola, non può opporre al nuovo creditore le eccezioni che avrebbe potuto opporre a quello precedente, in quanto il nuovo creditore è titolare di un credito nuovo e diverso da quello del creditore dell'originario rapporto⁵⁰⁰.

In particolare, nella novazione soggettiva attiva, *“l'inesistenza dell'obbligazione originaria è opponibile ai sensi dell'art. 1234 c.c., mentre è assai dubbia l'opponibilità dell'eccezione di prescrizione. Quest'ultima eccezione è ammessa da alcuni autori solo ove il debitore, al momento della novazione, non sia a conoscenza della sua avvenuta maturazione, presumendosi, in caso contrario, una rinuncia ad*

⁴⁹⁹ Cfr. V. PANUCCIO, voce *Cessione dei crediti*, cit., p. 850.

⁵⁰⁰ Cfr. G. FINAZZI, *La cessione del credito*, in *Trattato delle obbligazioni*, dir. da L. GAROFALO-M. TALAMANCA, *La circolazione del credito*, I, a cura di R. ALESSI-V. MANNINO, CEDAM, Padova, 2008, pp. 1057-1058.

avvalersene”, mentre, “*da altri, è esclusa in generale, sulla base della considerazione che la prescrizione non estingue il diritto, ma paralizza l’azione del creditore*”⁵⁰¹.

Si consideri poi che, mentre l’art. 1263 c.c. prevede il trasferimento al cessionario degli accessori del credito, nella novazione i privilegi, il pegno e le ipoteche si estinguono, salvo patto contrario tra le parti. Ciò si desume dall’art. 1232 c.c., che, sebbene sia dettato con riferimento alla novazione oggettiva, ben può estendersi ad ogni tipo di novazione, essendo tale norma connessa al fatto che l’obbligazione preesistente si estingue e ne sorge una nuova⁵⁰². In ogni caso, alla novazione soggettiva attiva sarebbe applicabile l’art. 1275 c.c., secondo il quale le garanzie del credito si estinguono, a meno che colui che le abbia prestate non consenta a mantenerle⁵⁰³.

Al contrario, si ritiene che alla novazione soggettiva non possa essere applicata la disciplina della cessione concernente la garanzia dell’esistenza del credito e quella della solvenza del debitore, previste dagli artt. 1266 e 1267 c.c., dovendo il creditore originario rispondere nei confronti del nuovo creditore secondo la disciplina generale della responsabilità per dolo o colpa⁵⁰⁴.

È opportuno puntualizzare che la novazione soggettiva attiva deve essere tenuta distinta pure da una eventuale cessione del credito trilaterale, anch’essa caratterizzata dalla partecipazione al negozio delle parti del preesistente rapporto obbligatorio e del soggetto destinato ad assumere la posizione di creditore.

⁵⁰¹ Sul punto v. FINAZZI, cit., p. 1057, la quale aggiunge che “*l’eccezione di annullamento dell’obbligazione novata è [...] opponibile, a meno che il debitore abbia concluso la novazione conoscendo il vizio della precedente obbligazione, ai sensi dell’art. 1234 comma 2*”.

⁵⁰² Cfr. *Ivi*, pp. 1059-1060.

⁵⁰³ Cfr. RESCIGNO, voce *Delegazione*, cit., p. 932.

⁵⁰⁴ Cfr. FINAZZI, cit., p. 1060.

Più precisamente, una parte della dottrina reputa che l'art. 1260 co. 1 c.c. – nel prevedere che la cessione possa avvenire anche senza il consenso del debitore – ammetta implicitamente la possibilità che il debitore ceduto possa intervenire come parte del negozio di cessione, insieme al cedente e al cessionario, dando il proprio consenso e contribuendo al suo sorgere⁵⁰⁵.

In particolare, questa opinione sostiene che il debitore ben possa partecipare alla cessione, quale autonomo centro di interessi, e dunque quale parte di un negozio giuridico plurilaterale, qualora concorra alla determinazione del contenuto del negozio di cessione, proponendo al cedente e al cessionario un particolare assetto di interessi (es. la variazione del luogo e del tempo dell'adempimento originariamente stabiliti, l'accollo, da parte del cedente o del cessionario, di eventuali maggiori spese, un nuovo patto d'incapacità, un corrispettivo per l'assenso)⁵⁰⁶.

La partecipazione del debitore assume un rilievo primario perché realizza una fattispecie di per sé idonea a produrre immediatamente la modificazione del rapporto obbligatorio preesistente nei confronti dello stesso debitore ceduto⁵⁰⁷.

Tuttavia, è dubbio se l'eventuale partecipazione del debitore al negozio integri un vero e proprio consenso, e quindi una modificazione della struttura soggettiva del contratto, con la conseguente assunzione della qualifica di parte, o, più semplicemente, un'accettazione contestuale della cessione avvenuta tra cedente e cessionario, simile, anche per gli effetti,

⁵⁰⁵ Cfr. *Ivi*, p. 121; PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, cit., p. 61 ss.; ID., voce *Cessione dei crediti*, in *Enc. giur. Treccani*, IV, Roma, 1988, p. 6; V. MANNINO, *Cessione del credito e novazione soggettiva dal lato attivo*, in *Riv. dir. civ.*, II, 2008, p. 707 ss.; S. SOTGIA, *Apparenza giuridica e dichiarazioni alla generalità*, Soc. ed. *Foro it.*, Roma, 1930, pp. 57-58; ID., voce *Cessione di crediti e di altri diritti (dir. civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, III, UTET, Torino, 1959, p. 157; MESSINEO, *Manuale di dir. civ. e comm.*, II, parte II, cit., p. 189; ID., *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, cit., pp. 247 e 250; ID., *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, 9^a ed., Giuffrè, Milano, 1957, pp. 464, 465 e 467; MICCIO, cit., p. 350.

⁵⁰⁶ Cfr. PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, cit., pp. 67-71; ID., *Manuale di diritto civile*, 6^a ed., cit., p. 269; FINAZZI, cit., pp. 129-130; MANNINO, cit., p. 711 ss.

⁵⁰⁷ Cfr. M. CANTILLO, *La cessione dei crediti*, in *Le obbligazioni*, III, *Giurisprudenza sistematica di dir. civ. e comm.*, fondata da W. BIGIAMI, UTET, Torino, 1992, pp. 1117-1118.

all'accettazione, normalmente successiva alla cessione, alla quale l'art. 1264 c.c. ricollega l'integrazione dell'efficacia della cessione nei confronti del debitore ceduto e l'art. 1265 c.c., ove sia assistita da una data certa anteriore, la prevalenza nel conflitto tra cessionari dello stesso credito.

Una parte della dottrina afferma che il consenso del debitore ceduto, qualora sia diretto ad eliminare un ostacolo al trasferimento del credito (si pensi alle ipotesi di divieto pattizio di cessione o a quelle di incedibilità legale del credito previste nell'esclusivo interesse del debitore⁵⁰⁸) rappresenti – non la manifestazione di volontà di una delle parti del negozio di cessione – bensì un atto autorizzativo, contestuale alla cessione⁵⁰⁹, o un elemento distinto che costituisce con il negozio di cessione del credito, una “*unità continuativa in legale di sequenza*”⁵¹⁰, o ancora un negozio autorizzativo successivo ed autonomo⁵¹¹.

Più precisamente, è stata criticata la scelta di qualificare un atto negoziale o di attribuire diversa natura ad esso in base ad un elemento accidentale ed eccezionale, qual è la partecipazione del debitore⁵¹². Senza contare che l'unica conseguenza che deriva dalla presenza del debitore è quella risultante dall'art. 1248 c.c., per cui il debitore che ha accettato puramente e semplicemente la cessione non può opporre al cessionario la compensazione che avrebbe potuto opporre al cedente⁵¹³. Ma si tratta di un effetto – connesso peraltro anche all'accettazione compiuta con atto

⁵⁰⁸ Per maggiori approfondimenti cfr. FINAZZI, cit., p. 122.

⁵⁰⁹ Cfr. BIANCA, *Il debitore e i mutamenti del destinatario del pagamento*, cit., p. 314 ss.; ID., *L'obbligazione*, cit., p. 581.

⁵¹⁰ Cfr. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. italiano*, dir da F. VASSALLI, vol. XV, t. 2, 2^a ed., UTET, Torino, 1960, p. 580.

⁵¹¹ Cfr. G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Giuffrè, Milano, 1969, p. 85 ss.; C. DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Jovene, Napoli, 1972, p. 95 ss.

⁵¹² Cfr. TRIMARCHI, *Atto giuridico e negozio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1940, p. 109 ss., in particolare nota 30, secondo cui non “[...] sembra possibile che un medesimo atto, nella specie la cessione dei crediti, abbia una struttura nella normalità dei casi, nei quali l'intervento del debitore ceduto rimane estraneo all'atto già perfezionatosi, ed un'altra nel caso eccezionale [...]” in cui il debitore interviene accettando. V. anche PANUCCIO, voce *Cessione dei crediti*, cit., p. 848.

⁵¹³ Cfr. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, II, parte II, cit., p. 190.

separato – derivante direttamente dalla legge, e non dall'atto negoziale qualificato dalla presenza del debitore, e che quindi non ha una rilevanza tale da giustificare la necessità di una costruzione dualistica del negozio di cessione del credito⁵¹⁴.

Pare dunque corretta l'opinione di chi non trova alcuna giustificazione per definire la cessione del credito come un negozio plurilaterale, proprio perché la presenza del debitore non comporta alcuna apprezzabile conseguenza sull'efficacia del negozio, ma gli effetti sono gli stessi che si verificano per la cessione notificata al debitore o da lui conosciuta.

L'eventuale accettazione del debitore, espressa con la sua partecipazione al contratto di cessione del credito, non rileva come manifestazione di volontà diretta a produrre la cessione, bensì come dichiarazione di conoscenza della medesima, per gli effetti di cui all'art. 1264 c.c.⁵¹⁵

Anche la giurisprudenza pare orientata ad escludere la configurabilità di un negozio di cessione trilaterale, dal momento che esclude che il disposto dell'art. 1264 c.c. interferisca con il principio dell'efficacia immediatamente traslativa della cessione tra cedente e cessionario, come ricavabile dall'art. 1260 c.c.⁵¹⁶.

Inoltre, prevale l'idea che l'art. 1264 c.c. trovi la sua giustificazione nella mera esigenza di salvaguardare la posizione del debitore, non potendo incidere sull'immediata legittimazione del cessionario a pretendere la prestazione.

⁵¹⁴ Cfr. PANUCCIO, voce *Cessione dei crediti*, cit., p. 846 ss.; ID., *La cessione volontaria dei crediti nella teoria del trasferimento*, cit., p. 13. *Contra*, PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, cit., pp. 71-72, che sottolinea invece la rilevanza degli effetti derivanti dalla partecipazione del debitore ceduto alla cessione.

⁵¹⁵ Cfr. PERLINGIERI, voce *Cessione dei crediti*, cit., p. 7.

⁵¹⁶ Cfr. Cass. 19 giugno 2001, n. 8333, in *Giust. civ.*, 2002, I, 2875; Cass. 10 novembre 1992, n. 12091, in *Dir. fall.*, 1993, II, 291; Cass. 7 febbraio 1989, n. 761, in *Foro it.*, 1989, I, 1837.

Ad avviso della giurisprudenza, dunque, l'accettazione e la notificazione al debitore rilevano, non per il perfezionamento del negozio, ma al diverso fine dell'efficacia della cessione nei suoi confronti⁵¹⁷.

Invero, l'estraneità strutturale del debitore alla cessione del credito discenderebbe anche dall'assenza di uno specifico interesse del medesimo a trovarsi obbligato nei confronti di un soggetto anziché di un altro⁵¹⁸.

In ogni caso, la cessione del credito, qualora sia ammessa la partecipazione del debitore ceduto, non realizza una novazione soggettiva, ma una mera successione dal lato attivo dell'obbligazione⁵¹⁹. Anche a voler ammettere la cessione del credito trilaterale, non vi sarebbe una rilevante differenza di effetti rispetto alla cessione bilaterale⁵²⁰.

Al contrario, nella novazione soggettiva attiva l'originario creditore, il debitore e il nuovo creditore vogliono estinguere l'obbligazione esistente tra il primo ed il secondo, sostituendovi una nuova obbligazione, costituita tra il secondo e il terzo. Di conseguenza, il nuovo creditore non succede nel credito vantato al creditore originario, ma diviene titolare di un nuovo credito, fondato su un titolo autonomo.

⁵¹⁷ Cfr. Cass. 15 novembre 1984, n. 5786, in *Foro it.*, 1985, I, 1384; Cass. 17 ottobre 1977, n. 4432, in *Giur. it.*, 1978, I, 1, 267.

⁵¹⁸ Cfr. Cass. 12 maggio 1990, n. 4077, in *Giust. civ. Mass.*, 1990; Cass. 16 giugno 1979, n. 3400, in *Giur. it.*, 1980, I, 1, 80; Cass. 20 novembre 1975, n. 3887, in *Giur. it.*, 1977, I, 126; Cass. 13 novembre 1973, n. 3004, in *Giur. it.*, 1974, I, 309; Cass. 28 novembre 1961, n. 2737, in *Giust. civ.*, 1962, I, 1118. In dottrina, cfr. CANTILLO, *La cessione dei crediti*, cit., p. 1119; BRECCIA, cit., p. 778.

⁵¹⁹ Cfr. FINAZZI, cit., pp. 1053-1054; PIRAINO, *Cessione del credito e modificazione del lato attivo dell'obbligazione*, cit., p. 401 ss. *Contra* MANNINO, cit., p. 718 ss., ad avviso del quale "cedente, cessionario e debitore [possono] concludere una cessione del credito trilaterale in attuazione di una novazione soggettiva dal lato attivo". È bene però sottolineare che l'A., sebbene parli di novazione soggettiva attiva, in realtà imputa alla cessione del credito trilaterale gli stessi effetti di una normale cessione tra cedente e cessionario, giacché esclude l'applicazione dell'art. 1232 c.c. in forza dell'art. 1263 co. 1 c.c., mentre ritiene applicabile gli artt. 1266 e 1267 c.c. E' lo stesso A. a precisare che "in definitiva, [...] nella cessione del credito realizzata per attuare una novazione soggettiva dal lato attivo risultano meglio specificate, reciprocamente, le posizioni giuridiche riconducibili al cedente, al cessionario e al debitore ceduto, come soggetti portatori di differenti interessi, dei quali si realizza una convergenza nel contratto di riferimento al momento della sua confezione".

⁵²⁰ Cfr. PANUCCIO, *La cessione volontaria dei crediti nella teoria del trasferimento*, cit., p. 13. Per maggiori approfondimenti cfr. FINAZZI, cit., p. 130 ss.

Ecco quindi che, per determinare se sia integrata una cessione del credito trilaterale o una novazione soggettiva attiva, occorre analizzare sia la volontà delle parti – e cioè se esse abbiano voluto trasferire il credito dal precedente al nuovo creditore o estinguerlo in capo al primo e farne sorgere uno nuovo in capo al secondo – sia la presenza di una *causa novandi*, cioè di un interesse comune delle parti ad estinguere l'obbligazione originaria sostituendo ad essa una nuova⁵²¹.

Ovviamente, oltre che dalla cessione del credito, la novazione soggettiva attiva differisce anche dalla surrogazione per pagamento, la quale – come è stato analizzato nel capitolo precedente – al pari dell'istituto previsto dagli artt. 1260 ss. c.c., deve essere annoverata tra le vicende modificative e non estintive dell'obbligazione.

Si consideri infatti che, mentre la surrogazione si compie con l'intervento di due persone e trasferisce, immutato, il diritto del creditore, nei limiti della somma versata, dal surrogante al surrogato, il quale non acquista un diritto nuovo ma lo stesso diritto che possedeva il precedente titolare, al contrario la novazione esige l'intervento del debitore, del terzo e del creditore originario, proprio perché comporta l'estinzione dell'obbligazione originaria nonché di tutti i suoi accessori, e la nascita di una nuova obbligazione.

Sulla base di quanto premesso, è evidente come la posizione del nuovo creditore sia più vantaggiosa rispetto a quella del cessionario o del terzo surrogato perché questi subiscono appunto le eccezioni che il debitore ceduto avrebbe potuto opporre al creditore originario, mentre, il nuovo creditore nella novazione soggettiva attiva vi è immune.

Inoltre, mentre la cessione e la surrogazione escludono mutamenti qualitativi del credito, che presso il terzo deve conservare il contenuto

⁵²¹ Cfr. FINAZZI, cit., p. 1055.

originario, al contrario, attraverso il meccanismo della novazione soggettiva attiva, il debitore può vincolarsi in favore del nuovo creditore ad un'obbligazione anche diversa qualitativamente da quella di base che legava il debitore al creditore originario, cumulando in tal caso la novazione soggettiva attiva ed una novazione oggettiva⁵²².

Al riguardo, deve sottolinearsi che, secondo la giurisprudenza costante, l'apposizione o l'eliminazione di un termine non comportano novazione, sia che si tratti di un termine di adempimento sia che si tratti di un termine di durata, dal momento che l'art. 1231 c.c. non distingue un termine dall'altro⁵²³. Allo stesso modo, non integra novazione l'accordo con cui le parti regolano semplicemente le modalità relative all'esecuzione dell'obbligazione preesistente, senza alterarne l'oggetto o il titolo, avendo il nuovo negozio per oggetto soltanto modificazioni accessorie *ex art. 1231 c.c.*⁵²⁴.

Né comporta novazione oggettiva l'incremento del debito originario nell'importo o nel tasso di interesse pattuito oppure la modifica della scadenza o delle garanzie accessorie⁵²⁵.

Alla luce delle considerazioni che precedono, volte a svelare le peculiarità della novazione soggettiva attiva rispetto agli altri istituti di carattere modificativo, destinati a realizzare una successione nel rapporto, si ritiene fondata l'opinione di una parte minoritaria della dottrina, la quale esclude che il silenzio del codice impedisca la novazione dell'obbligazione per mutamento del creditore⁵²⁶.

⁵²² Cfr. M. ANDREOLI, *La delegazione*, CEDAM, Padova, 1937, p. 238.

⁵²³ Cfr. Cass. 8 novembre 1984, n. 5651, in *Dir. lav.*, 1985, II, 409.

⁵²⁴ Cfr. Cass. 6 agosto 1983, n. 5279, in *Giust. civ. Mass.*, 1983.

⁵²⁵ *Contra* GALGANO, *Le obbligazioni e i contratti*, cit., p. 125.

⁵²⁶ Cfr. RESCIGNO, voce *Delegazione*, cit., p. 980; DI PRISCO, cit., p. 289; BRECCIA, cit., p. 699; CANTILLO, *La novazione*, cit., p. 887, secondo cui “[...] l'esercizio dei poteri di autonomia negoziale [...] è coerente con il principio di trasmissibilità della posizione creditoria, di cui è espressione appunto l'istituto della cessione del credito”; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e*

Non vi è infatti alcun indice normativo espressamente contrario alla possibilità di realizzare una novazione soggettiva attiva, anzi, ai sensi dell'art. 1322 co. 2 c.c., le parti ben possono concludere contratti atipici, purché diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela⁵²⁷.

Più precisamente, la volontà novativa delle parti, se inequivoca, produce di per sé novazione, senza la necessità che l'oggetto o il titolo della nuova obbligazione siano diversi dall'oggetto o dal titolo del rapporto precedente⁵²⁸.

Nonostante il silenzio della legge, deve quindi riconoscersi che, attraverso il consenso del terzo, sia possibile, anche tacitamente, dar vita ad una novazione soggettiva attiva, con la nascita – al posto dell'obbligazione originaria – di una nuova obbligazione, la quale “è nuova unicamente perché, rispetto alla precedente, presenta un diverso creditore”⁵²⁹.

In tal caso, l'atto avrà efficacia interruttiva della prescrizione e verranno meno le garanzie accessorie del credito, comprese quelle prestate da terzi, in quanto costituite per un rapporto obbligatorio ormai estinto, a meno che le parti concordemente esprimano una diversa volontà o a tale

commerciale, II, parte II, cit., p. 404; ZACCARIA, voce *Novazione*, cit., p. 282. In giurisprudenza, cfr. Cass. 4 giugno 1962, n. 1336, cit.

⁵²⁷ Cfr. ZACCARIA, voce *Novazione*, cit., p. 282; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, cit., p. 264; FINAZZI, cit., p. 1051; SPANGARO, cit., p. 471.

⁵²⁸ Cfr. G. DORIA, *La novazione dell'obbligazione*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, dir. da A. CICU-F. MESSINEO, continuato da SCHLESINGER, Giuffrè, Milano, 2012, pp.56-57; RESCIGNO, voce *Novazione*, cit., pp. 432 e 436; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, cit., p. 532, il quale, per la produzione di una vicenda novativa, riteneva necessaria una “*apposita manifestazione di volontà delle parti*”. Diversamente, ma con riguardo al codice abrogato, BIGIAMI, *La delegazione*, cit., p. 17 ss., fa leva sulla diversa terminologia utilizzata dall'art. 1271 del codice 1865, il cui dettato afferma che “*la delegazione per cui un debitore assegna al creditore un altro debitore, il quale si obbliga verso il credito, non produce novazione, se il creditore espressamente non ha dichiarato la sua volontà di liberare il debitore che ha fatto la delegazione*”, e dall'art. 1269 del codice 1865, secondo cui “*la novazione non si presume, ma bisogna che dall'atto chiaramente risulti la volontà di effettuarla*”. Ebbene, ad avviso dell'A. i termini “*chiaramente*” ed “*espressamente*” non sono sinonimi, ma la novazione è ammissibile anche se risulta da fatti concludenti, e ciò perché “*mentre in un delegazione passiva si deve esser certi in modo assoluto che il creditore ha voluto liberare l'originario debitore (giacché una contraria soluzione potrebbe aver per lui effetti disastrosi), tale assoluto bisogno di certezza formale non esiste quando, come nella delegazione attiva, il creditore invita il suo debitore a pagare un terzo*”. Nello stesso senso GIORGI, cit., pp. 482-483.

⁵²⁹ Cfr. DORIA, cit., p. 57.

contratto partecipino gli eventuali terzi garanti o essi comunque consentano al mantenimento delle medesime garanzie.

I dubbi circa l'ammissibilità di questa figura nel nostro ordinamento devono essere fugati perché la novazione soggettiva attiva produce effetti soltanto tra le parti del negozio, le quali – in forza del generale principio dell'autonomia privata – possono sostituire il nuovo creditore a quello originario, estinguendo il vecchio rapporto obbligatorio e creandone uno nuovo⁵³⁰.

Viceversa, se il legislatore non avesse dettato gli artt. 1260 ss. c.c., le parti non avrebbero potuto attuare una cessione del credito, perché questa realizza una successione nel rapporto giuridico con effetti nei confronti dei terzi⁵³¹.

Considerato che con l'utilizzo degli strumenti modificativi, quali la cessione del credito e la surrogazione per pagamento, non si verifica l'estinzione delle garanzie, dei privilegi e degli altri accessori, non ci sono motivi per escludere l'ammissibilità di un autonomo contratto atipico – purché sia volto a perseguire interessi meritevoli di tutela – diretto appunto alla novazione soggettiva attiva, per il quale sarebbe ovviamente necessario il consenso di tutti e tre i soggetti coinvolti⁵³².

⁵³⁰ Cfr. DI PRISCO, cit., p. 289.

⁵³¹ Cfr. F. CARRESI, voce *Debito (successione nel)*, in *Enc. dir.*, XI, Giuffrè, Milano, 1962, p. 747, secondo cui “*l'autonomia privata non può soccorrere le parti quando si tratta di elaborare uno schema destinato a realizzare una successione nel rapporto giuridico, perché soltanto la legge può attribuire ad un atto efficacia nei confronti dei terzi; ma quando (come nel caso dell'atto rivolto a realizzare la novazione soggettiva attiva) trattasi di un atto che produce effetti soltanto fra le parti, questo principio dell'autonomia riprende indiscutibilmente vigore*”. A conferma della tesi sostenuta, l'A. precisa che “[...] *l'esperienza storica [...] conferma che la cessione del credito si è sviluppata posteriormente alla novazione soggettiva attiva*”.

⁵³² Cfr. PALADINI, *L'estinzione dell'obbligazione senza adempimento*, cit., p. 12; CARRESI, voce *Debito (successione nel)*, cit., p. 747; RESCIGNO, voce *Delegazione*, cit., pp. 980-981; DI PRISCO, cit., p. 289, precisa che “*se a tale convenzione non partecipino i terzi garanti o comunque non consentano al mantenimento delle garanzie, queste verranno meno, perché costituite in funzione di un rapporto obbligatorio che non ha conservato la sua identità*”; BRECCIA, cit., p. 699; CANTILLO, *La novazione*, cit., p. 887; ZACCARIA, voce *Novazione*, cit., p. 282. In giurisprudenza v. Cass. 4 giugno 1962, n. 1336, cit.

I requisiti fondamentali per la configurazione di una novazione soggettiva attiva consistono, oltre che nell'accordo tra le parti, anche nella capacità dei contraenti e nell'esistenza dell'obbligazione da novare⁵³³.

Mentre non si può prescindere dal rapporto obbligatorio di base tra debitore e creditore originario, non è necessaria la presenza di un analogo vincolo tra il vecchio e il nuovo creditore, dato che la giustificazione del negozio novativo può essere rinvenuta in una transazione, in un mutuo o persino in una donazione⁵³⁴.

In conclusione, deve ribadirsi che – anche se la novazione soggettiva ha perduto nel tempo parte della sua importanza, quale figura autonoma, a causa del crescente sviluppo di altri istituti – deve comunque essere riconosciuta alla volontà delle parti la possibilità di ottenere la liberazione del soggetto originario e l'ingresso nel rapporto obbligatorio di un nuovo soggetto attivo.

Non è infatti da escludere che le ragioni delle parti possano essere più articolate rispetto al comune intendimento successorio a titolo particolare nel credito, potendo il terzo avere interesse ad evitare di restare esposto alle eccezioni che il debitore avrebbe potuto opporre al creditore originario, mentre il debitore potrebbe aver interesse a liberarsi delle garanzie prestate. Ecco perché occorre accertare la sussistenza di un inequivoco intento novativo, al fine di verificare l'interesse delle parti a far ricorso alla novazione soggettiva attiva piuttosto che alla surrogazione per pagamento.

È proprio con riferimento alla portabilità dei mutui che emergono le ragioni di convenienza alla stipulazione di una novazione soggettiva attiva, posto che – se è vero che l'art. 120 quater TUB precisa che il trasferimento del contratto avviene alle condizioni stipulate tra il cliente e l'intermediario

⁵³³ Cfr. ANDREOLI, cit., p. 237; GIORGI, cit., p. 469 ss.

⁵³⁴ Cfr. ANDREOLI, cit., p. 238.

subentrante – tuttavia, nulla dice per evitare che il debitore possa opporre al nuovo creditore le eccezioni che avrebbe potuto opporre al precedente finanziatore, essendo questo un effetto naturale della surrogazione *ex art.* 1202 c.c.

Solo ipotizzando l'ammissibilità della novazione soggettiva attiva, il nuovo finanziatore potrà scongiurare questo rischio, non perdendo la possibilità di convenire anche una modificazione delle condizioni del contratto nonché il mantenimento delle garanzie, reali e personali, annesse al credito.

BIBLIOGRAFIA

AGGIO T., *Sul mutuo di scopo convenzionale*, in *Rivista del notariato*, 2009, pp. 445-449;

ALLARA M., *La teoria delle vicende del rapporto giuridico*, Giappichelli, Torino, 1950;

ALLARA M., *Le fattispecie estintive del rapporto obbligatorio*, Giappichelli, Torino, 1952;

ALPINI A., *Regresso e surrogazione: rimedi non alternativi*, ESI, Napoli, 2014;

AMICO F., *Il pagamento con surrogazione*, in *Le Obbligazioni, Diritto sostanziale e processuale*, a cura di P. Fava, t. III, Giuffrè, Milano, 2008;

AMORTH G., *Considerazioni sui rapporti tra surrogazione e regresso nella obbligazione solidale*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1958, pp. 133-152;

AMORTH G., *L'obbligazione solidale*, Giuffrè, Milano, 1959;

ANDREANI F. M., voce *Regresso (azione di)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIX, Giuffrè, Milano, 1988, pp. 704-724;

ANDREOLI M., *La delegazione*, CEDAM, Padova, 1937;

ARQUILLA N., *La nuova disciplina della portabilità del mutuo*, in *Corriere tributario*, 2007, pp. 2635-2637;

BARALIS G., *Annotazione ipotecaria: problemi e riflessioni*, in *Rivista del Notariato*, 2014, pp. 205-221;

BARASSI L., *La teoria generale delle obbligazioni*, vol. I, *La struttura*, Giuffrè, Milano, 1963;

BARASSI L., *La teoria generale delle obbligazioni*, vol. III, *L'attuazione*, Giuffrè, Milano, 1964;

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

BARBERO D., *Sistema del diritto privato italiano*, vol. II, 6^a ed., UTET, Torino, 1965;

BARCELLONA M., *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Europa e diritto privato*, 2003, pp. 467-501;

BELTRAMI P., *Sul concorso di garanzie reali e personali prestate dallo stesso soggetto*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 1999, pp. 540-559;

BENEDETTI G., *Dal contratto al negozio unilaterale*, Giuffrè, Milano, 1969;

BENEDETTI A. M., *La cessione del contratto*, in *Il diritto privato oggi*, a cura di P. Cendon, Giuffrè, Milano, 1998;

BETTI E., *Teoria generale delle obbligazioni*, vol. III, 2, *Vicende dell'obbligazione*, Giuffrè, Milano, 1955;

BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, vol. XV, t. II, 2^a ed., UTET, Torino, 1960;

BEVILACQUA E., *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, I quaderni della fondazione italiana del notariato, reperibile in www.elibrary.fondazione-notariato.it;

BIANCA C. M., *Il debitore e i mutamenti del destinatario del pagamento*, Giuffrè, Milano, 1963;

BIANCA C. M., *Il contratto*, in *Diritto Civile*, vol. III, Giuffrè, Milano, 2000;

BIANCA C. M., *L'obbligazione*, in *Diritto civile*, vol., IV, Giuffrè, Milano, 1993;

BIANCA C. M., *La responsabilità*, *Diritto Civile*, vol. V, Giuffrè, Milano, 2012;

BIANCA C. M., *Le garanzie reali. La prescrizione*, in *Diritto civile*, vol. VII, Giuffrè, Milano, 2012;

BIGIAMI W., *La delegazione*, CEDAM, Padova, 1940;

BIGIAMI W., *Novazione e successione particolare nel debito*, in *Diritto e pratica commerciale*, 1942, pp. 71-86;

BIGLIAZZI GERI L.-BRECCIA U.-BUSNELLI F. D.-NATOLI U., *Diritto civile*, 3, *Obbligazioni e contratti*, UTET, Torino, 1989;

BISCONTINI G., *Vicenda modificativa, «prestazione in luogo dell'adempimento» e novazione del rapporto obbligatorio*, in *Rassegna di diritto civile*, 1989, pp. 263-288;

BOCCHIOLA M., *Surrogazione legale e subingresso ipotecario*, in *Rivista di diritto civile*, 1980, pp. 14-36;

BOERO P., *Le ipoteche*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fondata da W. Bigiavi, UTET, Torino, 1999;

BOSCO S., *Portabilità e rinegoziazione dei mutui*, in *Giurisprudenza di merito*, 2010, pp. 265-285;

BRECCIA U., *Le obbligazioni*, Giuffrè, Milano, 1991;

BRIGUGLIO M., *Recensione a O. Buccisano, La surrogazione per pagamento*, in *Rivista di diritto civile*, 1958, pp. 581-585;

BUCCISANO O., *La surrogazione per pagamento*, Giuffrè, Milano, 1958;

BUCCISANO O., *La novazione oggettiva e i contratti estintivi onerosi*, Giuffrè, Milano, 1968;

BUCCISANO O., voce *Novazione*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXI, Roma, 1990, pp. 1-17;

BUSANI A., *La portabilità dell'ipoteca: tecnica redazionale*, in *Il contributo del notariato per l'attuazione delle semplificazioni in tema di mutui ipotecari*, I quaderni della fondazione italiana del notariato, reperibile in www.elibrary.fondazione-notariato.it;

BUTERA A., voce *Surrogazione (Pagamento con)*, in *Digesto italiano*, vol. XXIII, UTET, Torino, 1916, pp. 148-203;

CAGNASSO O., voce *Surrogazione per pagamento*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXX, Roma, 1993, pp. 1-3;

CALDERONI C., *Il procedimento di cancellazione delle ipoteche estinte a seguito di regolare adempimento del mutuo nella l. n. 40/2007*, in *Notariato*, 2008, p. 104 ss.;

CALVO R., *Le obbligazioni*, Diritto civile, vol. I, Zanichelli, Bologna, 2015;

CAMPOBASSO G. F., voce *Regresso (azione di)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXVI, Roma, 1991, pp. 1-5;

CANTILLO M., *Le obbligazioni*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fondata da W. Bigiavi, t. II, UTET, Torino, 1992;

CAPUTO A., *La novazione*, in *Le obbligazioni, Diritto sostanziale e processuale*, a cura di P. Fava, t. II, Giuffrè, Milano, 2008;

CARPINO B., voce *Surrogazione (Pagamento con)*, in *Novissimo Digesto italiano*, vol. XVIII, UTET, Torino, 1971, pp. 964-969;

CARPINO B., *Del pagamento con surrogazione*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja-G. Branca, Libro IV, *Delle obbligazioni*, Art. 1201-1205 c.c., Zanichelli-Società editrice del Foro italiano, Bologna-Roma, 1988;

CARRESI F., *Il comodato. Il mutuo*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, UTET, Torino, 1950;

CARRESI F., voce *Debito (successione nel)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XI, Giuffrè, Milano, 1962, pp. 744-749;

CARRIERO A. M., *sub Art. 118*, in *Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da F. Capriglione, CEDAM, Padova, 2001, pp. 914-920;

CASERTANO L., *Delle Obbligazioni*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, vol. I, Art. 1173-1217, a cura di V. Cuffaro, UTET, Torino, 2012;

CASSANO G., *Il mutuo – il sistema delle tutele*, CEDAM, Padova, 2009;

CASTANA A., *La cessione dei beni ai creditori nelle diverse fattispecie*, Giuffrè, Milano, 1957;

CEOLIN M., *La c.d. portabilità dei mutui e la cancellazione semplificata delle ipoteche nel decreto Bersani bis*, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 2008, pp. 259-291;

CERVINI A., *Estinzione anticipata dei finanziamenti*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2007, pp. 346-357;

CESARO V. M., *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, ESI, Napoli, 2000;

CHIANALE A., voce *Ipoteca*, in *Digesto discipline privatistiche, sezione civile*, UTET, Torino, 1993, pp. 158-178;

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

CHINÉ G.-FRATTINI M.-ZOPPINI A., *Manuale di diritto civile*, 7^a ed., Nel diritto editore, Roma, 2016;

CICALA R., voce *Accollo*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1958, pp. 282-292;

CICALA R., *Il negozio di cessione del contratto*, Jovene, Napoli, 1962;

CICALA R., *L'adempimento indiretto del debito altrui*, Jovene, Napoli, 1968;

CICALA R., *Saggi sull'obbligazione e le sue vicende*, Napoli, 2008;

CLARIZIA R., *La causa di finanziamento*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 1982, pp. 580-622;

CLARIZIA R., *La cessione del contratto*, Artt. 1406-1410, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F. D. Busnelli, 2^a ed., Giuffrè, Milano, 2005;

CICERO C., *Iscrizione e rinnovazione ipotecaria*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F. D. Busnelli, Giuffrè, Milano, 2008;

COLOMBINI D. M., *Fallimento, sequestro giudiziario, pagamento con surrogazione ed azione di risoluzione: la Corte di Cassazione sulla via di un instabile compromesso*, in *Giurisprudenza italiana*, 1989, pp. 493-502;

CONTI M., voce *Surrogazione*, in *Enciclopedia Forense*, vol. VII, Casa editrice Dr. Francesco Vallardi, Milano, 1962, pp. 564-569;

CORBO N., *Autonomia privata e causa di finanziamento*, Giuffrè, Milano, 1990;

COREA N., *La rinegoziazione delle clausole contrattuali*, in *Studium Iuris*, 2007, pp. 534-538;

CORRADO R., *Il trasferimento del debito*, in *Rivista di diritto privato*, 1943, p. 139-160;

CRISTOFORETTI P., *La rinegoziazione dei mutui per la prima casa ai sensi del decreto Tremonti e della convenzioni ABI-MEF: prime riflessioni*, in *Rivista di diritto bancario*, 2008, reperibile in www.dirittobancario.it;

D'AVANZO W., *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario del codice civile*, diretto da M. D'Amelio-E. Finzi, G. Barbèra editore, Firenze, 1948;

DE RUGGIERO R.-MAROI F., *Istituzioni di diritto privato*, Casa editrice Giuseppe Principato, Messina-Milano, 1939;

DIANA A. G., *La surrogazione*, in *Giurisprudenza critica*, collana diretta da P. Cendon, Torino, 2003;

DIENER M. C., *Il contratto in generale*, 3^a ed., Giuffrè, Milano, 2015;

DISTASO N., *Le obbligazioni in generale*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, diretta da W. Bigiavi, UTET, Torino, 1970;

DI MAJO A., voce *Obbligazioni solidali*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXIX, Giuffrè, Milano, 1979, pp. 298-329;

DI PRISCO N., *Novazione*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di P. Rescigno, vol. IX, UTET, Torino, 1984, pp. 262-289;

DI STASO N., *Modificazioni soggettive del rapporto obbligatorio e garanzie reali*, Tesi di dottorato, *Alma Mater Studiorum* Università di Bologna, 2012;

DONATI A., *Causalità ed astrattezza nella delegazione*, CEDAM, Padova, 1975;

DONISI C., *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Jovene, Napoli, 1972;

DOLMETTA A. A., voce *Cessione dei crediti*, in *Digesto discipline privatistiche, sezione civile*, vol. II, UTET, Torino, 1988, pp. 285-336;

DOLMETTA A. A., *Questioni sulla surrogazione per volontà del debitore ex art. 8 l. n. 40/2007 (c.d. portabilità del mutuo)*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 2008, pp. 395-411;

DOLMETTA A. A.-SCIARRONE ALIBRANDI A., *La facoltà di «estinzione anticipata» nei contratti bancari, con segnato riguardo alla disposizione dell'art. 7 legge n. 40/2007*, in *Rivista di diritto civile*, 2008, pp. 523-555;

DORIA G., *La novazione dell'obbligazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu-F. Messineo, continuato da P. Schlesinger, Giuffrè, Milano, 2012;

FALCONE G., *Le operazioni di credito fondiario alla luce delle disposizioni del decreto legge n. 7 del 2007, convertito nella legge n. 40/2007*, in *Diritto fallimentare*, I, 2007, pp. 721-746;

FALZEA A., *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Giuffrè, Milano, 1947;

FARACE D., *Portabilità del mutuo e atto di surrogazione*, in *Rivista di diritto civile*, 2012, pp. 615-631;

FAUSTI P. L., *Anticipata estinzione del mutuo e portabilità dell'ipoteca (articoli 7, 8 e 8 bis della legge 2 aprile 2007 n. 40)*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 2007, pp. 3-73;

FAUSTI P. L., *La rinegoziazione dei mutui*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 2008, pp. 746-776;

FAUSTI P. L., *Atto di consenso alla surrogazione*, in *Notariato*, 2009, p. 420 ss.;

FAUSTI P. L., *Ancora una crisi per i mutui ipotecari. Dall'analisi economica della "portabilità", all'analisi giuridica dei rapporti finanziari*, in *Il contributo del notariato per l'attuazione delle semplificazioni in tema di mutui ipotecari*, I quaderni della fondazione italiana del notariato, reperibile in www.elibrary.fondazione-notariato.it;

FERRI G. B., voce *Parte del negozio*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXI, Giuffrè, Milano, 1981, pp. 901-916;

FINAZZI G., *La cessione del credito*, in *Trattato delle obbligazioni*, diretto da L. Garofalo-M. Talamanca, I, *La circolazione del credito*, a cura di R. Alessi-V. Mannino, CEDAM, Padova, 2008;

FINESSI A., *Frazionamento volontario del credito e obbligazione plurisoggettiva*, Giuffrè, Milano, 2007;

FIORENTINI F., *La riforma francese delle garanzie nella prospettiva comparatistica*, in *Europa e diritto privato*, 2006, pp. 1155-1202;

FIORUCCI F., *La rinegoziazione dei mutui bancari*, in *Il nuovo diritto delle società*, 2012, p. 7 ss.;

FRAGALI M., *Fideiussione. Mandato di credito*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja-G. Branca, Libro IV, *Delle obbligazioni*, Art. 1936-1959, Zanichelli-Società editrice del Foro italiano, Bologna-Roma, 1957;

FRAGALI M., *Il mutuo di scopo*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 1961, pp. 471-535;

FRAGALI M., *Del mutuo*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja-G. Branca, Libro IV, *Delle obbligazioni*, Art. 1813-1822, Zanichelli-Società editrice del Foro italiano, Bologna-Roma, 1966;

FRAGALI M., voce *Ipoteca (diritto privato)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXII, Giuffrè, Milano, 1972, pp. 740-851;

FUSARO A., *Le linee di tendenza del diritto europeo dell'ipoteca: euroipoteca e ipoteca ricaricabile*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 2009, pp. 553-566;

FUSARO A., *Variazioni in tema di garanzie ipotecarie autonome personali e reali: l'accessorietà dell'ipoteca come dogma in crisi?*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 2011, pp. 665-696;

GALGANO F., *Diritto civile e commerciale*, vol. II, *Le obbligazioni e i contratti*, t. I, 3^a ed., CEDAM, Padova, 1999;

GALGANO F., *Diritto civile e commerciale*, vol. II, *Le obbligazioni e i contratti*, t. I, 4^a ed., CEDAM, Padova, 2004;

GALGANO F., *Trattato di diritto civile*, vol. II, *Le obbligazioni in generale, il contratto in generale, i singoli contratti*, 2^a ed., CEDAM, Padova, 2010;

GATTONI C., *La portabilità del mutuo e l'annotazione della surrogazione nell'ipoteca*, in *Il contributo del notariato per l'attuazione delle semplificazioni in tema di mutui ipotecari*, I quaderni della fondazione italiana del notariato, reperibile in www.elibrary.fondazione-notariato.it;

GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, 15^a ed., ESI, Napoli, 2011;

GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, 17^a ed., ESI, Napoli, 2015;

GENGHINI L.-APICELLA R., *Le obbligazioni*, in *Manuali notarili*, a cura di L. Genghini, vol. VI, CEDAM, Padova, 2015;

GENTILI A., *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contratto e impresa*, 2003, pp. 667-724;

GENTILI A., *Teoria e prassi nella portabilità dei contratti di finanziamento bancario*, in *I Contratti*, 2007, pp. 464-471;

GIACOBBE G.-GIACOBBE D., *Delegazione, Espromissione, Accollo*, in *Commentario del codice civile A. Scialoja-G. Branca*, a cura di F. GALGANO, libro IV, *Delle Obbligazioni*, Art. 1268-1276, Zanichelli-Società editrice del Foro italiano, Bologna-Roma, 1992;

GIAMPICCOLO G., *Comodato e mutuo*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da G. Grosso-F. Santoro Passarelli, Giuffrè, Milano, 1972;

GIAMPICCOLO G., voce *Mutuo (diritto privato)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXVII, Giuffrè, Milano, 1977, pp. 444-473;

GIAMPIERI A., *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, pp. 467-481;

GIANOLA A., voce *Surrogazione (pagamento con)*, in *Digesto discipline privatistiche, sezione civile*, vol. XIX, UTET, Torino, 1999, pp. 233-241;

GIORGI G., *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, vol. VII, *Estinzione delle obbligazioni*, 7^a ed., Firenze, Casa editrice libraria “Fratelli Cammelli”, 1910;

GIORGIANNI M., voce *Surrogazione (Pagamento con)*, in *Nuovo Digesto Italiano*, vol. XII, UTET, Torino, 1940, pp. 1231-1235;

GIORGIANNI M., voce *Obbligazione*, in *Novissimo Digesto italiano*, vol. XI, UTET, Torino, 1965, pp. 581-614;

GIORGIANNI M., voce *Pagamento (diritto civile)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XII, UTET, Torino, 1965, pp. 321-332;

GIULIANO P., *Assunzione del debito*, in *Le obbligazioni, Diritto sostanziale e processuale*, a cura di P. Fava, t. II, Giuffrè, Milano, 2008;

GIUSTI A., *La fideiussione e il mandato di credito*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, dir. da A. Cicu-F. Messineo, continuato da L. Mengoni, vol. XVIII, t. 3, Giuffrè, Milano, 1998;

GORLA G., *Del pegno delle ipoteche*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. SCIALOJA-G. BRANCA, Libro VI, *Della tutela dei diritti*, Art. 2784-2899, 3^a ed., Zanichelli-Società editrice del Foro italiano, Bologna-Roma, 1962;

GORLA G.-ZANELLI P., *Del pegno Dell'ipoteca*, in *Commentario del codice civile A. Scialoja-G. Branca*, a cura di F. GALGANO, Art.

2784-2899, 4^a ed., Zanichelli-Società editrice del Foro italiano, Bologna-Roma, 1992;

GRASSANI A., voce *Mutuo (diritto civile)*, in *Novissimo Digesto italiano*, vol. X, UTET, Torino, 1982, pp. 1049-1055;

GRASSO B., *Surrogazione legale e solidarietà*, ESI, Napoli, 1984;

GRASSO B., *Disposizione «novativa» del credito e risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Rassegna di diritto civile*, 1985, pp. 39-45;

GRECO P., voce *Delegazione (diritto civile)*, in *Novissimo Digesto italiano*, vol. V, UTET, Torino, 1960, pp. 327-351;

GRISI G., *Un diritto riconosciuto dalla legge a favore dei soggetti finanziati*, in *Guida al diritto*, 2008, pp. 88-92;

LAMBRINI P., *La novazione*, in *Trattato delle obbligazioni*, diretto da L. Garofalo-M. Talamanca, I modi di estinzione, vol. III, a cura di Burdese-Moscato, CEDAM, Padova, 2008, pp. 453-532;

LEMMA V., sub *Art. 120 quater*, in *Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da F. Capriglione, CEDAM, Padova, 2012, pp. 1781-1798;

LENZI R., *Le clausole relative al ius variandi della banca e al diritto di recesso*, in *Il contributo del notariato per l'attuazione delle semplificazioni in tema di mutui ipotecari*, I quaderni della fondazione italiana del notariato, reperibile in www.elibrary.fondazione-notariato.it;

LEPRI A., *La forma della cessione del contratto*, CEDAM, Padova, 1993;

LONGO G., *Diritto delle obbligazioni*, UTET, Torino, 1950;

LUCCHESI P. V., *Rilievi critici sulla natura giuridica della surrogazione*, in *Vita notarile*, 1975, pp. 620-631;

MACARIO F., *Adeguamento e rinegoziazione*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno-E. Gabrielli, *I contratti in generale*, t. II, a cura di E. Gabrielli, 2^a ed., UTET, Torino, 2006, pp. 1851-1932;

MAGAZZÙ A., voce *Clausola penale*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. VII, Giuffrè, Milano, 1960, pp. 186-196;

MAGAZZÙ A., voce *Novazione (diritto civile)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXVIII, Giuffrè, Milano, 1978, pp. 779-836;

MAGAZZÙ A., voce *Delegazione*, in *Digesto discipline privatistiche, sezione civile*, vol. V, UTET, Torino, 1989, pp. 156-171;

MAGAZZÙ A., voce *Surrogazione per pagamento*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLIII, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 1529-1536;

MAIMERI F., *Rinegoziazione dei mutui a tasso variabile*, in *Diritto, banca e mercati finanziari*, 2008, pp. 37-43;

MAIORCA C., voce *Ipoteca (diritto civile)*, in *Novissimo Digesto italiano*, vol. IX, UTET, Torino, 1963, pp. 52-152;

MANCINI T., *La cessione dei crediti*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, I, *Obbligazioni e contratti*, 9, UTET, Torino, 1984, pp. 377-397;

MANCINI T., *La delegazione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, I, *Obbligazioni e contratti*, 9, UTET, Torino, 1984, pp. 401-413;

MANCINI T., *L'espromissione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, I, *Obbligazioni e contratti*, 9, UTET, Torino, 1984, pp. 414-421;

MANNINO V., *Cessione del credito e novazione soggettiva dal lato attivo*, in *Rivista di diritto civile*, 2008, pp. 695-726;

MARASCO P. G., *La rinegoziazione del contratto*, CEDAM, Padova, 2006;

MARINI A., voce *Clausola penale*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Agg. XV, Roma, 2006, pp. 1-8;

MARTONE L., *La surrogazione per pagamento*, in *Le modificazioni soggettive del rapporto obbligatorio*, *Nuova giurisprudenza di diritto civile e commerciale*, a cura di F. Busatti, UTET, Torino, 2010, pp. 333-448;

MARTORANA M., *La novazione nel diritto civile italiano*, Società editrice libraria Orazio Fiorenza, Palermo, 1924;

MASTROPAOLO F.-LUCCHI C., *Interventi di terzi e garanzie nelle vicende del rapporto obbligatorio*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno-E. Gabrielli, t. I, *I contratti di garanzia*, a cura di F. Mastropaolo, UTET, Torino, 2006;

MAZZAMUTO S., voce *Mutuo di scopo*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XX, Roma, 1990, pp. 1-16;

MERLO G. M., *La surrogazione per pagamento*, CEDAM, Padova, 1933;

MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. II, parte II, 8^a ed., Giuffrè, Milano, 1952;

MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. I, 9^a ed., Giuffrè, Milano, 1957;

MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. III, 9^a ed., Giuffrè, Milano, 1959;

MICCIO R., *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario del codice civile*, Libro IV, t. I, 2^a ed., UTET, Torino, 1961;

MOSCATI E., *I modi di estinzione tra surrogati dell'adempimento e vicende estintive liberatorie*, in *Trattato delle obbligazioni*, diretto da L. Garofalo-M. Talamanca, vol. III, *I modi di estinzione*, a cura di A. Burdese-E. Moscati, CEDAM, Padova, 2008;

MOSCATI E., *La disciplina generale delle obbligazioni*, Giappichelli, Torino, 2015;

MUCCIARONE G., *Sulla surroga nei finanziamenti bancari non perfezionata nel termine (art. 120-quater, co. 7, T.U.B., modificato dalla l. n. 27/2012)*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2012, pp. 757-775;

MURONI R., *La portabilità del mutuo nella fase patologica del rapporto da rinegoziare ed in pendenza di procedure esecutive immobiliari*, in *Corriere giuridico*, 2008, pp. 1452-1458;

NAPPI F., *Profili della disciplina del credito al consumo. La rinegoziazione dei mutui ex art. 3 L. 24 luglio 2008 n. 126*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 2010, pp. 24-38;

NATOLI U., *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu-F. Messineo, Giuffrè, Milano, 1974;

NICOLÒ R., *Il negozio delegatorio*, Tipografia Ditta D'Amico, Messina, 1932;

NICOLÒ R., *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Giuffrè, Milano, 1936;

NICOLÒ R., voce *Adempimento*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1958, pp. 554-566;

NICOLÒ R., voce *Successione nei diritti*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XVIII, UTET, Torino, 1971, pp. 606-615;

NIVARRA L.-ROMAGNO G. W., *Il mutuo*, in *Il diritto privato oggi*, a cura di P. Cendon, Giuffrè, Milano, 2000;

NIVARRA L., *Lineamenti di diritto delle obbligazioni*, Giappichelli, Torino, 2011;

NOBILI C., *Le obbligazioni*, Giuffrè, Milano, 2001;

PADOLECCHIA I., *Nessun obbligo di annotazione degli atti di rinegoziazione dei mutui bancari*, in *Notariato*, 2007, p. 701 ss.;

PALADINI M., *L'estinzione dell'obbligazione senza adempimento*, UTET, Torino, 2010;

PANUCCIO V., *La cessione volontaria dei crediti nella teoria del trasferimento*, Giuffrè, Milano, 1955;

PANUCCIO V., voce *Cessione dei crediti*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. VI, Giuffrè, Milano, 1960, pp. 846-877;

PELLEGRINI F., voce *Novazione*, in *Nuovo Digesto italiano*, VIII, UTET, Torino, 1939, pp. 1131-1139;

PERLINGIERI P., *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*, Jovene, Napoli, 1972;

PERLINGIERI P., *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja-G. Branca, Libro IV, *Delle obbligazioni*, Art. 1230-1259, Zanichelli-Società editrice del Foro italiano, Bologna-Roma, 1975;

PERLINGIERI P., *Della cessione dei crediti*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja-G. Branca, Libro IV, *Delle obbligazioni*, Art. 1260-1267, Zanichelli-Società editrice del Foro italiano, Bologna-Roma, 1982;

PERLINGIERI P., voce *Cessione dei crediti*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. IV, Roma, 1988, pp. 1-19;

PERLINGIERI P., *Manuale di diritto civile*, 5^a ed., ESI, Napoli, 2005;

PERLINGIERI P., *Manuale di diritto civile*, 6^a ed., ESI, Napoli, 2007;

PETRELLI G., *Mutui bancari e cancellazione di ipoteche: novità del decreto legge Bersani bis*, in *Notariato*, 2007, p. 291 ss.;

PETRELLI G., *Portabilità dei mutui. Surrogazione per pagamento*, Aggiornamento al 13 luglio 2011, reperibile in www.gaetanopetrelli.it;

PIRAINO F., *L'adempimento del terzo e l'oggetto dell'obbligazione*, in *Rivista di diritto civile*, 2011, pp. 305-346;

PIRAINO F., *Cessione del credito e modificazione del lato attivo dell'obbligazione*, in *Contratto e impresa*, 2012, p. 401 ss.;

PIRAS S., *Appunti sulla novazione*, in *Studi sassaresi*, vol. XXI, 1948, pp. 1-93;

PITTALIS M., *La cessione del credito*, in *Le obbligazioni*, vol. I, *L'obbligazione in generale*, a cura di M. Franzoni, UTET, Torino, 2004, pp. 611-656;

POMPILIO A., *La novazione*, in *Diritto civile*, vol. III, *Obbligazioni*, t. 1, *Il rapporto obbligatorio*, diretto da N. Lipari-P. Rescigno, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 255-273;

PRESTI G., *Annotazione per il subingresso ipotecario e fallimento del proprietario del bene*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1993, pp. 491-501;

PRESTI G., *La rinegoziazione dei mutui ipotecari. Qualificazione e disciplina*, in *Rivista di diritto privato*, 1999, pp. 267-291;

PROSPERETTI M., *Il pagamento con surrogazione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, *Obbligazioni e Contratti*, I, 9, 2^a ed., UTET, Torino, 1999;

PUGLIATTI S., *Il rapporto giuridico unisoggettivo*, in *Diritto civile. Metodo, teoria, pratica. Saggi*, Giuffrè, Milano, 1951;

PUGLIATTI S., voce *Acquisto del diritto*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1958, pp. 508-518;

RAVAZZONI A., voce *Regresso*, in *Novissimo Digesto italiano*, vol. XV, UTET, Torino, 1968, pp. 356-360;

RAVAZZONI A., *Le ipoteche*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu- F. Messineo-L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Giuffrè, Milano, 2006;

REDENTI E., *Sui trasferimenti delle azioni civili*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1955, pp. 74-90;

RESCIGNO P., *Incapacità naturale e adempimento*, ESI, Napoli, 1950;

RESCIGNO P., *Studi sull'accollo*, Giuffrè, Milano, 1958;

RESCIGNO P., voce *Delegazione*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XI, Giuffrè, Milano, 1962, pp. 929-982;

RESCIGNO P., voce *Novazione (diritto civile)*, in *Novissimo Digesto italiano*, vol. XI, UTET, Torino, 1965, pp. 431-438;

RESCIGNO P., *Manuale del diritto privato italiano*, 6^a ed., Jovene, Napoli, 1984;

RESCIGNO P., voce *Debito (Successione nel)*, in *Digesto discipline privatistiche, sezione civile*, vol. V, UTET, Torino, 1989, pp. 191-197;

RESCIGNO P., *Manuale del diritto privato italiano*, 11^a ed., Jovene, Napoli, 1995;

RISPOLI FARINA M., *Il mutuo di scopo*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, 12, UTET, Torino, 1985;

RISPOLI FARINA M., voce *Mutuo di scopo*, in *Digesto discipline privatistiche, sezione civile*, vol. XI, UTET, Torino, 1994, pp. 558-579;

RODOTA' S., voce *Espromissione*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XV, Giuffrè, Milano, 1966, pp. 781-790;

ROLLI R., *L'espromissione e la liberazione del debitore*, CEDAM, Padova, 1995;

ROLLI R., *Il pagamento con surrogazione*, in *Le obbligazioni*, vol. I, *L'obbligazione in generale*, a cura di M. Franzoni, UTET, Torino, 2004, pp. 973-1007;

ROLLI R., *La delegazione*, in *Le obbligazioni*, vol. I, *L'obbligazione in generale*, a cura di M. Franzoni, UTET, Torino, 2004, pp. 737-816;

ROMANO S., *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1961;

ROPPO V., *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul «terzo contratto»)*, in *Rivista di diritto privato*, 2007, pp. 669-700;

ROPPO V., *Il contratto*, 2^a ed., Giuffrè, Milano, 2011;

RUBINO D., *L'ipoteca*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu-F. Messineo, Giuffrè, Milano, 1956;

RUBINO D., *Delle obbligazioni*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja-G. Branca, Libro IV, *Delle obbligazioni*, Art. 1285-1320 c.c., Zanichelli-Società editrice del Foro italiano, Bologna-Roma, 1958;

SACCO R., *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, vol. VI, t. II, UTET, Torino, 1975;

SANGIOVANNI V., *Le modifiche unilaterali dei contratti bancari fra recenti riforme e decisioni dell'arbitro bancario finanziario*, in *Rivista di diritto bancario*, 2012, reperibile in www.dirittobancario.it;

SANTANGELO A., *sub Art. 118*, in *Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da F. Capriglione, CEDAM, Padova, 2012, pp. 1712-1736;

SANTARCANGELO G., *Atto di surroga di quota frazionata di mutuo*, in *Notariato*, 2008, p. 527 ss.;

SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, 9^a ed., Jovene, Napoli, 1986;

SCARDIGLI M., *Cessione dei crediti derivanti da contratto a prestazioni corrispettive e risoluzione per inadempimento*, in *Foro italiano*, 1962, c. 1966-1970;

SCARPELLO A., *Il "nuovo" jus variandi della banca dopo la conversione del cd. "decreto sviluppo"*, in *Contratto e impresa*, 2012, pp. 575-600;

SCHLESINGER P., *Mancanza dell'effetto estintivo nella novazione oggettiva*, in *Rivista di diritto civile*, 1958, pp. 353-384;

SICCHIERO G., voce *Regresso*, in *Digesto discipline privatistiche, sezione civile*, vol. XVI, UTET, Torino, 1997, pp. 549-571;

SICCHIERO G., *La rinegoziazione*, in *Contratto e impresa*, 2002, pp. 774-815;

SIMONETTO E., voce *Mutuo*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XX, Roma, 1990, pp. 1-14;

SIRENA P., *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 P., *La «portabilità del mutuo» bancario o finanziario*, in *Rivista di diritto civile*, 2008, pp. 449-479;

SIRENA P., *La portabilità dei contratti di finanziamento*, in *I contratti per l'impresa*, II, a cura di G. Gitti-M. Maugeri-M. Notari, Il Mulino, Bologna, 2012;

SOTGIA S., *Apparenza giuridica e dichiarazioni alla generalità*, Società editrice del Foro italiano, Roma, 1930;

SOTGIA S., voce *Cessione di crediti e di altri diritti (diritto civile)*, in *Novissimo Digesto italiano*, vol. III, UTET, Torino, 1959, pp. 156-161;

SPANGARO A., *Della novazione*, in *Le obbligazioni*, vol. I, *L'obbligazione in generale*, a cura di M. Franzoni, UTET, Torino, 2004, pp. 451-479;

STOLFI G., *Appunti sulla c.d. successione particolare nel debito*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, II, 1948, pp. 733-739;

TAMBURRINO G., *Le ipoteche*, in *Commentario del codice civile*, Libro VI, *Della tutela dei diritti*, Art. 2808-2899 c.c., 2^a ed., UTET, Torino, 1976;

TASSINARI F., *Portabilità del mutuo e surrogazione dopo l'articolo 8 del D.L. sulla concorrenza*, in CNN Notizie 30 gennaio 2007;

TILOCCA E., *La remissione del debito*, CEDAM, Padova, 1955;

TOMMASINI R., voce *Revisione del rapporto*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XL, Giuffrè, Milano, 1989, pp. 104-134;

TOMMASINI R., voce *Nullità (diritto privato)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXVIII, Giuffrè, Milano, 1978, pp. 866-908;

TORRENTE A.-SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, a cura di F. Anelli-C. Granelli, 22^a ed., Giuffrè, Milano, 2015;

TRABUCCHI A., *Istituzioni di diritto civile*, 33^a ed., CEDAM, Padova, 1992;

TRIMARCHI M., *Atto giuridico e negozio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1940;

TURCO C., *L'adempimento del terzo*, in *Commentario del codice civile*, diretto da P. Schlesinger, Giuffrè, Milano, 2002;

VALENTINO D., *Le cessioni dei crediti, il factoring e la cartolarizzazione*, ESI, Napoli, 2003;

VECCHI P. M., *Il pagamento con surrogazione*, in *Diritto civile*, vol. III, *Obbligazioni*, t. 1, *Il rapporto obbligatorio*, diretto da N. Lipari-P. Rescigno, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 244-255;

VECCHI P. M., *La cessione del credito*, in *Diritto civile*, vol. III, *Obbligazioni*, t. 1, *Il rapporto obbligatorio*, diretto da N. Lipari-P. Rescigno, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 333-357;

VENOSTA F., *Delle Obbligazioni*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, vol. I, Art. 1173-1217, a cura di V. Cuffaro, UTET, Torino, 2012;

VIGO R., *Osservazioni a Cass.*, 12 febbraio 2013, n. 3402, in tema di *cessione a banca di credito garantito da ipoteca: una dubbia esenzione dall'adempimento di cui all'art. 2843 c.c.*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 2014, II, pp. 5-9;

VIOTTI S., *I nuovi strumenti giuridici di modifica dei contratti di mutuo*, in *Giurisprudenza di merito*, 2008, pp. 3084-3094;

ZACCARIA A., *La prestazione in luogo dell'adempimento fra novazione e negozio modificativo del rapporto*, Giuffrè, Milano, 1987;

ZACCARIA A., voce *Novazione*, in *Digesto discipline privatistiche, sezione civile*, vol. XII, UTET, Torino, 1995, pp. 280-293;

ZACCARIA A., *Artt. 1201 ss.*, in *Commentario breve al codice civile*, a cura di G. Cian-A. Trabucchi, Padova, 2002;

ZANELLI P., *Considerazioni di interesse notarile in tema di ipoteca: flessibilità e altre innovazioni*, in *Contratto e impresa*, 1998, pp. 901-920;

ZIMATORE A., *Il mutuo di scopo. Problemi generali*, CEDAM, Padova, 1985.