

Università degli studi Roma Tre
Dipartimento di giurisprudenza
Corso di dottorato in Discipline giuridiche
Curriculum “Discipline giuridiche storico-filosofiche,
internazionali, sovranazionali e comparate”



Valerio Brizzolari

La surrogazione reale

Tutor: Chiar.mo Prof. Francesco Macario

Coordinatore: Chiar.mo Prof. Giuseppe Grisi

XXXI ciclo

Alla mia famiglia, che dà molto più di quanto riceve

Sommario

Premessa

Capitolo I

Inquadramento, evoluzione storica e definizione dell'istituto

1. Surrogazione personale e surrogazione reale. Prime distinzioni	1
2. Evoluzione storica dell'istituto	12
2.1. Teoria "classica" della surrogazione reale elaborata dalla dottrina francese	16
2.2. Teorie moderne. Ulteriori sviluppi della dottrina francese e abbandono dei riferimenti alla finzione di diritto e alle universalità	22
2.3. Surrogazione reale nell'elaborazione dottrinale tedesca successiva al BGB	30
3. Confronto con istituti analoghi e ulteriori distinzioni: <i>datio in solutum</i> e novazione	33
4. Massime tratte <i>pretium succedit in locum rei</i> e <i>commodum repraesentationis</i> in contrapposizione alla complessità del fenomeno	37
5. Surrogazione reale e perimento: distinzione tra i concetti di "bene", "cosa", "trasformazione" e "sostituzione"	39
6. Varie specie di surrogazione reale elaborate dalla dottrina: legale e convenzionale; generale e speciale; in senso stretto e in senso lato	45
7. Necessità di ulteriori indagini e di sottoporre a revisione alcuni assunti tradizionali relativi alla surrogazione reale. Rinvii	51

Capitolo II

La surrogazione nelle obbligazioni

1. Surrogazione reale nell'obbligazione di restituzione di cosa determinata	55
2. Alienazione delle cose della persona di cui è stata dichiarata la morte presunta	57
3. Alienazione delle cose ereditarie da parte dell'erede apparente	69
4. Alienazione della cosa depositata da parte dell'erede del depositario	79
5. Alienazione o perimento della cosa ricevuta indebitamente	85

5.1. Obbligo di restituire il valore oppure il corrispettivo	96
5.2. Restituzioni nel diritto inglese. Il <i>tracing</i>	101
5.3. <i>Tracing</i> e surrogazione reale. Alcuni punti di contatto	108
6. Impossibilità sopravvenuta della prestazione avente ad oggetto una cosa determinata	111

Capitolo III

La surrogazione nei diritti reali

1. Introduzione. Perimento materiale o giuridico della cosa quali eventi che determinano la “trasformazione” della componente materiale del diritto	121
---	-----

Sezione I

Diritti reali di godimento

2. Surrogazione dell’indennità alla cosa usufruttuata: dal perimento quale causa automatica di estinzione del diritto al godimento “economico” della cosa	127
3. Trasformazioni “economiche” della cosa oggetto dell’usufrutto	135
4. Natura del diritto dell’usufruttuario sulla cosa “nuova”	141
5. Applicabilità della disciplina sul perimento della cosa ai diritti di uso e abitazione	147

Sezione II

Diritti reali di garanzia

6. Surrogazione dell’indennità alla cosa: dal perimento quale causa automatica di estinzione del diritto al rafforzamento della garanzia del credito	151
7. Fondamento equitativo dell’istituto: critica	163
8. Natura del diritto all’indennità assicurativa: impostazione del problema	167
9. Tentativi di ricostruzione dell’istituto. Riparazione o ripristino della cosa data in garanzia	171
10. Surrogazione dell’indennità alla cosa e costituzione del vincolo sulla somma dovuta dall’assicuratore	175

11. Confronto con Spagna, Francia e Germania. Attribuzione dell'indennizzo ai creditori o estensione dell'ipoteca su quest'ultimo	180
11.1. Onere di opposizione dei creditori e dovere d'informazione che grava sull'assicurazione	188
11.2. Natura della copertura assicurativa	192
12. Discipline particolari: espropriazione per pubblica utilità e garanzie iscritte su autoveicoli, navi e aeromobili	194
13. Inesistenza nei diritti inglese e nordamericano dell'automatica surrogazione dell'indennità alla cosa	198
14. Rafforzamento del meccanismo surrogatorio: il vincolo di polizza	202
15. Necessità di sottoporre a revisione i tentativi di spiegazione del meccanismo surrogatorio	205
16. Trasformazione "economica" della cosa e realizzazione del credito sull'indennità. Continuità del diritto reale di garanzia in funzione soddisfattiva del creditore	211
17. Applicabilità della surrogazione dell'indennità alla cosa al risarcimento del danno dovuto dal terzo responsabile	215
18. Trasferimento dell'ipoteca su un'altra cosa o sua "risoluzione" su una somma di danaro	220
19. Collocazione dell'art. 2742 c.c. tra le disposizioni generali sulla responsabilità patrimoniale. Una prima conclusione	221

Capitolo IV

Aspetti problematici della surrogazione reale

1. Introduzione. Sostituzione convenzionale della cosa: questioni aperte	225
2. Sostituzione delle cose personali del coniuge in regime di comunione legale	228
2.1. <i>Ratio</i> , presupposti e modo d'operare della sostituzione	231
3. Sostituzione della cosa oggetto del pegno e dell'ipoteca. Premessa	239
3.1. Storia della "crisi" delle garanzie reali: progressivo abbandono del principio di specialità e, con particolare riferimento al pegno, dello spossessamento in Francia, Spagna e Germania	242
3.2. Sostituzione della cosa oggetto della garanzia pignorizia. Evoluzioni legislative e autonomia privata	252

3.3. Patto di rotatività e surrogazione reale convenzionale	259
3.4. Surrogazione reale nel “nuovo” pegno non possessorio	262
3.5. Sostituzione della cosa oggetto della garanzia ipotecaria	264
4. Separazione patrimoniale e surrogazione reale	270
4.1. Perimento e trasformazione della cosa e continuità del vincolo originario	274
4.2. Sostituzione convenzionale della cosa e continuità del vincolo originario	276
4.3. Onere di reimpiego e pubblicità	279
5. Vigenza di un principio generale: “indistruttibilità” giuridica della cosa e continuità del diritto sul suo equivalente pecuniario	283
Indice degli Autori	295
Indice dei casi citati	321

Premessa

Una ricerca avente ad oggetto l'istituto della surrogazione reale potrebbe apparire eccessivamente manualistica e, forse, anche un po' *démodé*, considerato che si tratta di uno degli argomenti classici del diritto civile, che vanta un'elaborazione dottrinale plurisecolare. Come spesso accade con le tematiche tradizionali, tuttavia, essa sconta, sia consentita l'espressione, un pregiudizio, ovvero generalmente si ritiene che si tratti di un argomento oramai acquisito, ben radicato e definito nella scienza giuridica, sicché non vi sarebbe nulla da aggiungere a quanto è stato detto sino ad ora.

Non si ha certamente la presunzione di dimostrare il contrario, poiché ciò significherebbe eliminare in un colpo solo il contributo di illustri giuristi, di tutte le epoche, che si sono cimentati nell'impresa – invero assai ardua, come si vedrà – di definire l'istituto e delinearne i caratteri fondamentali. Al contrario, si ritiene che le informazioni che ci pervengono dalla storia costituiscano il punto d'inizio di qualsiasi riflessione.

Il lettore si domanderà allora se v'era proprio la necessità di spendere tempo ed energie su un argomento, per dir così, oramai esaurito e che sembrerebbe non avere più nulla da offrire. Tuttavia, non si può fare a meno di notare come, nonostante le solide basi sulle quali poggia, la surrogazione reale sia un tema da molto tempo accantonato e, solo recentemente, in parte "rispolverato" per spiegare il modo d'operare di alcuni meccanismi nei quali si verifica la sostituzione di una cosa a un'altra. A ciò si aggiunga che, contrariamente a quanto ci si potrebbe attendere, soprattutto dalla linearità con la quale i manuali generalmente presentano l'istituto in analisi, appena si comincia ad approfondire lo studio, ci si rende conto della grandissima varietà di opinioni a proposito della definizione stessa del fenomeno, per non parlare, poi, della divergenza di vedute circa il suo ambito applicativo, solo per menzionare alcune delle questioni più importanti.

Il presente lavoro – occorre ribadirlo – non ha assolutamente l'ambizione di risolvere tutte le problematiche connesse al meccanismo surrogatorio e nemmeno andare a colmare una supposta lacuna, ma, almeno come primo obiettivo, costituisce piuttosto un tentativo di ordinare il materiale che si è accumulato nel corso del tempo, in relazione a un istituto che, seppur rimasto sempre presente, è passato, per dir così, inosservato.

Questa ricerca, conformemente all'indirizzo storico-comparatistico che caratterizza il corso di dottorato di cui costituisce la tesi finale, offre una panoramica in senso sincronico e diacronico dell'istituto, ripercorrendo l'evoluzione del medesimo, a partire dall'inizio del diciannovesimo secolo all'incirca. Per portare avanti questo compito, si è ritenuto necessario volgere lo sguardo innanzitutto alla storia, nonché agli ordinamenti esteri, principalmente quelli dell'Europa continentale, più simili alla nostra tradizione giuridica; ciononostante, all'occorrenza, non sono stati tralasciati quelli che si possono ascrivere, invece, alla famiglia di *common law*. Come l'attento lettore potrà immaginare, tuttavia, poiché si tratta di un istituto trasversale, nel senso che ricorre negli ambiti più disparati del diritto civile, i riferimenti ai sistemi stranieri, sia in prospettiva storica che comparatistica, saranno necessariamente incompleti e generici e volti unicamente a dare atto di quanto accade o è accaduto all'estero, a mo' di *divertissement*. Con riferimento al nostro ordinamento, invece, si è cercato di dar conto di tutte le posizioni sul punto, senza tralasciare quelle rese nell'ambito della trattazione di istituti simili o affini, oppure che solo in via incidentale si incontrano con la surrogazione reale.

Il presente lavoro, movendo da un breve inquadramento storico, propone una suddivisione degli argomenti che si discosta da quella "classica", tradizionalmente legata all'analisi delle disposizioni codicistiche secondo il loro esatto ordine, dal primo all'ultimo libro del codice. Si è preferito, per ragioni che non si possono anticipare in questa sede, analizzare il meccanismo surrogatorio in relazione a due grandi ambiti: da un lato, l'obbligazione di restituzione di cosa determinata; dall'altro, il perimento materiale o giuridico della cosa che forma oggetto di un diritto reale. Nello svolgimento della ricerca, anche con l'aiuto e gli spunti provenienti dalla rapida disamina dei sistemi esteri, ci si è resi conto che lo studio dell'istituto, dacché doveva essere meramente "manualistico" e ricostruttivo, poteva rivelarsi - con tutti i limiti che il lettore avrà già intuito - anche propositivo, per cui si è deciso di avanzare qualche ipotesi nella parte finale del lavoro.

Questa brevissima premessa risulterebbe incompleta se non si desse atto dei soggetti che hanno reso possibile, a vario titolo, lo svolgimento e la conclusione della presente tesi. Sia perciò consentito ringraziare il *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht* di Amburgo, nella persona del Prof. Zimmermann, il quale ha cortesemente ospitato chi

scrive, per ben due volte, negli anni 2017 e 2018, nonché il Prof. Francesco Macario, *tutor* nel corso di dottorato di ricerca e, prima di tutto, Maestro.

Capitolo I

Inquadramento, evoluzione storica e definizione dell'istituto

SOMMARIO: 1. Surrogazione personale e surrogazione reale. Prime distinzioni - 2. Evoluzione storica dell'istituto - 2.1. teoria "classica" della surrogazione reale elaborata dalla dottrina francese - 2.2. Teorie moderne. Ulteriori sviluppi della dottrina francese e abbandono dei riferimenti alla finzione di diritto e alle universalità - 2.3 Surrogazione reale nell'elaborazione dottrinale tedesca successiva al BGB - 3. Confronto con istituti analoghi e ulteriori distinzioni: *datio in solutum* e novazione - 4. Massime tratlative *pretium succedit in locum rei* e *commodum repraesentationis* in contrapposizione alla complessità del fenomeno - 5. Surrogazione reale e perimento: distinzione tra i concetti di "bene", "cosa", "trasformazione" e "sostituzione" - 6. Varie specie di surrogazione reale elaborate dalla dottrina: legale e convenzionale; generale e speciale; in senso stretto e in senso lato - 7. Necessità di ulteriori indagini e di sottoporre a revisione alcuni assunti tradizionali relativi alla surrogazione reale. Rinvii

1. Surrogazione personale e surrogazione reale. Prime distinzioni

Il termine "surrogazione" deriva dal latino *subrōgare* e sta ad indicare la sostituzione di una persona o di una cosa a un'altra¹. Nel linguaggio giuridico, esso assume un preciso significato, soprattutto quando si trova accompagnato dagli aggettivi "personale" o "reale", che ne vanno a specificare ulteriormente il senso.

Nel primo caso, si intende solitamente la sostituzione di una parte a un'altra; nel secondo, invece, la sostituzione della cosa oggetto del rapporto giuridico. Elemento comune a entrambe le alternative è - sia consentita la generalizzazione - l'idea che tale rapporto, malgrado il mutamento di uno dei suoi elementi (appunto del soggetto o dell'oggetto), rimanga immutato.

Persino nel sistema giuridico più elementare che si possa immaginare, parrebbe ovvio che gli elementi appena considerati non siano mai perpetui. L'ordinamento, dunque, deve necessariamente prevedere dei meccanismi che vengano incontro, da un lato, alle esigenze delle parti, le quali potrebbero decidere di sostituire a sé un diverso soggetto e, dall'altro, a quegli

¹ F. MENCARELLI, A. TROCCOLI, voce *Surrogazione*, in *Lessico universale italiano*, Roma, 1979, 280.

accadimenti imprevedibili, che potrebbero far venire meno l'oggetto del rapporto. Nel primo senso dell'alternativa, potrebbe darsi il caso di colui che, per estinguere un debito, impieghi del danaro preso in prestito; nel secondo, che la cosa oggetto dell'obbligazione perisca, oppure venga convertita nel suo equivalente pecuniario o, infine, sostituita da un'altra.

Le ipotesi prospettabili, dunque, sono molteplici e, allo stesso modo, molteplici sono le questioni che si pongono, tanto nel caso della surrogazione personale quanto reale. Tuttavia, tra i mutamenti che riguardano gli elementi dell'obbligazione, quelli relativi all'oggetto della medesima non trovano una disciplina generale e completa nel codice civile, ma vengono in rilievo solo in relazione a specifiche e ben definite ipotesi. Queste ultime - la cui enumerazione, per il momento, può essere rinviata -, peraltro, non sono nemmeno tutte contenute nel libro quarto del codice, come si potrebbe ragionevolmente immaginare, bensì trovano spazio in molteplici parti dello stesso. Parti talmente diverse tra loro - si spazia, difatti, dal primo all'ultimo libro - che lascerebbero persino dubitare dell'intenzione del legislatore di voler provvedere, seppur minimamente, a porre una disciplina compiuta per il caso di mutamento oggettivo nell'obbligazione.

La modificazione soggettiva, invece, - sicuramente più frequente - ha ricevuto una disciplina molto più articolata. Senza volersi addentrare nella questione relativa alla vigenza, anche per quella personale, di un principio generale di surrogazione, è un dato di fatto che l'attuale codice regola numerose ipotesi di "sostituzione" di una parte a un'altra nel rapporto obbligatorio. Tra queste risalta il mutamento soggettivo *ex latere creditoris*, di cui agli artt. 1201 ss. c.c., che vanno a formare un capo autonomo, intitolato "del pagamento con surrogazione". Quest'ultima costituisce la forma tipica di surrogazione personale, alla quale si affianca, sempre rimanendo sul versante del soggetto attivo, la cessione del credito (artt. 1260 ss. c.c.). Passando invece al soggetto passivo, si rinvencono tanti altri casi in cui la figura dell'obbligato può mutare. A titolo meramente esemplificativo, si segnalano la delegazione di debito (art. 1268 c.c.), l'espromissione (art. 1272 c.c.) e l'accollo (art. 1273 c.c.).

Gli elementi dell'obbligazione che qui si prendono in considerazione, dunque, sono espressamente contemplati dal codice in riferimento alla possibilità di un loro cambiamento, anche se, per dir così, con una evidente disparità di trattamento. Al mutamento soggettivo, difatti, il codice dedica,

come appena visto, numerose disposizioni, peraltro contigue tra loro; a quello oggettivo, invece, poche e soprattutto frammentate. Ciononostante, non si deve assolutamente escludere che quest'ultimo mutamento, non previsto esplicitamente e, perciò, verrebbe da dire, trascurato, sia meno importante e meno problematico.

L'analisi e gli sforzi della dottrina² si sono concentrati – com'era d'altra parte prevedibile – sul fenomeno noto appunto come surrogazione personale³, che, in via di primissima approssimazione, si può attecnicamente definire come il mutamento di uno dei soggetti all'interno del rapporto obbligatorio, poiché un altro ne ha preso il posto. Stando alla previsione legislativa (artt. 1201 ss.), quando si tratti del lato attivo, tale mutamento può avvenire per tre diverse

² Le opere della letteratura italiana specificamente dedicate alla surrogazione reale non sono numerose. Tra queste si veda, innanzitutto, F. MACARIO, *Garanzia generica e specifica, cause legittime di prelazione e surrogazione reale*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, coordinato da A. Zoppini, IV, *Attuazione e tutela dei diritti*, II, *L'attuazione dei diritti*, Milano, 2009, 199. Inoltre, si segnalano: A. MAGAZZÙ, *La surrogazione reale*, Milano, 1968; ID., *Il perimento della cosa e la teoria dell'efficacia giuridica*, in *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, I, II, Milano, 1978, 1203; ID., voce *Surrogazione reale*, in *Enc. del dir.*, XLIII, 1990, 1497; ID., voce *Perimento della cosa*, ivi, XXXIII, 1983, 35; ID., voce *Perdita ed estinzione dei diritti*, ivi, XXXII, 1982, 973. Sull'argomento, poi, C. TOMASSETTI, *La surrogazione reale*, in *Obbl. e contr.*, 2006, 817; A. GIANOLA, voce *Surrogazione reale*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIX, Torino, 1999, 238; M. ESU, voce *Surrogazione reale*, in *Enc. giur. Treccani*, XXX, Roma, 1993, 1; L.V. MOSCARINI, voce *Surrogazione reale*, in *Noviss. dig. it.*, XVIII, 1971, 969. Sotto la vigenza del codice Pisanelli, invece: D. BARBERO, *Le universalità patrimoniali*, Milano, 1936, 108 ss.; F. SANTORO-PASSARELLI, *La surrogazione reale*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1926, 31 ss., 209 ss. e 417 ss.; E. PERONACI, *La surrogazione nel diritto civile italiano*, estratto dall'*Enciclopedia giuridica italiana*, Milano, 1910; F. LONGO, *Della surrogazione reale nel diritto italiano*, Napoli, 1897; C. CABELLA, *L'art. 1951 del Codice Civile è applicabile alle somme dovute per causa di assicurazione marittima?*, in *Arch. giur.*, 1881, 26, 197; V. PERUGIA, *Sull'art. 1951 del codice civile e l'art. 285 del codice di commercio*, in *Arch. giur.*, 1881, 26, 279. Il tema, dopo molti anni, sembra aver suscitato nuovamente l'interesse degli interpreti. Si segnalano, a questo proposito, due recenti contributi, rispettivamente in tema di sostituzione della cosa gravata da ipoteca e separazione patrimoniale: A. GENOVESE, *Il trasferimento dell'ipoteca. Vicende del rapporto ipotecario*, Pisa, 2017; e L. BALLERINI, *Patrimoni separati e surrogazione reale. Il patto di sostituzione*, Napoli, 2016.

³ La letteratura in tema di surrogazione per pagamento è vastissima. Ci si limiterà, per tale ragione, a riportare solo i contributi più significativi. Innanzitutto, non si può prescindere dal contributo di E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, II, Milano, 1955, 61 ss. e 235 ss. Si vedano, poi, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, Milano, 2006, 346 ss.; C.A. CANNATA, M. PROSPERETTI e G. VISINTINI, *L'adempimento delle obbligazioni*, 2^a ed., in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, IX, *Obbligazioni e contratti*, I, Torino, 1999, 156 ss.; A. GIANOLA, voce *Surrogazione (pagamento con)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIX, Torino, 1999, 233 ss.; O. CAGNASSO, voce *Surrogazione per pagamento*, in *Enc. giur. Treccani*, XXX, Roma, 1993; A. MAGAZZÙ, voce *Surrogazione per pagamento*, in *Enc. del dir.*, XLIII, Milano, 1990, 1519.; B. CARPINO, voce *Surrogazione (pagamento con)*, in *Noviss. dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, 964; O. BUCCISANO, *La surrogazione per pagamento*, Milano, 1958. In prospettiva comparatistica, invece, per un confronto tra i sistemi tedesco, spagnolo e inglese, si segnala l'ampio contributo di J. HAWELLEK, *Die persönliche Surrogation*, Tübingen, 2010.

ragioni, o, se si preferisce mutuare il linguaggio codicistico, per la volontà di tre diversi soggetti: il creditore, il debitore e, infine, la legge. In breve, nel rapporto obbligatorio, un soggetto può sempre essere “sostituito” da un altro, a patto che, va da sé, ricorrano determinate condizioni.

La disciplina attuale affonda le sue radici nel previgente codice (artt. 1251 ss. c.c. abr.), il quale distingueva espressamente la surrogazione personale in due specie: convenzionale e legale. Il Codice Pisanelli, a sua volta, aveva recepito l’insegnamento del *Code civil des Français* (già ispiratore dei codici preunitari) in cui l’istituto si presentava sotto la denominazione di “pagamento con subingresso”⁴. Pur in presenza di un diverso appellativo, la disciplina, comunque, non mutava, essendo comune a tutti la suddetta divisione in due *species*.

Il mutamento soggettivo dell’obbligazione è da sempre oggetto di approfonditi studi⁵, giacché pone numerosi problemi, i quali, per evidenti ragioni, non possono essere in questa sede trattati, anche in quanto esulerebbero dal tema del presente studio. Una questione in particolare, tuttavia, merita quantomeno un cenno, potendosi ravvisare un tratto comune al mutamento oggettivo. Il riferimento è alla “sorte” del rapporto obbligatorio originario, qualora intervenga un soggetto in sostituzione di un altro. In altri termini – nel tentativo di esemplificare –, ci si è chiesti se il pagamento con surrogazione⁶ consista esclusivamente in un mero avvicendamento di una parte (nuova) all’altra, oppure provochi un fenomeno di tipo novativo, nel senso che il rapporto precedente s’estingue e, contestualmente, se ne “crea” uno nuovo. Su questo punto si rinvengono almeno due punti di contatto tra la surrogazione personale e reale e si può intravedere una sorta di parallelismo nello sviluppo delle teorie che hanno tentato di spiegare il funzionamento di

⁴ Si vedano, ad esempio, gli artt. 1304 ss. del codice civile estense (1852) e gli artt. 1339 ss. del codice civile sabauda (1837), tutti relativi al subingresso, appunto, nei diritti del creditore a favore di un terzo che lo paga. L’espressione “pagamento con surrogazione” compare, invece, agli artt. 1202 ss. del codice per il Regno delle Due Sicilie (1836).

⁵ Senza voler risalire sino al diritto romano, è sufficiente segnalare che già nel diciottesimo secolo l’argomento era oggetto di studi monografici da parte dei giuristi francesi. Si segnala, ad esempio, M.P. DE RENUSSON, *Traité de la subrogation de ceux qui succèdent au lieu & place des créanciers*, Parigi, 1723. L’opera sarà successivamente tradotta in italiano: ID., *Trattato della surroga*, trad. it. di S. Camilli, Siena, 1846.

⁶ La terminologia impiegata dal legislatore del 1942, secondo un’autorevolissima opinione, sarebbe un’inversione della formula corretta. Difatti, l’espressione da preferire sarebbe quella di “surrogazione per pagamento”. Si veda per tutti P. RESCIGNO, voce *Obbligazioni (nozioni)*, in *Enc. del dir.*, XXIX, Milano, 1979, 170. Negli stessi termini, A. MAGAZZÙ, voce *Surrogazione per pagamento*, cit., 1520 ss.

ciascuna. Prima di soffermarsi sugli aspetti più tecnici che distinguono i due istituti in discorso, può tornare utile ripercorrere brevemente le vicende comuni che li hanno riguardati.

In primo luogo, occorre rilevare che, relativamente alla surrogazione reale, la questione anzidetta s'è posta esattamente nei medesimi termini. Al pari del mutamento soggettivo, anche per quello oggettivo, uno dei maggiori problemi ha riguardato proprio la continuità o la discontinuità del rapporto originario. Il dubbio, d'altra parte, è più che legittimo e, per certi versi, parrebbe persino intuitivo. Il cambiamento del soggetto o dell'oggetto dell'obbligazione, difatti, inevitabilmente suscita il sospetto che, essendo appunto venuto a mutare (*rectius*: mancare) un elemento (originario) del rapporto, quest'ultimo abbia subito a sua volta una modificazione tale da essere portato all'estinzione. In secondo luogo, un'ulteriore circostanza piuttosto interessante è che nel corso del tempo, nel tentativo di fornire una risposta all'interrogativo di cui s'è appena detto, sono state avanzate, sia per la surrogazione reale che per quella personale, grossomodo le medesime soluzioni.

Il lettore vorrà perdonare la superficialità con la quale questi importanti aspetti vengono trattati, ma, per il momento, è possibile procedere solo a una sommaria e generica esposizione.

Inizialmente, per spiegare il fenomeno surrogatorio, s'è fatto ricorso all'espedito della finzione giuridica⁷. Così, nella surrogazione per pagamento, si riteneva che il soggetto "sostituito" prendesse semplicemente il posto di quello "sostituito". Tale espedito, nella sua semplicità, senz'altro utile a fini esplicativi, consentiva di reputare immutato il rapporto⁸, poiché si era realizzata solamente una semplice vicenda di sostituzione. Nella surrogazione reale, allo stesso modo, come si vedrà ampiamente nel prosieguo, per lungo tempo, soprattutto nella dottrina francese, il fenomeno è stato illustrato mediante la medesima *fictio*: il *bien nouveau* prende il posto - e assume il medesimo regime giuridico - del *bien ancien*. In entrambi i casi,

⁷ Il contributo di E. PERONACI, *La surrogazione nel diritto civile italiano*, cit., che s'occupa prima della surrogazione reale e poi di quella personale, nella parte relativa a quest'ultima, ovvero la seconda dell'ampio lavoro, si apre proprio con il riferimento a illustrissimi giuristi francesi del diciottesimo secolo (tra i quali egli annovera il Pothier, che è sufficiente richiamare per tutti), che davano per scontata la definizione della surrogazione quale "finzione di diritto".

⁸ Per questa tesi risalente si segnala G.M. MERLO, *La surrogazione per pagamento*, Padova, 1933, 36 ss.

dunque, secondo la teoria più risalente, si tratterebbe di un mero mutamento, che non intacca o travolge il rapporto originario.

Non è passato però molto tempo prima che ci si rendesse conto dell'eccessiva semplificazione di questa ricostruzione. Essa sarà infatti successivamente reputata troppo riduttiva e inadeguata, tanto nella surrogazione personale quanto in quella reale, a fornire un solido fondamento giuridico ai cambiamenti in discorso, in conformità ai principi generali. Basti pensare, sia consentito il banale esempio, alla regola - non certo nuova - secondo la quale il pagamento estingue l'obbligazione e tutti i suoi accessori; oppure all'altra regola per cui il perimento della cosa necessariamente trascina con sé tutti i diritti che sulla medesima insistono.

Escluso perciò che la finzione di diritto potesse costituire una valida giustificazione ai fenomeni in analisi, la dottrina ha rivolto lo sguardo altrove. Si sono diffuse altre teorie, orientate nel senso di ravvisare l'estinzione del rapporto al momento dell'intervento di un terzo, quale "sostituto" del lato attivo del rapporto. Il pagamento, in altri termini, effettuato dal soggetto "nuovo", andrebbe a realizzare l'interesse del creditore e contestualmente a estinguere il di lui diritto, con la conseguenza che il terzo subentra in luogo del soggetto attivo e, in virtù di ciò, acquista un diritto di credito nuovo, la cui entità deriva ed è proporzionata alla prestazione da lui adempiuta. La surrogazione, secondo questo punto di vista, comporterebbe pertanto non una successione, bensì un fenomeno di tipo novativo, da distinguere però dalla novazione vera e propria, oggetto, come noto, di separata e differente regolamentazione⁹.

Anche su questa nuova strada, tuttavia, si è palesato un ostacolo di non poco conto: spiegare come fosse possibile essere surrogati in un diritto che, a seguito del pagamento, deve considerarsi estinto¹⁰. Si è tentato allora di conciliare il venir meno del diritto originario con il sorgere di un altro diritto, sussistente tra soggetti diversi. Una possibilità è stata intravista nella scissione tra quest'ultimo e il rapporto, nel senso che il pagamento eseguito dal *solvens* avrebbe due effetti. Da un lato, il soddisfacimento dell'interesse del creditore,

⁹ Questa ricostruzione è da attribuirsi a R. NICOLÒ, *Dell'azione surrogatoria*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, sub Artt. 2900-2969, Bologna-Roma, 1953, 55, il quale afferma che, nella surrogazione legale, il diritto del creditore originario si estingue e al suo posto si pone, con carattere di derivatività, il diritto identico di un altro soggetto, verso il quale il debitore unicamente risponde.

¹⁰ L'osservazione è di A. MAGAZZÙ, voce *Surrogazione per pagamento*, cit., 1521.

il quale si vede estromesso appunto dal rapporto; dall'altro, in virtù del "posto" lasciato vacante da colui il quale ha ricevuto soddisfazione, la nascita di un nuovo diritto, ovvero l'acquisto del credito da parte di chi ha pagato¹¹.

Non molto diversamente è accaduto relativamente alla surrogazione reale, nella quale la sequenza estinzione–costituzione è risultata persino necessaria per spiegare il fenomeno, quando si è iniziato ad indagare più approfonditamente il caso particolare dell'indennità d'assicurazione che si sostituisce alla cosa data in garanzia e perita. Essendo inconcepibile che una garanzia reale penda su di una somma di danaro, s'è dovuto necessariamente concludere che il diritto originario (ad esempio l'ipoteca) si estingua, per poi crearsene uno "nuovo" sulla somma dovuta dall'assicuratore. Quale sia la natura di quest'ultimo, ovvero se un semplice diritto di credito, un pegno, un pegno sul credito, un non ben definito "vincolo" (come parrebbe suggerire la terminologia dell'art. 2742 c.c.), non è chiaro e, a quanto consta, è questione tuttora aperta.

La surrogazione personale e quella reale, dunque, almeno con riferimento all'effetto conseguente alla "sostituzione" di un elemento del rapporto obbligatorio – appunto il soggetto o l'oggetto – hanno posto delle questioni che, tutto sommato, sono assimilabili tra loro ed hanno ricevuto da parte di coloro che se ne sono occupati spiegazioni altrettanto simili. Tuttavia, le loro strade, per dir così, si sono a un certo punto separate, molto probabilmente per le seguenti ragioni. In primo luogo, sebbene entrambe condividano un'elaborazione dottrinale plurisecolare, la surrogazione personale è stata recepita espressamente nella codificazione napoleonica¹² e, poi, in quelle europee¹³, ricevendo così se non una vera e propria autonomia,

¹¹ L'elaborazione di questa teoria, che qui si può solo sommariamente accennare, si deve a O. BUCCISANO, *La surrogazione per pagamento*, cit., 39 ss., spec. 81. Lo stesso termine "posto", per indicare la posizione del creditore non più tale a seguito del pagamento, è dell'Autore.

¹² Nella versione originale del *Code civil* il pagamento con surrogazione era regolato agli artt. 1249 ss., nei quali quest'ultima era distinta in due specie, convenzionale e legale. Come visto, la suddivisione sarà poi ripresa dai codici civili preunitari e dal Codice Pisanelli. Attualmente, a seguito di una riforma del 2016, l'istituto si trova agli artt. 1346 ss. e, nonostante la nuova collocazione, è rimasto sempre nella parte dedicata all'*extinction de l'obligation*. In dottrina, si vedano: J. FRANÇOIS, *Traité de droit civil*, diretto da C. Larroumet, IV, *Les obligations. Régime général*, 4^a ed., Parigi, 2017, 517 ss.; G. MARTY, J.P. JESTAZ e P. RAYNAUD, *Les obligations*, II, *Le régime*, 2^a ed., Parigi, 1989, 347 ss.; J. MESTRE, *La subrogation personnelle*, Parigi, 1979.

¹³ In Spagna, ad esempio, le disposizioni sulla surrogazione personale sono contenute negli artt. 1209 ss. *Código civil*, che vanno a comporre la parte finale della sezione dedicata alla *novación*, con una collocazione, dunque, che si discosta dalle altre codificazioni, almeno quella

quantomeno una sua identità. La surrogazione reale, invece, ha trovato spazio inizialmente solo nella legislazione speciale francese¹⁴ e, successivamente, sono state disciplinate esclusivamente singole ipotesi, soprattutto in relazione ai diritti reali di garanzia¹⁵. In secondo luogo, sulla “sfortuna” di questo secondo tipo di surrogazione ha sicuramente inciso un dato fattuale. Se si volge lo sguardo ai principali ambiti entro i quali la surrogazione reale opera, ovvero, volendo generalizzare, il perimento della cosa, ci si renderà conto che questa fattispecie, pur ricorrente da sempre nella pratica, ha suscitato l’interesse dei giuristi e del legislatore solo in un preciso momento storico, ovvero a partire dalla seconda metà del diciannovesimo secolo, in piena rivoluzione industriale, quando i traffici commerciali e l’economia basata sul sistema del credito hanno ricevuto una repentina espansione e si è dunque posto concretamente nella pratica il problema legato alla distruzione della garanzia.

Surrogazione reale e personale, poi, si distinguono sotto un ulteriore aspetto. Sempre soffermandosi sulle vicende che hanno riguardato gli istituti, si deve segnalare che nella surrogazione per pagamento la dottrina pare aver elaborato una soluzione relativamente al problema del suo inquadramento sistematico, a differenza della surrogazione reale. Secondo l’opinione prevalente sul punto – che si colloca logicamente e cronologicamente dopo i tentativi di ricostruzione in termini di finzione di diritto o estinzione-costituzione di un rapporto nuovo –, il pagamento mediante surrogazione si configura come una successione nel lato attivo del rapporto, il quale, nonostante l’intervento di un terzo, dal punto di vista oggettivo rimane immutato¹⁶. Non è possibile in questa sede illustrare con rigore e completezza

italiana e francese. In dottrina si segnalano F. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *sub art. 1209*, in *Código civil comentado*, diretto da A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno e R. Valpuesta Fernández, III, 2ª ed., Madrid, 2016, 518 ss.; L. Díez-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, II, *Las relaciones obligatorias*, 6ª ed., Pamplona, 2008, 991 ss.; P. GONZÁLEZ POVEDA, J.M. MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M. PAZ RUBIO, *Tratado de derecho civil*, diretto da J. Santos Briz, coordinato da I. Sierra Gil de la Cuesta, III, *Derecho de obligaciones*, Barcellona, 2003, 154 ss.; J. BELTRAN DE HEREDIA Y CASTAÑO, *El cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1956, 137 ss.

¹⁴ Si veda *infra* cap. III, sez. II, par. 6.

¹⁵ Il trasferimento del pegno o dell’ipoteca sull’indennizzo dovuto dall’assicuratore è un principio comune nelle legislazioni dell’Europa continentale. Sul punto *amplius infra* cap. III, sez. II, par. 11.

¹⁶ Secondo A. GIANOLA, voce *Surrogazione (pagamento con)*, cit., 234 ss., nel caso di pagamento con surrogazione, il terzo paga consapevolmente il debito altrui non per realizzare il diritto del creditore, bensì per estromettere quest’ultimo dal rapporto obbligatorio, al fine di

tutti gli aspetti della tesi appena riportata, ma era comunque necessario dar conto dei risultati raggiunti, per mettere in luce un'altra divergenza tra gli istituti in discorso.

La brevissima panoramica che precede, se, da un lato, ha consentito di illustrare alcune vicende comuni all'elaborazione dei due istituti, dall'altro, risulta per forza di cose in completa, non essendo, da un punto di vista strettamente giuridico, utile ai fini di una precisa distinzione, quantomeno per una definizione dei fenomeni in analisi. Che un tipo di surrogazione riguardi il soggetto e l'altro l'oggetto potrebbe sembrare persino scontato; d'altra parte, contribuiscono alla delimitazione delle fattispecie gli aggettivi "personale" e "reale", che non lasciano spazio a dubbi. La contrapposizione tra i due tipi di surrogazione è, difatti, piuttosto netta e quasi tutti gli studi in materia enunciano la distinzione in principio¹⁷. Se, però, risulta agevole distinguere le persone dalle cose, non con altrettanta immediatezza si possono rinvenire delle differenze con altri istituti, che potrebbero risultare affini o persino sovrapponibili alla surrogazione reale¹⁸. Si rende necessario, per tali ragioni, procedere con ulteriori distinzioni, al fine di delineare compiutamente l'oggetto del presente studio. Tuttavia, prima di poter escludere o includere nel novero della surrogazione reale altri meccanismi previsti dalla legge, si deve necessariamente procedere quantomeno a tratteggiare i suoi caratteri, almeno in ossequio alla copiosa elaborazione dottrinale accumulatasi nel corso dei secoli, poiché solo dopo un inquadramento della fattispecie, soprattutto in prospettiva storica, sarà possibile iniziare l'indagine volta a stabilire in cosa effettivamente consiste il fenomeno surrogatorio. Può tornare utile, a questo proposito, ripercorrere – per quanto possibile – l'evoluzione storica dell'istituto, che vanta un'elaborazione plurisecolare.

Sia però consentito di rilevare che qualunque indagine sulla surrogazione reale, tanto in prospettiva storica, quanto comparatistica, non potrà seguire un criterio terminologico. All'interno del nostro stesso

realizzare un proprio interesse. Pertanto, il rapporto obbligatorio sopravvive e il terzo subentra nella posizione del creditore. Discorrono di successione anche C.A. CANNATA, M. PROSPERETTI e G. VISINTINI, *L'adempimento delle obbligazioni*, cit., 163. Si veda inoltre, negli stessi termini, A. MAGAZZÙ, voce *Surrogazione per pagamento*, cit., 1525.

¹⁷ Così fa, ad esempio, O. BUCCISANO, *La surrogazione per pagamento*, cit., 1 ss. Altrettanto si rinviene nei contributi di C. TOMASSETTI, *op. loc. cit.*, e M. ESU, voce *Surrogazione reale*, cit., 3 ss.

¹⁸ Si deve segnalare il tentativo di O. BUCCISANO, *La surrogazione per pagamento*, cit., 91 ss. di ricostruire un principio generale di surrogazione.

ordinamento, difatti, l'espressione "surrogazione reale", a quanto consta, non compare mai nella legge. L'unica formulazione che vi si avvicina è quella dell'art. 2742 c.c., rubricato appunto "surrogazione dell'indennità alla cosa". Per il resto, l'istituto in analisi opera spesso, per dir così, sotto altre denominazioni ed è necessario perciò verificare di volta in volta quali meccanismi effettivamente presentino delle caratteristiche tali da poter essere annoverati nel concetto di surrogazione reale. Allo stesso modo, se si vuole procedere a un'indagine storica in senso diacronico, non si troveranno tracce dell'espressione "surrogazione reale" almeno sino alla civilistica francese del diciottesimo secolo, momento dal quale si inizia a impiegare tale espressione con un ben definito intento, ovvero quello di indicare il fenomeno in virtù del quale una cosa prende il posto di un'altra e ne assume le qualità o il regime giuridico all'interno del rapporto obbligatorio.

In ogni caso, l'assenza di una formula che identifichi con un ragionevole grado di certezza la surrogazione reale non esclude che, comunque, siano esistiti istituti basati sulla medesima o che il concetto di "sostituzione" di un bene con un altro non sia stato considerato del tutto per secoli.

In prospettiva sincronica, parimenti, il quadro non muta. L'espressione "surrogazione reale" trova degli equivalenti nel diritto europeo continentale su base romanistica. Prendendo come termini di paragone gli ordinamenti più significativi, in Francia si discorre di *subrogation réelle*, oppure, talvolta, di *subrogation de chose*, anche se la prima espressione risulta prevalente¹⁹; in Spagna, invece, si ricorre alla formula *subrogación real*²⁰. Quanto alla Germania, infine, il termine *Surrogation*, senza aggettivi che lo specificino, individua in genere la surrogazione reale²¹.

Nonostante, come appena visto, alla nostra espressione corrispondano dei diretti equivalenti all'estero ed essa sia perciò immediatamente traducibile, questa circostanza non deve trarre in inganno. Sarebbe difatti errato, oltretutto riduttivo, ritenere di poter svolgere compiutamente l'indagine esclusivamente

¹⁹ Per averne conferma, è sufficiente guardare ai titoli dei contributi dedicati al tema, sui quali si veda *infra* nota 37.

²⁰ Si badi però che quando manca l'aggettivo *real*, come d'altra parte accade presso di noi, per surrogazione si intende generalmente quella personale. A titolo meramente esemplificativo, si vedano gli artt. 1209 ss. c.c. spagnolo.

²¹ Talvolta, tuttavia, per maggiore chiarezza, si il vocabolo *Surrogation* è preceduto da *dinglichen*, che sta ad indicare appunto la "cosa" nel significato latino di *res*.

mediante la ricerca nelle fonti legislative e dottrinali estere delle predette espressioni.

Una conferma di ciò si può rinvenire nei diritti inglese e nordamericano²², presso i quali è piuttosto raro, difatti, trovare il termine *subrogation* preceduto dall'aggettivo *real*²³. Ciò non toglie, in ogni caso, che il fenomeno in esame è comunque ben conosciuto. A titolo meramente esemplificativo, si pensi al *trust* e all'ipotesi in cui l'amministratore dispone dei beni oggetto di quest'ultimo in esecuzione o in violazione del suo incarico o dei suoi doveri; in tal caso, il ricavato, o quanto acquistato in sostituzione del bene alienato, sarà anch'esso sottoposto automaticamente – per surrogazione reale, si direbbe – al *trust*²⁴.

In breve, non si potrà fare affidamento sul criterio terminologico, dovendosi verificare se le ipotesi di sostituzione di un bene a un altro disciplinate dagli ordinamenti effettivamente rientrano nello schema della surrogazione reale. Si dovrà successivamente verificare se alle ipotesi che effettivamente risulteranno riconducibili alla surrogazione reale corrisponda un principio generale.

Oltre ai casi espressamente previsti dalla legge, che potrebbero rientrare sotto la dizione di surrogazione reale “legale”, non sono da tralasciare gli altri casi in cui ricorre il fenomeno surrogatorio per volontà delle parti e che, dunque, dovrebbero rientrare sotto una diversa definizione, che potrebbe essere quella di surrogazione reale “convenzionale”, almeno con riferimento alla fonte dell'effetto di sostituzione.

²² Qui, al contrario di quanto avviene in Germania, il termine *subrogation* identifica la surrogazione personale, in particolar modo quella dell'assicuratore al posto dell'assicurato danneggiato. Cfr. C. MITCHELL, S. WATTERSON, *Subrogation. Law and Practice*, Oxford, 2007; C. MITCHELL, *The law of subrogation*, Oxford, 1994; D.S.K. ONG, *Ong on subrogation*, Annandale, 2014; R.C. HORN, *Subrogation in insurance theory and practice*, Philadelphia, 1964.

²³ Essi compaiono insieme solo in quegli studi in cui si spiega il fenomeno surrogatorio mediante il ricorso appunto alla formula *real subrogation*, che comunque viene percepita, in ambito anglosassone, come propria dei sistemi su base romanistica.

²⁴ Nella dottrina italiana accenna a questo “trasferimento” A. GIANOLA, voce *Surrogazione reale*, cit., 239. Per un approfondimento sul problema relativo alla possibilità di sostituire per via convenzionale l'oggetto della separazione patrimoniale, si veda *infra* cap. IV, parr. 4 ss.

2. Evoluzione storica dell'istituto

L'idea che nei rapporti giuridici un bene possa sostituire un altro e assumerne le qualità è risalente. Il concetto di sostituzione, quale modo per surrogare una cosa a un'altra, è, secondo quanto dimostrato da alcuni studi, presente già nel diritto dei popoli mediorientali, e non solo, precedenti all'anno zero²⁵.

È però nel diritto romano classico che si assiste a un'elaborazione più compiuta del meccanismo surrogatorio, sebbene non si sia arrivati all'epoca ad una formulazione in termini generali. I giuristi romani, difatti, come accaduto anche in altri ambiti, non hanno dato all'istituto una sistemazione, ma, piuttosto, si sono misurati con la risoluzione di questioni pratiche. Un esempio è costituito dall'eredità e dalla relativa azione di petizione. Si deve preliminarmente osservare come sia per Gaio che per Ulpiano la massa dei beni ereditari era da considerarsi come un'*universitas*, ovvero un insieme, giuridicamente definito, distinto dai singoli elementi che lo compongono²⁶.

Ebbene, allora come ora, si poneva il problema dell'alienazione o la donazione dei beni che appartengono a tale massa da parte di un soggetto non legittimato, come potrebbe essere, ad esempio, l'erede apparente. L'erede legittimo non avrebbe potuto, normalmente, avanzare alcuna pretesa nei confronti dell'acquirente di tali cose. Fu per questa ragione che, grazie al contributo dei suddetti giuristi, si iniziarono a considerare come parte dell'eredità anche i beni acquistati in ragione dell'eredità medesima. Non passò poi molto tempo prima di estendere l'azione di petizione anche e proprio a queste ultime cose, con la conseguenza che l'oggetto del giudizio non sarebbe stato il bene originariamente facente parte della massa ereditaria, bensì il suo "sostituto". Un'ipotesi analoga era costituita dalla dote. Anche qui

²⁵ Come riferisce F.J. ANDRÉS SANTOS, *Introducción Histórico-Dogmática a la idea de la subrogación real*, in *Anuario de derecho civil*, 1998, 685, al quale si rinvia per i riferimenti agli autori che hanno svolto l'indagine storica, già nel diritto neobabilonese ed ellenico si rinvenivano esempi dell'idea di surrogazione reale, in particolare in riferimento al patrimonio - che, come si vedrà, per molto tempo è stato ritenuto terreno d'elezione dell'istituto in analisi -, quando un bene ne fuoriesce e viene sostituito dal corrispettivo o da ciò che è stato acquistato in sostituzione. Si segnala, inoltre, l'indagine di G. HAMZA, *Comparative law and antiquity*, Budapest, 1991, 235 ss., secondo il quale il principio della surrogazione era comune ai popoli più antichi; l'esempio riportato dall'Autore è relativo all'alienazione di un bene da parte del non proprietario e la sua sostituzione con il ricavato, che spetterebbe al legittimo titolare. Per un'analisi ancora più specifica del caso in discorso relativa al diritto della Grecia antica, si veda F. PRINGSHEIM, *The Greek Law of Sale*, Weimar, 1950.

²⁶ Il tema è diffusamente affrontato da D. BARBERO, *Le universalità patrimoniali*, Milano, 1936, 259 ss.

si dava il problema relativo alla “trasformazione” dei beni dotali in caso di necessità o convenienza, come la loro vendita e il successivo acquisto di cosa differente. Al pari dell'eredità, una volta qualificata la *dotem* come un insieme (*rectius*: universalità) di cose, si giunse ad ammettere che il prezzo o il surrogato di uno dei suoi elementi entrassero anch'essi a far parte della dote e fossero sottoposti al medesimo regime giuridico²⁷.

È in questo contesto che si affaccia per la prima volta l'idea della “finzione”, nel senso che, nel pragmatico modo di procedere dei giuristi romani, l'unico modo per attribuire la qualità di bene ereditario o dotale a una cosa che tale qualità non aveva era proprio quello di “fingere” che l'avesse²⁸. L'espedito della finzione di diritto, come si vedrà, sopravvivrà sino agli inizi del ventesimo secolo e rappresenta senza dubbio un punto fermo nella teorizzazione della surrogazione reale.

Nel corso del medioevo, il concetto di *universitas* venne ulteriormente raffinato dai glossatori, impegnati in un intenso recupero e rielaborazione delle fonti romane, nelle quali il termine universalità ricorreva nei contesti più disparati. Per questa ragione, i giuristi dell'epoca elaborarono una nozione ampia di *universitas facti* (cose corporali) e *universitas iuris* (cose corporali e incorporali), in cui in quest'ultima si ricomprendevano un qualsiasi aggregato di beni e diritti al medesimo tempo²⁹. Tale accezione era piuttosto vasta, per non dire quasi confusa, tanta era la sua indeterminatezza, ma era dotata di una particolarità, ovvero l'indipendenza delle cose o dei diritti singolarmente considerati dal tutto. In altri termini – e questo costituisce uno dei passaggi fondamentali per i successivi sviluppi delle teorie relative alla surrogazione reale –, pur variando i singoli elementi, sia in aumento che in diminuzione,

²⁷ Per una puntuale ricerca sui problemi qui solo accennati e per i dovuti riferimenti bibliografici, si segnala il contributo di M.L. MARÍN PADILLA, *La Formación del concepto de subrogación real*, in *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1975, 1112 ss.

²⁸ Sul concetto di finzione in senso giuridico si veda il mirabile contributo di S. PUGLIATTI, voce *Finzione*, in *Enc. del dir.*, XVII, Milano, 1968, 658. Si segnalano, poi, sullo stesso argomento, A. GAMBARO, voce *Finzione giuridica nel diritto positivo*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VIII, Torino, 1992, 343; e R. GUASTINI, voce *Finzione giuridica (nella teoria generale)*, ivi, 354. Per l'ordinamento francese, invece, si veda l'interessante lavoro di G. WICKER, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Parigi, 1997.

²⁹ Secondo la tradizionale tripartizione, l'*universitas* si distingue in *personarum*, *rerum* e *iuris*. La prima indica una collettività di soggetti; la seconda un insieme di sole cose e, infine, la terza cose, diritti e azioni. Sull'argomento si veda M. TRIMARCHI, voce *Universalità di cose*, in *Enc. del dir.*, XLV, Milano, 1992, 801 ss.; ma si vedano altresì R. RASCIO, voce *Universalità patrimoniali*, in *Noviss. dig. it.*, XX, 1975, 95 ss.; S. PUGLIATTI, *Riflessioni in tema di « universitas »*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, 955 ss.

L'*universitas* rimaneva sempre la stessa, in virtù appunto del fatto che era da considerarsi come un'"entità" autonoma. Universalità per eccellenza, dunque, secondo l'elaborazione dell'epoca, erano il patrimonio e l'eredità³⁰.

La distinzione appena riportata aveva delle conseguenze anche sul piano processuale. Nel caso di *universitas facti* era difatti concessa la *rei vindicatio*, ovvero un'azione nella quale l'oggetto del giudizio sarebbe stata la singola cosa in sé e per sé; nel caso di *universitas iuris*, invece, si sarebbe agito con un'azione a carattere appunto universale, nel senso che ad essere rivendicato non era il bene nella sua individualità, bensì il bene in quanto parte del tutto e, dunque, quest'ultimo in definitiva³¹.

Ai fini che qui interessano, occorre sottolineare inoltre che, quale ulteriore differenza tra i casi appena riportati, nell'ipotesi d'alienazione o sostituzione di una cosa appartenente all'*universitas facti*, il prezzo o il bene sostituito potevano essere chiesti solo in via subordinata, mentre nell'*universitas iuris* era pacifico che essi fossero da considerarsi tali e quali all'universalità e perciò che fosse possibile pretenderli immediatamente³². Si distinguevano perciò due tipi di *iudicium*, uno *singulare* e uno *universale*, nei casi rispettivamente di universalità di fatto e di diritto.

Un significativo contributo ai concetti in discorso fu successivamente apportato da Bartolo da Sassoferrato, al quale generalmente si attribuisce il noto adagio *in iudiciis universalibus pretium succedit in locum rei, res in locum pretii*³³. Sempre del giurista marchigiano è la massima, meno nota, ma

³⁰ Un'approfondita indagine del concetto di universalità nel medioevo è stata compiuta da A. LUCCI, *La dottrina delle universitas rerum nel diritto medievale*, in *Arch. giur.*, 1904, 305 ss.

³¹ Un esempio potrà chiarire meglio. Si pensi ancora al caso dell'eredità. L'*hereditas petitio* era volta a tutelare e ricostituire tale insieme nella sua interezza ed era difatti un'azione a carattere universale. La distinzione tra le due azioni a seconda che si tratti di un tipo di universalità o dell'altro si fa generalmente discendere da un determinato passo del Digesto, il 6.1.56. Sulle vicende storiche di questo punto in particolare e sulle varie interpolazioni dello stesso, si veda A. PADOVANI, *Sulla dialettica dei giuristi medievali. Fallacia d'accidente e dintorni*, in *Honos alit artes. Studi per il settantesimo compleanno di Mario Ascheri*, I, *La formazione del diritto comune. Giuristi e diritti in Europa (secoli XII-XVIII)*, a cura di P. Maffei e G.M. Varanini, Firenze, 2014, 241 ss.

³² Come riferisce M.L. MARÍN PADILLA, *La Formación del concepto de subrogación real*, cit., 1132, nel caso della petizione d'eredità, il prezzo del bene fuoriuscito o quello acquistato in sua sostituzione erano ritenuti anch'essi eredità, in quanto beni (equivalenti) in sostituzione di quello originario. L'Autrice, poi, giustamente si sofferma sul problema relativo all'equivalente o al prezzo di vendita, poiché spesso le fonti romane fanno confusione tra l'uno e l'altro. Un conto è recuperare il prezzo del bene fuoriuscito, che potrà essere superiore oppure inferiore al valore reale della cosa, un altro è appunto quest'ultimo.

³³ L.V. MOSCARINI, voce *Surrogazione reale*, cit., 970.

altrettanto rilevante, *subrogatum sapit naturam eius in cuius locum subrogatur*, che esprime il concetto secondo cui il bene sostituto subentra a quello sostituito nella medesima condizione, assumendo le stesse qualità giuridiche. Dalla combinazione dei concetti condensati nelle anzidette formule latine, dunque, emerge la consapevolezza da parte dei giuristi delle epoche sino ad ora considerate e, soprattutto, del diritto comune, dell'idea di un principio di surrogazione, relativo alla sostituibilità dei beni che appartengono a un insieme qualificato, avente una sua rilevanza e autonomia giuridiche.

Seppur estremamente interessante, non è possibile ripercorrere in questa sede tutta l'elaborazione bartoliana delle fonti romane, poiché l'illustre esponente della scuola dei commentatori ha lasciato numerosi contributi in tema di universalità, il cui studio richiederebbe, per l'imponenza del materiale e per la sottigliezza delle argomentazioni, un'opera a parte³⁴. Qui si può solo segnalare che le massime di Bartolo hanno fortemente condizionato lo studio della surrogazione reale per i secoli a seguire. La sua autorevolissima opinione, difatti, mediante il riferimento agli *iudiciis universalibus*, ha confinato, per dir così, il meccanismo surrogatorio al solo campo delle universalità, con la conseguenza che per lungo tempo si è ritenuto pacificamente che al di fuori di tale ambito non vi fosse spazio alcuno per la surrogazione reale³⁵.

Ma l'influenza dell'illustre giurista è andata ancora più in là. Un ulteriore corollario che si è fatto discendere dalla sua elaborazione è che la surrogazione reale sia un meccanismo a carattere eccezionale, che può operare solo ed esclusivamente, appunto, o nelle universalità, in cui la sostituzione dei beni avviene normalmente, oppure laddove sia espressamente previsto dalla legge³⁶. Di tutto questo, in ogni caso, si darà conto più avanti.

³⁴ Impresa che è stata comunque già portata avanti. Si veda, ad esempio, il lavoro di A. WELLE, *In universalibus pretium succedit in locum rei, res in locum pretii. Eine Untersuchung zur Entwicklungsgeschichte der dinglichen Surrogation bei Sondervermögen*, Berlino, 1987.

³⁵ Se Bartolo da Sassoferrato abbia voluto limitare la finzione giuridica della sostituzione di un bene all'altro solo alle universalità di diritto e non a quelle di fatto è questione dibattuta. Molto dipende, difatti, dall'interpretazione dei testi che il giurista ha lasciato, spesso oggetto di modifiche e interpolazioni nel corso del tempo. Cfr. sul punto F.J. ANDRÉS SANTOS, *Introducción Histórico-Dogmática a la idea de la subrogación real*, cit., 692 ss.

³⁶ Questo assunto è una diretta conseguenza dell'inquadramento della surrogazione reale in termini di finzione. Solo la legge, difatti, secondo la concezione tradizionale, può stabilire, in casi eccezionali, quando un bene può assumere le qualità di un altro, mantenendo immutato il rapporto originario: *legis est aut consuetudinis introducere fictionem non etiam hominis*.

I brevissimi riferimenti storici che precedono consentono ora di passare all'analisi delle teorie più recenti, le quali, come si vedrà immediatamente, devono molto alle elaborazioni dei giuristi romani e medievali, che in un certo senso ne costituiscono la base.

2.1. Teoria "classica" della surrogazione reale elaborata dalla dottrina francese

Sino alla codificazione napoleonica, non si rinvengono sviluppi significativi circa l'elaborazione della surrogazione reale. Tale circostanza è da imputare principalmente alla stabilità e continuità, per dir così, del diritto europeo continentale, rimasto sostanzialmente immutato fino all'epoca delle codificazioni, che, senza dubbio, hanno invece dato un nuovo impulso allo studio del tema. Sarà proprio il codice Napoleone a riaccendere l'interesse per l'argomento, poiché compariranno in esso numerose disposizioni che fanno applicazione del principio surrogatorio. Non a caso, i civilisti francesi dell'epoca hanno dedicato ampi studi alla surrogazione reale, molto probabilmente più di quanto sia stato fatto all'estero, anche in epoca successiva³⁷.

Innanzitutto, una notazione di ordine terminologico. La teoria che si andrà immediatamente a tratteggiare assume la denominazione di "classica" in contrapposizione alle teorie successive, che negheranno una correlazione tra surrogazione reale, universalità e finzione. Tale attributo, dunque, è stato

³⁷ La dottrina francese è quella che più di tutte ha fornito un contributo allo studio dell'argomento. A questo proposito, si vedano: M.J. FLACH, *De la subrogation réelle*, in *Revue historique de droit française et étrangère*, 1868, 448 ss.; ID., *De la subrogation réelle*, Parigi, 1870; E. PAULMIER, *De la subrogation réelle en droit romain et en droit français*, Orléans, 1882, 4 ss.; M. DEMOGUE, *Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle*, in *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1901, 236 ss.; C. STORA, *De la subrogation réelle*, Parigi, 1901; J. AURENGE, *La Subrogation réelle*, Parigi, 1910; A. MAGNILLAT, *De la subrogation réelle*, Lione, 1912; A. HENRY, *De la subrogation réelle, conventionnelle et légale*, Parigi, 1913; H. CAPITANT, *Essai sur la subrogation réelle*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1919, 385 ss.; C. BORNET, *La notion de subrogation réelle et le emploi prévu par la loi des dommages de guerre*, Lilla, 1921; J. BONNECASE, *La subrogation réelle*, in *Traité théorique et pratique de droit civil*, suppl. III, diretto da G. Baudry-Lacantinerie, Parigi, 1926, 688 ss.; A. CERBAN, *Nature et domaine d'application de la subrogation réelle*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1939, 47 ss.; M. LAURIOL, *La subrogation réelle*, Parigi, 1954; G. MARTY, P. RAYNAUD, *Droit civil*, I, 2^a ed., Parigi, 1972, 470 ss.; V. RANOUIL, *La subrogation réelle en droit civil français*, Parigi, 1985; E. SAVAUX, G. GRIMONPREZ, voce *Subrogation réelle*, in *Répertoire de droit civil*, IX, Parigi, 2014, 1 ss. Per il Belgio, si veda, da ultimo, V. SAGAERT, *La dématérialisation des droits réels sur des biens matériels: l'extension de la subrogation réelle*, in *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, Bruxelles, 2004, 383 ss.

conferito *a posteriori*, per differenziare la concezione, per dir così, "tradizionale" della surrogazione, sviluppata appunto in Francia nel diciannovesimo secolo, da quelle più moderne. Il contributo della dottrina francese, per tale ragione, non può essere affatto trascurato ed è perciò opportuno, nei limiti del possibile, darne conto.

Già prima della codificazione napoleonica, si era diffusa in Francia la distinzione tra *subrogation d'une personne à une autre* e *subrogation d'une chose à une autre*, con una terminologia, dunque, simile a quella attuale³⁸. La codificazione napoleonica, nonostante l'elaborazione plurisecolare dell'istituto, non ha stabilito un principio generale di surrogazione, ma piuttosto ha dettato alcune disposizioni specifiche, che ne fanno applicazione. Tuttavia, come notato in principio, se, per la ricerca di tali disposizioni, si adotta un criterio esclusivamente terminologico, si scoprirà che il *code civil*, almeno considerando la versione originale del 1804, solo in un'occasione ricorre al termine "surrogazione" in relazione alle cose.

Si tratta(va) dell'art. 1407 c.c. francese, a norma del quale "l'immeuble acquis pendant le mariage à titre d'échange contre l'immeuble appartenant à l'un des deux époux, n'entre point en communauté, et est subrogé au lieu et place de celui qui a été aliéné; sauf la récompense s'il y a soulte"³⁹. Altri casi, sebbene non si facesse riferimento diretto alla surrogazione, erano quelli, ad esempio, dell'art. 1553, relativo alla sostituzione dei beni dotali⁴⁰, oppure dell'art. 132, il quale stabiliva un principio affine a quello dell'art. 66 c.c.⁴¹. Che

³⁸ Si veda, ad esempio, la distinzione operata nell'opera di M.P. DE RENUSSEAU, *Traité de la subrogation de ceux qui succèdent au lieu & place des créanciers*, cit., nel quale la surrogazione personale e quella reale compaiono e sono trattate separatamente.

³⁹ L'art. 1407 *Code civil* è tuttora in vigore, ma nel 1965 la sua formulazione è stata sostituita da una legge che ha riformato i regimi matrimoniali. Attualmente, dunque, al primo comma si legge che "le bien acquis en échange d'un bien qui appartenait en propre à l'un des époux est lui-même propre, sauf la récompense due à la communauté ou par elle, s'il y a soulte".

⁴⁰ La versione originaria dell'art. 1553 *Code civil* stabiliva che "l'immeuble acquis des deniers dotaux n'est pas dotal si la condition de l'emploi n'a été stipulée par le contrat de mariage. Il en est de même de l'immeuble donné en paiement de la dot constituée en argent". Il principio, a seguito dell'abrogazione del regime dotale, non è più in vigore.

⁴¹ L'art. 132 *Code civil* prevedeva che "si l'absent reparaît, ou si son existence est prouvée, même après l'envoi définitif, il recouvrera ses biens dans l'état où ils se trouveront, le prix de ceux qui auraient été aliénés, ou les biens provenant de l'emploi qui aurait été fait du prix de ses biens vendus". Una riforma intervenuta nel 1798 ha spostato la disposizione sotto l'art. 130: "l'absent dont l'existence est judiciairement constatée recouvre ses biens et ceux qu'il aurait dû recueillir pendant son absence dans l'état où ils se trouvent, le prix de ceux qui auraient été aliénés ou les biens acquis en emploi des capitaux ou des revenus échus à son profit".

non si potesse fare affidamento solo al suddetto criterio era chiaro anche all'epoca, tanto è vero che uno dei maggiori ambiti nei quali i fautori della teoria classica ritenevano operante la surrogazione era proprio quello del patrimonio, relativamente al quale, a quanto consta, il Codice Napoleone non detta regole specifiche in merito alla surrogazione.

È appunto in questo contesto che la teoria classica inizia a svilupparsi, per vero con un certo ritardo rispetto all'avvento del *Code civil*. Il primo studio generale sulla surrogazione reale, difatti, a quanto consta, risale al 1868 e si deve al Flach⁴². Nonostante i nuovi spunti offerti dalla codificazione, passeranno però sessant'anni prima che la dottrina inizi ad indagare il fenomeno in analisi. Questo ritardo, per dir così, è generalmente attribuito allo sviluppo, nel periodo qui preso in considerazione, della *École de l'Exégèse*⁴³, caratterizzata, come noto, da un metodo strettamente legato all'analisi del codice e, in un certo senso, celebrativo di quest'ultimo. In assenza di disposizioni direttamente riferentisi alla surrogazione reale, in quei decenni risultò arduo formulare un principio di surrogazione, anche perché gli esponenti della Scuola erano notoriamente ostili alle teorie e idee generali, se non supportate da un solido e immediato riferimento normativo⁴⁴. In ogni caso, al declino del metodo esegetico corrispose un riaccendersi dell'interesse per l'argomento.

La teoria classica si fonda principalmente su tre assunti. In primo luogo, il patrimonio, considerato come un'universalità di diritto, costituita da tutti i beni che appartengono all'individuo. In secondo luogo, l'indivisibilità e l'unità del medesimo, nel senso che il soggetto non può avere più patrimoni allo stesso tempo. In terzo luogo, la fungibilità dei suoi elementi, in base alla quale le cose che lo compongono sono fungibili, in quanto non esprimono nient'altro che un *valeur pécuniaire*, posto a garanzia della responsabilità patrimoniale dell'individuo⁴⁵. In breve, all'uscita di un elemento dal patrimonio e alla sua

⁴² Per i riferimenti alle opere di questo autore v. *retro* nota 37.

⁴³ Sulla Scuola dell'Esegesi non si può prescindere dai contributi di G. TARELLO, voce *Scuola dell'esegesi*, in *Noviss. dig. it.*, XVI, Torino, 1969, 819 ss.; ID., *La Scuola dell'esegesi e la sua diffusione in Italia*, in *Scritti per il XL della morte di P.E. Bensa*, Milano, 1969, 240.

⁴⁴ Dà atto di queste circostanze V. RANOUIL, *La subrogation réelle en droit civil français*, cit., 23.

⁴⁵ La nota ricostruzione del patrimonio in termini di universalità di diritto dagli elementi fungibili si deve a C. AUBRY, C. RAU, *Cours de droit civil français, d'après le méthode de Zacharie*, IX, 5^a ed. rivista e aggiornata con la legislazione e la giurisprudenza da É. Bartin, Parigi, 1917, 333 ss.

sostituzione con un altro – o magari con il prezzo – si realizzerebbe un fenomeno surrogatorio. La cosa “nuova” entra a far parte di quell’universalità e, assieme alle altre che già vi appartengono, va a formare il patrimonio dell’individuo, aggredibile dai creditori.

La necessaria conseguenza di questi tre postulati era l’inquadramento della surrogazione reale tra le finzioni di diritto. Su questo punto si registra l’unanimità nella dottrina francese del diciannovesimo secolo⁴⁶. Un Autore in particolare scriverà addirittura che “tout le monde est d’accord sur ce point: la subrogation est toujours une fiction juridique”⁴⁷. L’idea si basava sull’osservazione, per dir così, di un dato fattuale. Non essendo infatti possibile realizzare una perfetta ed esatta identità tra due cose, necessariamente si concludeva che solo mediante una finzione, appunto, si potesse considerare un bene alla stregua di un altro, attribuendogli le medesime qualità giuridiche⁴⁸.

La surrogazione reale, dunque, veniva percepita, se si vuole, come un meccanismo contrario alla realtà e possibile solo in virtù di un artificio. Coerentemente con questa premessa, si escludeva categoricamente che la surrogazione reale avesse ambiti di applicazione diversi da quelli espressamente sanciti dalla legge. La finzione di diritto, d’altra parte, avendo carattere eccezionale, non era ritenuta suscettibile di interpretazione analogica. Il Flach affermava infatti che “toute subrogation a sa source dans la loi”⁴⁹.

Nell’analisi di queste ipotesi legislative, poi, si giunse a formulare una suddivisione tra due tipi di surrogazione, uno generale e un altro speciale. Il primo è quello operante nel patrimonio del soggetto, secondo la concezione dell’epoca, universalità per eccellenza; per cui i beni entrano e fuoriescono da quest’ultimo, senza che il tutto muti la sua funzione di garanzia per le obbligazioni. Il secondo, invece, è relativo alle cose in particolare. Un esempio potrà chiarire meglio. Si pensi al caso della dote e alla vendita o alla sostituzione di un bene dotale con il prezzo o un’altra cosa. In queste ipotesi

⁴⁶ A titolo meramente esemplificativo, si veda E. PAULMIER, *De la subrogation réelle en droit romain et en droit français*, cit., 3. Ma si vedano altresì C. AUBRY, C. RAU, *Cours de droit civil français, d’après le méthode de Zacharie*, cit., 340.

⁴⁷ Si tratta di M.J. FLACH, *De la subrogation réelle*, 1870, cit., 3.

⁴⁸ Secondo M. MERLIN, voce *Subrogation de chose*, in *Répertoire universelle et raisonné de jurisprudence*, XVI, 5^a ed., Parigi, 1828, 431, “car on peut bien feindre qu’une chose est la même qu’une autre mais on ne peut jamais réaliser cette identité”.

⁴⁹ M.J. FLACH, *De la subrogation réelle*, 1870, cit., 5.

si riteneva operare una surrogazione relativamente al singolo bene considerato, che avrebbe assunto il medesimo regime giuridico del precedente, con tutta l'applicazione della relativa disciplina⁵⁰.

Occorre tuttavia una precisazione. Quando i fautori della teoria classica affermavano che il bene sostituto assume le medesime qualità di quello sostituito non intendevano, ad esempio, attribuire ai beni immobili la qualità di mobili e viceversa, a seconda di quale fosse subentrato in sostituzione. È pur vero che la surrogazione reale era ritenuta una finzione, ma non poteva spingersi così in là da mutare l'essenza delle cose; d'altra parte, questa non è mai stata l'intenzione degli autori dell'epoca. Piuttosto, nel momento in cui si discorreva di "qualità" si faceva implicitamente riferimento alla distinzione tra quelle "intrinseche" ed "estrinseche", essendo solo le seconde a passare al *bien nouveau*. L'acquisto di un immobile in sostituzione in un mobile, dunque, non avrebbe di certo provocato l'attribuzione al primo delle qualità intrinseche del secondo, ma avrebbe fatto sì che la cosa nuova fosse considerata una *res universitatis*⁵¹.

Da questi brevissimi cenni alla teoria classica, si possono formulare alcune brevi osservazioni. Innanzitutto, nonostante le innovazioni apportate dalla codificazione napoleonica, lo studio della surrogazione reale, nel periodo sul quale ci si è soffermati, ha risentito ancora delle elaborazioni dei secoli precedenti. L'influenza della dottrina medievale, poi, non si registra nella sola Francia, bensì anche in Italia e in Spagna, dove non si rinvergono divergenze sostanziali circa la nozione e gli ambiti di applicazione del principio in analisi⁵². Non si dimentichi, poi, che, oltre alla dottrina, su questo punto ha

⁵⁰ Cfr. ancora M.J. FLACH, *De la subrogation réelle*, 1870, cit., 120 ss., che annovera la sostituzione dei beni dotali nella surrogazione reale speciale.

⁵¹ E. PAULMIER, *De la subrogation réelle en droit romain et en droit français*, cit., 256 ss. Tra gli Autori italiani che scrissero tra la fine del diciannovesimo e l'inizio del ventesimo secolo, sotto l'influenza dunque dalla teoria classica elaborata in Francia, il tema delle universalità di fatto e di diritto era piuttosto diffuso. Si veda, ad esempio, la minuziosa trattazione di C. FADDA, P.E. BENZA, *Note al libro III: il diritto delle cose*, nella trad. it. a B. Windscheid, *Diritto delle pandette*, V, Torino, 1926, 1 ss.

⁵² Per l'Italia, si segnala quello che pare essere, a quanto consta, l'unico lavoro monografico sulla surrogazione reale, ovvero l'opera di F. LONGO, *Della surrogazione reale nel diritto civile italiano*, cit. Tale contributo sicuramente subisce l'influenza della dottrina francese; esso muove, difatti, dall'analisi della nota massima di Bartolo da Sassoferrato, per poi analizzare i vari casi di surrogazione reale, suddivisi secondo la tradizionale distinzione tra surrogazione reale generica e speciale, sempre nell'ambito delle universalità. L'opera del Longo, tuttavia, immediatamente dopo la sua pubblicazione, non riscosse molte adesioni. Si segnala, a questo proposito, la netta bocciatura di A. LUCCI, *Recensione a F. Longo, Della surrogazione reale nel diritto italiano*, in *Arch. giur.*, 1897, 237. Per la Spagna, invece, si vedano le

molto influito la circolazione del modello francese del *Code Napoléon*, al quale si sono ispirati i primi codici sia italiano che spagnolo.

In breve, come è stato giustamente affermato, la teoria classica della surrogazione reale è consistita in una “attualizzazione” – per l’epoca, chiaramente – della dottrina diffusasi nel diritto comune, condensata nelle due massime attribuite a Bartolo da Sassoferrato di cui si è già detto⁵³. Va però rilevata una differenza. Mentre sino alla codificazione napoleonica l’ambito principale di applicazione della surrogazione reale era quello dell’eredità, successivamente, senza comunque trascurare quest’ultimo, ci si soffermò piuttosto sul patrimonio, quale universalità per eccellenza. Il motivo è probabilmente da ricercare nella previsione di cui all’art. 2092 c.c. francese, a norma del quale chi s’è obbligato personalmente è tenuto ad adempiere con tutti i suoi beni mobili e immobili, presenti e futuri⁵⁴. La disposizione, di indubbia novità per l’epoca, evidentemente distolse l’attenzione dall’ambito ereditario per spostarla su quello della responsabilità patrimoniale.

Come si è avuto modo di vedere, la teoria classica, in un certo senso, si riduce alla descrizione del fenomeno surrogatorio, senza tuttavia fornire una giustificazione apprezzabile alla ragione per la quale un bene, prendendo il posto dell’altro, ne assume il regime giuridico, senza che vi sia una novazione nel rapporto. Invero, il semplice ricorso al concetto di sostituibilità delle cose è appunto meramente esplicativo e, forse, persino generico. Una parziale novità si può però intravedere in coloro che hanno intuito l’effettiva funzione della surrogazione reale, nel momento in cui hanno operato il riferimento al valore dei beni, considerato nella sua funzione di garanzia per le obbligazioni⁵⁵. Questa dottrina, tuttavia, come visto, postulava l’identità e la sovrapposibilità tra soggetto e patrimonio e risultava ancora troppo ancorata all’ambito delle *universitates*.

pagine di M.L. MARÍN PADILLA, *La Formación del concepto de subrogación real*, cit., 1159 ss., nei quali l’Autrice ricostruisce, con l’ausilio di ampi riferimenti storici, la surrogazione reale nel diritto spagnolo precedente e successivo alla codificazione.

⁵³ L’espressione è di F.J. ANDRÉS SANTOS, *Introducción Histórico-Dogmática a la idea de la subrogación real*, cit., 708.

⁵⁴ Il principio della responsabilità patrimoniale era sancito, nella versione originale del *Code*, dall’art. 2092. Attualmente, a seguito di una riforma intervenuta nel 2006, esso ha una nuova collocazione, ovvero sotto l’art. 2284. Quest’ultimo, replicando esattamente il primo, stabilisce che “quiconque s’est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir”.

⁵⁵ Il riferimento è a C. AUBRY, C. RAU, *Cours de droit civil français, d’après le méthode de Zacharie*, cit., 333 ss.

2.2. Teorie moderne. Ulteriori sviluppi della dottrina francese e abbandono dei riferimenti alla finzione di diritto e alle universalità

È proprio da quella che si potrebbe definire la “teoria del valore” che muovono i primi passi i successivi studi in tema di surrogazione reale. Si può anticipare sin da ora che le due grandi linee direttrici seguite dalla dottrina nel periodo della *belle époque* saranno quelle del rifiuto dell’espedito della finzione di diritto e l’abbandono del ristretto campo delle universalità. Inoltre, ulteriori spunti offerti dai legislatori europei successivamente alle codificazioni si aggiungeranno a quelli già esaminati; si pensi, ad esempio, a tutta la legislazione speciale – almeno per la Francia – in tema di trasferimento dei diritti reali di garanzia dalla cosa perita all’indennizzo dell’assicurazione⁵⁶.

Occorre però procedere con ordine. Si è detto che il punto di partenza delle nuove concezioni della surrogazione reale non è la cosa in sé e per sé considerata, bensì il suo valore. Un primo passo viene compiuto da chi inizia a porre in dubbio il carattere fittizio della surrogazione, anche se con alcune riserve e distinzioni. Secondo un’impostazione, per dir così, intermedia tra quella classica e le altre che si vedranno immediatamente, occorre distinguere la surrogazione che può esser disposta dai singoli – per volontà delle parti, dunque, ma sempre negli ambiti ammessi dall’ordinamento – da quella invece appannaggio esclusivo della legge, ferma restando comunque la tradizionale *summa divisio* tra surrogazione generica e speciale (ovvero, rispettivamente, nelle universalità e in relazione alle singole cose). Se ci si muove nell’ambito dell’autonomia privata, nel caso in cui l’attribuzione di una determinata qualità al bene avvenga per convenzione, sono le parti medesime ad aver prodotto tale meccanismo, assicurando così un “ensemble de résultats juridiques, que la volonté individuelle, par voie de contrat par exemple, pouvait réaliser”. L’esempio potrebbe essere quello della comunione dotale, nel quale, secondo questa teoria, non sarebbe corretto discorrere di finzione. Qualora, invece, si tratti di una qualità che solo la legge può conferire alla cosa, allora si rientra “dans la sphère de la fiction juridique”. Il caso è quello

⁵⁶ Italia, Germania e Spagna, invece, come si vedrà, recepiranno il principio direttamente nella codificazione civile. Quanto all’Italia, si tratta dell’art. 1951 c.c. abr. (ora art. 2742 c.c.); per la Spagna, l’art. 1877 c.c. spagnolo. Per la Germania, infine, i §§ 1127 e 1228 BGB. Per ulteriori approfondimenti su questo argomento si veda *infra* cap. III, sez. II, parr. 6 ss.

dell'indennità dovuta dall'assicuratore per il perimento del bene, in cui solo mediante una finzione si può ammettere che il diritto reale immobiliare (l'ipoteca) gravi su un bene mobile (il danaro, ossia l'indennizzo)⁵⁷.

La teoria appena riportata si discosta solo in parte dalle precedenti elaborazioni, anche se è indice del tentativo d'accantonare, per quanto possibile, il finzionismo. Per altro verso, invece, l'illustre civilista francese al quale si deve la sua formulazione, ha il merito d'aver portato la discussione su un terreno diverso, ovvero quello della "destinazione" dei beni a un determinato scopo. In quest'ottica, più che la cosa nella sua individualità, rileva il suo valore pecuniario, in quanto essa è posta a presidio di un determinato interesse, ovvero quello sotteso appunto alla destinazione o allo scopo al quale è stata destinata⁵⁸.

Vengono poste così le basi per le ricostruzioni successive, secondo le quali il meccanismo surrogatorio opera in presenza di una *affectation*, termine che trova un equivalente nel nostro "destinazione" o "scopo"⁵⁹. Si badi però che - almeno per ora - non si deve intendere in senso tecnico la precedente affermazione, ma essa serve unicamente a esemplificare la condizione di una cosa sottoposta a un certo regime giuridico, che si potrebbe dire "speciale", in contrapposizione a quello ordinario, nel quale su di essa non pende alcun specifico "vincolo".

Tutte le volte in cui un determinato bene è stato appunto "destinato" a una certa funzione, che potrebbe essere, ad esempio, quella di garanzia dell'obbligazione (pegno o ipoteca), è possibile la surrogazione reale. Esso, difatti, non rappresenta nient'altro che un determinato valore; ma poiché quella cosa aveva ricevuto un determinato scopo, affinché esso sia assicurato, è necessario che il bene sostituto vi sia sottoposto a sua volta, qualora quello originario sia venuto meno o sia stato sostituito⁶⁰. Si inizia così ad operare una sorta di dissociazione tra la "cosa" in senso materiale e il suo valore pecuniario.

⁵⁷ La distinzione e le espressioni riportate nel testo sono opera di R. SALEILLES, nota a App. Digione, 30 giugno 1893, in *Recueil général des lois et des arrêts*, 1894, II, 185 ss.

⁵⁸ Così prosegue R. SALEILLES, nota a App. Digione, cit., 187. Si segnala però che l'Autore qui citato riterrà successivamente di mutare opinione e abbandonare l'originaria distinzione tra i casi in cui la surrogazione reale sarebbe o non sarebbe una finzione. Cfr. ID., nota a Cass., 29 aprile 1901, in *Recueil général des lois et des arrêts*, 1903, I, 321 ss.

⁵⁹ Nella dottrina francese contemporanea si segnala sull'argomento l'ampio contributo di S. GUINCHARD, *L'affectation des biens en droit privé français*, Parigi, 1976.

⁶⁰ Il primo, a quanto consta, ad approfondire la relazione la surrogazione reale e l'idea della destinazione patrimoniale è M. DEMOGUE, *Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle*, cit., 249 ss.

Che fosse necessario garantire questa possibilità di sostituzione, pur mantenendo costante il “vincolo” originario, era chiaro già agli inizi del ventesimo secolo. Uno scrittore dell’epoca aveva infatti intuito come “cette façon de concevoir les valeurs d’affectation est préférable [...] parce qu’elle répond mieux [...] à la mobilité inévitable de l’état économique”⁶¹. Il passaggio dall’economia statica a quella dinamica, dunque, impone di ricercare meccanismi in grado di garantire al medesimo tempo gli interessi contrapposti del debitore e del creditore garantito. Da un lato, il primo, che non vuole veder immobilizzata la cosa data in garanzia; dall’altro, il secondo, interessato a mantenere la preferenza che la legge gli accorda, in caso di sostituzione o perimento della garanzia medesima. Su questi specifici problemi, in ogni caso, si tornerà più avanti.

L’aver posto l’accento sulla relazione tra la cosa e il suo valore ha consentito, inoltre, di sganciare definitivamente la surrogazione reale dal campo delle universalità. In precedenza, il vincolo di “destinazione”, nel senso generalissimo del termine, era riferito ai beni del debitore a garanzia delle obbligazioni assunte, quali elementi del suo patrimonio; ora, invece, si ammette che anche nei rapporti giuridici che hanno ad oggetto una singola cosa sia possibile la surrogazione reale. Il caso è quello dell’obbligo di restituzione di un bene trasferito a *non domino*. Il legittimo proprietario, secondo uno degli esempi più diffusi all’epoca tra gli autori francesi, la cui cosa sia stata alienata da un altro a un soggetto in buona fede, potrà pretendere dall’alienante il prezzo conseguito in seguito all’alienazione o ciò in cui sia stato reinvestito. Taluno, a questo proposito, arrivò a formulare un principio generale, che pare utile riportare: “lorsque, dans un intérêt de crédit, la loi admet qu’un droit soit perdu pour son titulaire sans le consentement de ce dernier, celui-ci exerce alors un droit analogue sur les biens que l’aliénateur a acquis en échange ou en remploi du prix”⁶².

Si riconoscono così nuovi ambiti nei quali opera il meccanismo surrogatorio. In primo luogo, in relazione ai beni che hanno ricevuto una specifica destinazione, la quale li ha posti a “garanzia” di un determinato interesse, che può essere realizzato anche sull’equivalente del bene medesimo, rappresentato o dal prezzo o da ciò che sia stato acquistato in sua sostituzione;

⁶¹ Il riferimento è ancora a M. DEMOGUE, *Essai d’une théorie générale de la subrogation réelle*, cit., 250.

⁶² M. DEMOGUE, *Essai d’une théorie générale de la subrogation réelle*, cit., 302.

in secondo luogo, nel caso in cui si debba restituire una cosa trasferita indebitamente da parte di colui che non ne era il titolare. Ma le innovazioni proposte dalla teoria qui in analisi non si fermano qui. Si pone, per la prima volta, la questione relativa ai diritti dei terzi e, più in particolare, alla pubblicità. Soprattutto con riferimento al primo degli indicati ambiti d'operatività della surrogazione reale, viene per la prima volta affermato che è necessario ripetere le formalità pubblicitarie imposte dalla legge e richieste per la costituzione del vincolo sul bene originario e successivamente sostituito da un altro⁶³. Innovazioni, queste, senza dubbio notevoli rispetto a tutta l'elaborazione precedente.

L'influenza della dottrina francese non tarderà ad estendersi anche presso di noi. Un'autorevolissima voce della nostra civilistica, difatti, sempre nell'ambito del tradizionale problema delle universalità, efficacemente delinea la distinzione tra i fenomeni della surrogazione e della sostituzione, per dir così, pura e semplice; distinzione questa che ha rilevanza appunto in riferimento al problema delle *universitas* e precipuamente del patrimonio. La prima non sarebbe nient'altro che una sostituzione "qualificata", poiché interessa il diritto, mentre la seconda farebbe sì che una cosa subentri in luogo di un'altra, senza che al diritto importi tale sostituzione. Per tale ragione, prosegue l'Autore, nelle universalità, la sostituzione di un bene all'altro, non integra un caso di surrogazione reale⁶⁴.

Come si diceva, contemporaneamente all'approfondimento del nuovo legame tra surrogazione e valore economico⁶⁵, scompare nelle definizioni dell'istituto il riferimento alla finzione. In uno studio del periodo qui preso in considerazione, si legge che la surrogazione reale "consiste dans la substitution d'une chose matérielle à une autre matérielle dans une obligation

⁶³ M. DEMOGUE, *Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle*, cit., 308, secondo il quale "il est donc nécessaire d'assurer la tranquillité des tiers par un système de publicité".

⁶⁴ F. SANTORO-PASSARELLI, *La surrogazione reale*, cit., 34 e 59 ss. Si badi però che l'Autore esclude che nelle universalità si possa discorrere di surrogazione reale in quanto verrebbe a mancare l'elemento della finzione. Egli riporta, a questo proposito, il caso dell'alienazione volontaria di un bene, nel quale mancherebbe appunto la finzione, poiché sul prezzo della cosa venduta o su quella nuova non permane il diritto che gravava sulla precedente. In altri termini, sarebbe la libera volontà delle parti a far fuoriuscire il bene (e il relativo diritto) dal patrimonio mediante la cessione e ad acquistare in corrispettivo un altro bene (con il relativo nuovo diritto).

⁶⁵ Legame che, comunque, non vedeva tutti d'accordo. Cfr. le osservazioni critiche di F. SANTORO-PASSARELLI, *La surrogazione reale*, cit., 61, alle tesi di M. DEMOGUE, *Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle*, cit. 236 ss.

ou dans un droit dont l'objet consiste essentiellement dans une valeur"⁶⁶. Tuttavia, occorre segnalare che l'idea della finzione era talmente radicata nella cultura giuridica occidentale che, seppur con una diffusione che andrà lentamente scemando nel tempo, sopravvivrà ancora a lungo⁶⁷.

La distinzione inaugurata dal Demogue circa gli ambiti d'applicazione della surrogazione reale verrà ulteriormente affinata nei decenni successivi e, soprattutto, verrà portata avanti la ricerca di ulteriori fondamenti al meccanismo surrogatorio.

Sempre nel panorama della dottrina francese, nel periodo compreso tra le guerre mondiali, proseguono gli studi sulla surrogazione reale. Nonostante la mole di contributi prodotta sino a quel momento, serpeggiava comunque una certa insoddisfazione per i risultati ai quali si era giunti⁶⁸. Non mancano perciò ancora nuove proposte e ricostruzioni circa il fondamento dell'istituto. Tra queste, merita quantomeno un cenno la teoria secondo la quale la surrogazione reale avrebbe un duplice fondamento. Si può anticipare sin da ora che quest'ultima ricostruzione si distingue dalle precedenti, poiché, per la prima volta, chiama in causa l'equità per motivare l'operatività del meccanismo surrogatorio. Secondo il fautore della teoria in discorso, la surrogazione reale avrebbe innanzitutto un ruolo "technique", che, a sua volta, si suddivide in due sottospecie. Da un lato, evitare la confusione, all'interno del medesimo patrimonio, dei beni sottoposti a regimi differenti. L'esempio, ancora una volta, è quello della dote: le cose facenti parte di quest'ultima possono circolare liberamente, ma il loro corrispettivo o quanto acquistato in loro sostituzione saranno anch'essi sottoposti al medesimo regime⁶⁹.

⁶⁶ A. HENRY, *De la subrogation réelle, conventionnelle et légale*, cit., 377 ss.

⁶⁷ Per l'Italia, si veda G. LO MONACO, *Istituzioni di diritto civile italiano*, V, Napoli, 1895, 222 ss.; ma si veda altresì, più recente, lo stesso F. SANTORO-PASSARELLI, *La surrogazione reale*, cit., 60, secondo il quale "la surrogazione è una finzione e dev'essere determinata dalla legge". In tempi ancora più recenti, si segnala V. RANOUIL, *La subrogation réelle en droit civil français*, cit., 31 ss., la quale, pur limitandosi a riportare le varie ricostruzioni in termini di finzione della surrogazione reale e a dichiarare di volersene discostare, alla fine sembrerebbe comunque ricadere in questa concezione, poiché nega la vigenza di un principio generale di surrogazione e gli riconosce operatività solo in casi speciali, predeterminati dalla legge. Una conclusione, di fatto, non molto lontana dalla teoria tradizionale. Anche F.J. ANDRÉS SANTOS, *Introducción Histórico-Dogmática a la idea de la subrogación real*, 717 ss., riconosce all'opera dell'Autrice francese un ritorno, in sostanza, all'idea della finzione.

⁶⁸ Il riferimento va al breve, ma denso di spunti, contributo di H. CAPITANT, *Essai sur la subrogation réelle*, cit., 387, il quale, relativamente alla definizione della surrogazione reale in voga sino a quel momento, affermava che essa "manque incontestablement de précision".

⁶⁹ In questo modo, afferma H. CAPITANT, *Essai sur la subrogation réelle*, cit., 394, si conserva la massa dei beni dotali. Tra gli esempi che rientrano nel caso dell'appartenenza dei

Dall'altro, prevenire la confusione di due patrimoni appartenenti a titolari differenti che, però, momentaneamente si trovano riuniti nelle mani di un unico soggetto. Il caso è quello dell'accettazione dell'eredità con beneficio d'inventario: se l'erede vende un bene dell'eredità, il prezzo sarà surrogato a quest'ultimo ed entrerà a far parte della massa ereditaria⁷⁰. Vi sarebbero poi altre ipotesi nelle quali, invece, la surrogazione avrebbe un fondamento equitativo. Più precisamente, quando il creditore ha su un determinato bene un diritto di prelazione (*droit de préférence*), che però non è assistito da un diritto di sequela (*droit de suite*). Alla vendita del bene sottoposto a tale vincolo, grazie al meccanismo surrogatorio, la prelazione - per ragioni d'equità - dovrebbe trasferirsi sul ricavato della vendita medesima⁷¹.

Il pregio della dottrina appena esposta è, almeno con riferimento al primo ambito di funzionamento, quello d'aver posto alla base del fenomeno surrogatorio una spiegazione precipuamente tecnica, ovvero motivare la ragione per la quale, pur in presenza di una sostituzione di un bene con un altro, questo rimane sottoposto al regime originario. Meno condivisibile, invece, pare il riferimento all'equità. Come si avrà modo di approfondire di seguito, il fondamento dell'istituto può e deve essere ricercato altrove.

Al di là, in ogni caso, dei giudizi sulla correttezza o meno di certi argomenti, quanto precede consente di rilevare che, nella Francia nella prima metà del ventesimo secolo, di surrogazione reale si continua a discorrere, anche se con la disponibilità ad allargare la visuale, principalmente con riferimento a una massa qualificata di beni; dunque, sia consentita la generalizzazione, sempre nell'ambito delle universalità.

Dopo l'abbandono dell'espedito della finzione e dopo aver posto l'accento sul valore della cosa, piuttosto che sulla sua individualità e materialità, rimaneva ancora un elemento della teoria classica, sia consentita l'espressione, da smantellare. Successivamente all'elaborazione della teoria di

beni alla medesima persona, ma con sottoposizione a diversi regimi giuridici, l'Autore annovera anche l'immobile acquisito in costanza di matrimonio con lo scambio di un altro immobile personale, che, a norma dell'art. 1407 c.c. francese (nella versione vigente all'epoca) rimane tale; egli vi fa rientrare anche i beni acquistati dalla moglie con il frutto del proprio lavoro.

⁷⁰ Ma H. CAPITANT, *Essai sur la subrogation réelle*, cit., 400, si spinge più in là. Egli afferma inoltre che, ad esempio, se un bene dell'eredità venisse distrutto a causa di un sinistro, l'indennizzo dell'assicurazione o il risarcimento dovuto dal responsabile sarebbero surrogati alla cosa perita; parimenti nel caso d'espropriazione per pubblica utilità.

⁷¹ H. CAPITANT, *Essai sur la subrogation réelle*, cit., 409 ss.

cui si è appena dato conto, ne fu presentata un'altra, altrettanto innovativa. Si tratta del primo tentativo di circoscrivere e limitare la surrogazione reale solo a quella speciale, ovvero che avviene in relazione a rapporti che hanno ad oggetto cose singole e determinate. La definizione del fenomeno formulata a questo proposito è significativa: "La subrogation réelle est une institution juridique essentiellement relative à un patrimoine considéré, a un moment donné de sa durée, dans ses éléments concrets et individuelles; sa fonction consiste pour le cas d'aliénation ou de perte de l'un de ces éléments à reporter, sous réserve des intérêts des tiers, de plein droit on en vertu de la volonté des intéressés, sur le bien individualisé acquis en remplacement, les droits qui grevaient le bien sorti du patrimoine"⁷². Si noti, innanzitutto, che, a differenza di quanto letto sino ad ora nelle varie precedenti definizioni, in quest'ultima non si discorre né di mera sostituzione di una cosa all'altra, né di attribuzione di determinate qualità alla nuova, bensì s'afferma che la funzione della surrogazione è quella di "riportare" sul bene subentrato il diritto "qui grevaient" su quello fuoriuscito dal patrimonio. Il riferimento a quest'ultimo, tuttavia, non deve trarre in inganno, poiché, secondo la teoria in analisi, esso non deve essere più considerato come un "tutto" unitario, indipendentemente dalle singole componenti, ma "dans ses éléments concrets et individuelles", rispetto ai quali opera singolarmente il meccanismo surrogatorio.

Da queste premesse, si fa discendere un nuovo fondamento all'istituto in analisi, che - con un riferimento invero un po' generico - sarebbe addirittura connaturato alla stessa "notion de droit". Il diritto, in altri termini, dovrebbe garantire l'equilibrio sociale, per la salvaguardia e la protezione delle persone, tanto individuali quanto giuridiche, non potendosi arrestare di fronte al mero perimento o trasformazione della cosa materiale, pena il venir meno del suo scopo⁷³.

⁷² La definizione è di J. BONNECASE, *La subrogation réelle*, cit., 776. Si noti che, nel contributo appena citato, tale definizione è posta quasi alla conclusione della trattazione, ovvero dopo una lunga serie di osservazioni critiche alle teorie sulla surrogazione reale, a differenza degli scrittori precedenti, i quali, quasi a voler seguire un metodo tradizionale, invece avevano sempre enunciato la propria definizione del fenomeno in principio. L'Autore riproporrà, senza sostanziali modifiche, la sua visione nella successiva opera ID., *Précis de droit civil*, III, Parigi, 1935, 5 ss.

⁷³ A questo proposito, J. BONNECASE, *La subrogation réelle*, cit., 780 ss., dopo averla eleva a principio generale del sistema, accosta la surrogazione reale all'arricchimento senza causa e all'abuso del diritto. Egli afferma, inoltre, che "la notion de droit abdiquerait donc son rôle si cet équilibre auquel elle a mission de présider pouvait être rompu par le fait seul de la perte et de la détérioration des choses matérielles, autrement dit par le fait seul de la transformation

Se l'aver collocato il principio della surrogazione reale addirittura nell'essenza stessa del diritto può apparire un tentativo forse troppo ardito, alla teoria in analisi si deve riconoscere comunque il merito d'aver per prima individuato, anche se solo in via di prima approssimazione, una delle chiavi di lettura corrette della surrogazione reale, ovvero la "sauvegarde du crédit".

Questo punto è talmente importante nello sviluppo della concezione della surrogazione reale che si ritiene necessario riportare testualmente alcuni passaggi del contributo di Bonnecase. Egli afferma dapprima che "la base du crédit serait singulièrement fragile si les droits et les intérêts reposant sur un bien individualisé étaient susceptibles de perte par le fait seul que disparaîtrait ce bien, alors que plus ou moins intentionnellement il serait remplacé par un autre bien dans le patrimoine, et cela d'une façon directe ou tout au moins certaine" ; e conclude "ce serait toujours la victoire des éléments purement matériels sur la notion de valeur économique et le point de vue social"⁷⁴.

Le riflessioni del giurista francese sembrano cogliere nel segno. L'idea della conservazione del valore economico è oggi ritenuta una delle principali ragioni a fondamento del fenomeno surrogatorio. Si avrà modo di vedere come, soprattutto con riferimento alle garanzie reali, la surrogazione reale è posta a garanzia della soddisfazione del credito.

Il breve *excursus* che precede ha consentito di mettere in luce le tappe fondamentali nell'evoluzione storica del concetto della surrogazione reale quasi sino ai nostri giorni. Nelle pagine precedenti, come si è potuto notare, s'è fatto riferimento esclusivamente alle opere dei giuristi francesi. Questa circostanza non è casuale e si spiega in ragione del fatto che in Francia l'argomento ha ricevuto una costante attenzione da parte della dottrina, soprattutto nel corso del diciannovesimo secolo, grazie, tra le altre cose, agli spunti offerti dalla codificazione napoleonica e, successivamente, dalla legislazione speciale in tema di surrogazione dell'indennità alla cosa. Quest'ultimo aspetto – che sarà oggetto di maggiori approfondimenti nel prosieguo⁷⁵ – ha poi stimolato l'interesse degli studiosi anche in Spagna e in Italia, dove tutt'oggi si discute sulla natura del diritto del creditore sull'indennizzo corrisposto dall'assicuratore.

de la matière". In sintesi, il meccanismo surrogatorio ha, per dir così, una funzione di salvaguardia delle relazioni giuridiche.

⁷⁴ Ancora J. BONNECASE, *La subrogation réelle*, cit., 781.

⁷⁵ Si veda *infra* cap. III, sez. II, parr. 6 ss.

In queste due realtà, dunque, la surrogazione reale ha ricevuto le dovute attenzioni solo in tempi piuttosto recenti e, almeno nel periodo storico considerato sino ad ora, non consta la formulazione di teorie particolarmente significative sul punto⁷⁶.

2.3. Surrogazione reale nell'elaborazione dottrinale tedesca successiva al BGB

Un discorso a parte merita, invece, la Germania, dove, per le condizioni che si vedranno immediatamente, la surrogazione reale ha seguito un percorso parzialmente diverso.

Innanzitutto, occorre osservare che i contributi più significativi della dottrina tedesca, almeno per coloro che vogliono affrontare un'analisi della surrogazione reale in prospettiva attuale, si collocano temporalmente a seguito dell'entrata in vigore del BGB. Con questo non si vuole di certo minimizzare l'apporto al dibattito sul tema dato dalle elaborazioni precedenti, tra le quali spiccano, senza dubbio, prima quella della scuola storica e poi della pandettistica; ma è un dato di fatto che, antecedentemente alla codificazione, i giuristi tedeschi, al pari di quelli francesi, si sono misurati con le stesse problematiche poste dalle più volte richiamate massime bartoliane⁷⁷.

⁷⁶ Fatti salvi i casi, per l'Italia, di F. LONGO, *Della surrogazione reale nel diritto italiano*, cit., e F. SANTORO-PASSARELLI, *La surrogazione reale*, cit.; i quali, ad ogni buon conto, si sono mossi entro le linee dettate dalla dottrina francese, che alla loro epoca era senza dubbio quella di riferimento. Per la Spagna, invece, solo sul finire degli anni quaranta del ventesimo secolo, a quanto consta, si rinvengono trattazioni specifiche sull'argomento, come, ad esempio, quella di R.M. ROCA SASTRE, *La subrogación real*, in *Revista de derecho privado*, 1949, 281 ss., definito da M.L. MARÍN PADILLA, *La Formación del concepto de subrogación real*, cit., 1187, un pioniere in questo campo. Nella letteratura successiva, invece, sempre con riferimento a trattazioni generali, si veda innanzitutto F.J. ANDRÉS SANTOS, *Introducción Histórico-Dogmática a la idea de la subrogación real*, cit.; ID., *Subrogación real y fenus nauticus*, in *Liber amicorum Christoph Krampe zum 70. Geburtstag*, Berlino, 2012; poi, M.L. CHARCO GÓMEZ, voce *Subrogación real*, in *Enciclopedia jurídica*, XXI, Madrid, 2009, 12241 ss.; J.L. MEZQUITA DEL CACHO, *Principales Aplicaciones de la Subrogación Real en nuestro Derecho*, in *Revista de Derecho Español y Americano*, 1959, 4, 649 ss.; M.L. MARÍN PADILLA, *La Formación del concepto de subrogación real*, cit.; ID., *Estudio y aplicación de la subrogación real en el Derecho de Familia*, ivi., 1978, 717 ss.; ID., *El principio general de la subrogación real en los derechos reales de garantía y goce*, ivi., 1149 ss.; ID., *El principio general de la subrogación real en el Derecho de Sucesiones*, ivi., 1980, 1399 ss.

⁷⁷ Si veda, a questo proposito, la lunga disamina delle massime bartoliane da parte di A.F.J. THIBAUT, *System des Pandekten-rechts*, Jena, 1834, 139 ss.; ma si vedano altresì le seguenti opere, i cui titoli sono esemplificativi circa l'interesse per la dottrina tedesca del diciannovesimo secolo per le universalità: J.C. HASSE, *Ueber Universitas juris und rerum, und über Universal und Singular Succession*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1822, 1 ss.; C.F.

Poiché, dunque, si rischierebbe di cadere nella ripetitività, si ritiene opportuno porre brevemente l'attenzione sulla dottrina *post* codificazione⁷⁸. Il BGB, difatti, è tra i codici civili che offrono i maggiori spunti per ragionare sulla surrogazione reale. Alcuni esempi potranno chiarire meglio.

Il codice germanico stabilisce il meccanismo surrogatorio in relazione sia alle singole cose (*Einzelgegenstände*), che ai patrimoni c.d. separati (*Sondervermögen*). Tra le ipotesi che rientrano nel primo ambito, si può segnalare il § 1219 (corrispondente sostanzialmente all'art. 2795 c.c.), a norma del quale, se la cosa data in pegno si deteriora, o v'è pericolo per la diminuzione del suo valore, il creditore pignoratizio può procedere alla vendita della medesima; il ricavato è poi sostituito alla cosa gravata.

In generale, anche se ciò non costituisce ovviamente una costante, la surrogazione nei singoli beni è introdotta dalla medesima espressione, ovvero "Der Erlös tritt an die Stelle der Sache". Essa ricorre, oltre che nella disposizione da ultimo citata, - senza voler offrire un elenco definitivo - nei §§ 966, comma 2 (vendita a causa di deterioramento o pericolo della cosa smarrita e successivamente rinvenuta), 979, comma 2 (prezzo della vendita all'asta della cosa rinvenuta in un pubblico ufficio che si surroga alla medesima), e 1247 (ricavato dalla vendita della cosa pignorata eccedente il credito)⁷⁹. Tra quelle, invece, che rientrano nel secondo ambito, si veda il § 2041 (che non pare corrispondere ad alcuna disposizione del nostro codice) in tema di successioni, secondo cui quanto viene acquistato in virtù di un diritto facente parte dell'asse ereditario, o come risarcimento per la distruzione,

MÜHLENBRUCH, *Ueber die s. g. juris und facti universitates*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1834, 321 ss.

⁷⁸ Sempre a titolo meramente esemplificativo, si segnalano: H. THIELE, *Studien zum ehelichen Güterrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Die Surrogation nach § 1381, 1382*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1901, 91, 1 ss.; O. FEIST, *Das Prinzip der dinglichen Surrogation im Familien und Erbrechte des Bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich*, Tubinga, 1903; R. BEYER, *Die Surrogation bei Vermögen im Bürgerlichen Gesetzbuche*, Marburg, 1905; W. BELLERMANN, *Die Surrogation bei Veräußerung der Erbschaft durch den Erbschaftsbesitzer*, Strasburgo, 1910; H. VIEBIG, *Das Surrogationsprinzip und unser Bürgerliches Gesetzbuch*, Lipsia, 1933; H. MENKEN, *Die dingliche Surrogation bei den Sondervermögen des Familien- und Erbrechts*, Monaco di Vestfalia, 1991.

⁷⁹ Sempre relativamente alle singole cose, si segnalano i §§ 816 (corrispondente, in parte, all'art. 2038, comma 1, c.c.), 818, comma 1, 1046, comma 1 (parzialmente sovrapponibile all'art. 1017 c.c.), e 1127 (equivalente all'art. 2742 c.c.).

danneggiamento o sottrazione di un bene dell'eredità, appartiene anch'esso all'asse ereditario⁸⁰.

In questo panorama articolato e variegato si sono mossi i giuristi tedeschi, impegnati nel tentativo di ricondurre all'unità il concetto e il principio della surrogazione reale. Immediatamente dopo l'entrata in vigore del BGB, parte della dottrina interpretò le varie disposizioni di cui si è detto in termini di sostituzione di un bene all'altro. In particolare, il meccanismo surrogatorio fu ritenuto sussistente in presenza di quattro condizioni, consistenti *i*) nella fuoriuscita del bene da un determinato patrimonio, *ii*) nella successiva acquisizione di un altro bene, mediante il corrispettivo della cessione del primo, *iii*) nell'entrata di quest'ultimo nel medesimo patrimonio, *iv*) entrata che deve avvenire indipendentemente dalla volontà del soggetto⁸¹. Tuttavia, a fronte delle diversità alla base delle varie previsioni, si giunse a negare la vigenza di un principio generale di surrogazione⁸². Questa circostanza, ovvero la varietà di ambiti nei quali il legislatore ha previsto la surrogazione reale, ambiti, tra l'altro, sui quali nemmeno vige un'uniformità di vedute in dottrina, costituisce anche in Italia uno dei principali argomenti adottati da coloro che negano la possibilità di configurare un principio generale.

Non è mancato però chi, contrariamente all'orientamento prevalente, ha tentato di conciliare le varie previsioni e desumere da queste una regola che

⁸⁰ Il medesimo principio è stabilito anche relativamente ad altri ambiti. Si vedano, a titolo meramente esemplificativo, per il diritto di famiglia, il § 1418, comma 2, n. 3 (corrispondente, anche se non del tutto, all'art. 179, lett. f, c.c.), il § 1473, secondo il quale le cose acquistate in base a un diritto appartenente al patrimonio comune o in seguito a distribuzione, danneggiamento o sottrazione di una cosa di tale patrimonio, divengono anch'esse parte di quest'ultimo, e, infine, il § 1638, il quale sottrae all'amministrazione dei genitori i beni che il figlio riceve per causa di morte o liberalità, se così ha disposto il *de cuius* o il donante: le cose acquistate in sostituzione sono parimenti sottratte all'amministrazione dei genitori. Per la società, invece, si veda il § 718, a norma del quale costituisce patrimonio della società ciò che è stato acquistato in virtù di un diritto facente parte del capitale sociale, o a titolo di risarcimento, distruzione, danneggiamento o sottrazione della cosa appartenente a tale patrimonio.

⁸¹ I passaggi sono illustrati da R. BEYER, *Die Surrogation bei Vermögen im Bürgerlichen Gesetzbuche*, cit., 6.

⁸² Così R. BEYER, *Die Surrogation bei Vermögen im Bürgerlichen Gesetzbuche*, cit., 336 ss. La descrizione proposta da quest'ultimo Autore, in ogni caso, sarà successivamente accolta da altri. Tra questi si segnala L. FABER, *Die Vermögensmassen der Errungenschaftsgemeinschaft nach württembergischem Recht und nach Reichsrecht. Ein Beitrag zur Lehre vom Einkommen*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1906, 99, 161 ss. Sempre in senso negativo circa la vigenza di un principio generale si è espresso H. UNGER, *Die Aufgaben der dinglichen Ersetzung (Surrogation) für die Sonderung des Nachlasses im Erbrecht des bürgerlichen Gesetzbuches*, Halle, 1935.

abbia valenza generale⁸³. Con un'impostazione non dissimile da quanto già tentato in Francia – anche se su presupposti differenti – è stato affermato che la surrogazione reale rappresenta un *rechtsethisches Prinzip*, posto a protezione delle relazioni giuridiche⁸⁴. Essendo questa la sua funzione, essa deve trovare applicazione anche nei casi non espressamente preveduti dalla legge.

Questa diversità di vedute, come si avrà modo di vedere nel prosieguo, è una costante anche negli altri ordinamenti europei più rappresentativi. Per la Francia si è già detto in precedenza; in Italia e Spagna si registra la medesima contrapposizione, senza che, a quanto consta, la questione relativa alla vigenza di un principio generale sia stata definitivamente risolta.

Quanto alla Germania, a conclusione di questi brevissimi cenni, occorre dare atto che recentemente è stato nuovamente negato spazio a una regola generale. La surrogazione reale sarebbe, è stato affermato, solamente un meccanismo eccezionale, che non può andar oltre i casi stabiliti dal legislatore⁸⁵.

3. Confronto con istituti analoghi e ulteriori distinzioni: *datio in solutum* e novazione

L'indagine storica sulla surrogazione reale, se, da un lato, non consente di definire compiutamente il fenomeno, dall'altro, è quantomeno utile a un suo migliore inquadramento, tanto in prospettiva intertemporale, quanto degli elementi che lo caratterizzano. Nelle pagine che precedono si è avuto modo richiamare sommariamente i tratti caratteristici della fattispecie, in modo da consentire al lettore, per quanto possibile, di orientarsi entro alcune coordinate certe. Come si sarà sicuramente notato, l'istituto in analisi si

⁸³ Il tentativo è stato portato avanti, in epoca più recente rispetto agli Autori citati in precedenza, da D. STRAUCH, *Mehrheitlicher Rechtssersatz. Ein Beitrag zur "dinglichen Surrogation" im Privatrecht*, Bielefeld, 1972. L'Autore, poiché talvolta la surrogazione reale vede la sostituzione di un diritto di credito alla cosa materiale, ritiene che l'aggettivo *dinglich* non sia sempre adeguato; per tale ragione, egli preferisce discorrere di *mehrheitlichen Rechtssersatz*.

⁸⁴ Il riferimento è a J. BONNECASE, *La subrogation réelle*, cit., 780. Si badi però che la somiglianza, per dir così, tra la tesi del giurista francese e quella di D. STRAUCH, *Mehrheitlicher Rechtssersatz. Ein Beitrag zur "dinglichen Surrogation" im Privatrecht*, cit., 186 ss., è del tutto casuale, poiché quest'ultimo non sembra aver preso in considerazione la dottrina francese dell'inizio del secolo; almeno così risulta dalla lettura dell'opera e della bibliografia citata.

⁸⁵ In questi termini si esprime B. HÄCKER, *Consequences of Impaired Consent Transfers. A Structural Comparison of English and German Law*, Tübingen, 2009, 296 ss. Pur dando atto delle numerose ipotesi di surrogazione reale presenti nel BGB, l'Autore, anche se in una sommaria disamina, rifiuta l'idea della sussistenza di un principio generale di surrogazione.

presenta sotto svariate forme e la sua stessa definizione è influenzata dall'epoca storica che si vuole prendere come riferimento. Queste due circostanze, senza alcun dubbio, unite alle divergenze lessicali tra i vari ordinamenti di cui si è detto, rendono piuttosto arduo il compito dell'interprete che voglia tentare di formulare una definizione, spiegarne il meccanismo e, infine, trovargli un fondamento valido e coerente con l'intero nostro sistema.

Prima però di soffermarsi sull'attuale configurazione della surrogazione reale in Italia, si rendono necessarie ulteriori distinzioni, per liberare il campo da dubbi circa la possibile sovrapposizione del meccanismo qui in analisi con altri istituti, atteso che la modificazione dell'oggetto del rapporto obbligatorio può presentarsi in molteplici casi⁸⁶.

Un'analogia potrebbe intravedersi innanzitutto con la *datio in solutum*, nella quale il debitore offre, per liberarsi, una prestazione differente da quella originariamente pattuita. Invero, poiché nel caso della dazione in pagamento – secondo quanto accade più frequentemente nella pratica – è il soggetto passivo a chiedere al creditore di accettare una cosa di sua proprietà in sostituzione del danaro, si potrebbe essere portati a ritenere che in queste circostanze si realizzi, appunto, una sostituzione (*rectius*: surrogazione) di un bene con un altro. Una prima risposta al quesito potrebbe essere data immediatamente, attraverso il richiamo alle principali trattazioni in tema di prestazione in luogo dell'adempimento. Considerato che queste ultime non si soffermano nemmeno sulla distinzione qui in analisi, se ne potrebbe dedurre che si tratti di un falso problema⁸⁷. È così solo in parte. Se è vero che con la *datio in solutum* sussiste una differenza di fondo, il confronto consente comunque di porre in luce un aspetto non ancora del tutto chiaro della surrogazione reale, ovvero la sua operatività anche nel campo delle obbligazioni. Tanto è vero che parte della dottrina ha operato una distinzione

⁸⁶ Per un'esaustiva rassegna di tutte queste ipotesi, si veda senz'altro E. MOSCATI, *La disciplina generale delle obbligazioni*, Torino, 2015, 349 ss.

⁸⁷ Il problema relativo alla surrogazione reale e agli altri istituti con i quali essa potrebbe presentare delle affinità è stato analizzato solo da coloro che si sono occupati della prima. Difficilmente si rinvergono, nelle trattazioni dedicate alle fattispecie astrattamente sovrapponibili, o con le quali potrebbe presentare delle interferenze, paragoni o differenziazioni. Si vedano, ad esempio, le numerose distinzioni operate da S. RODOTÀ, voce *Dazione in pagamento (dir. civ.)*, in *Enc. del dir.*, XI, Milano, 1962, 735, tra le quali non compare però quella con la surrogazione reale. Ugualmente accade in A.D. CANDIAN, voce *Prestazione in luogo dell'adempimento*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIV, Torino, 1996, 262.

tra i due istituti in discorso, affermando che la prestazione in luogo dell'adempimento opera in quest'ultimo ambito, mentre la surrogazione reale solo in relazione ai diritti reali di garanzia. Di qui una netta differenza⁸⁸. Se il risultato cui perviene questa dottrina è senz'altro corretto, qualche dubbio suscita il percorso seguito per giungere a tale soluzione, ovvero quello dell'esclusione della surrogazione reale dal rapporto obbligatorio. Sul punto, in ogni caso, si tornerà più avanti, per verificare l'esattezza dell'assunto. Per il momento è sufficiente rilevare come l'elemento discriminante consista nel fatto che la *datio in solutum* è essenzialmente un accordo tra le parti, con due contrapposte attribuzioni patrimoniali, con funzione estintiva⁸⁹.

È stato affermato, sempre nel tentativo di operare una distinzione, che nella prestazione in luogo dell'adempimento mancherebbe il fenomeno della successione di un bene a un altro nel rapporto obbligatorio⁹⁰. In realtà questo è proprio l'(unico) aspetto che accomuna le fattispecie e potrebbe perciò creare confusione, giacché in entrambi gli istituti si realizza, sia consentita la generalizzazione, una sorta di *aliud pro alio*. Sennonché, nella *datio in solutum* l'intenzione delle parti è esclusivamente quella di porre fine al loro rapporto, mediante l'accettazione, da parte del creditore, di una cosa diversa, in cambio appunto della liberazione del debitore. Nella surrogazione reale, soprattutto in quella c.d. convenzionale, invece, si persegue un fine completamente opposto, ovvero quello di far proseguire il rapporto, ma su un oggetto diverso. Basti pensare, ad esempio, al pegno rotativo, nel quale si pattuisce la sostituzione della cosa data in garanzia proprio per far sì che quest'ultimo prosegua immutato.

⁸⁸ Questa è l'opinione di F. SANTORO-PASSARELLI, *La surrogazione reale*, cit., 34 ss., il quale aderisce sostanzialmente a quanto già espresso in precedenza da V. POLACCO, *Le Obbligazioni nel diritto civile italiano*, 2^a ed., Roma, 1915, 377. In tempi più recenti, invece, negli stessi termini, M. ESU, voce *Surrogazione reale*, 4.

⁸⁹ Per tutti, ancora S. RODOTÀ, voce *Dazione in pagamento (dir. civ.)*, cit., 737. In giurisprudenza, si veda, da ultimo, Cass., 17 gennaio 2017, n. 922, in *Guida al dir.*, 2017, 10, 60, secondo cui l'art. 1197 c.c. prevede, se sussiste il consenso del creditore, l'estinzione *ipso iure* dell'obbligazione, sulla base della semplice esecuzione della prestazione sostitutiva dell'adempimento e ciò indipendentemente dal fatto che quest'ultima sia o meno di valore equivalente alla prestazione originariamente dovuta. Deriva, da quanto precede, che, ove sia riconosciuta l'esistenza di una *datio in solutum* e non risulti che l'effetto estintivo della stessa sia stato limitato dal creditore tramite un'espressa riserva, contestuale all'esecuzione della prestazione sostitutiva, si deve ritenere che il debitore sia integralmente liberato.

⁹⁰ Così affermano L. BALLERINI, *Patrimoni separati e surrogazione reale. Il patto di sostituzione*, cit., 147, e O. BUCCISANO, *La surrogazione per pagamento*, cit., 112, nota 187. *Contra*, F. LONGO, *Della surrogazione reale nel diritto italiano*, cit., 21,

La surrogazione reale, dunque, è un meccanismo conservativo della situazione giuridica e non estintivo e qui risiede la differenza con la prestazione in luogo dell'adempimento⁹¹. Proprio a questo proposito, un dubbio potrebbe sorgere in relazione alla novazione, nella quale, per definizione, il rapporto originario viene sostituito con un nuovo rapporto. La questione si pone ovviamente con riferimento alla sola novazione c.d. oggettiva⁹²; con quella soggettiva, invece, riguardante appunto i soggetti, non dovrebbero sorgere difficoltà⁹³. Qui la distinzione si fa più sottile, giacché, a differenza della dazione in pagamento, il rapporto, benché (rin)novato, prosegue. In via di prima approssimazione, si potrebbe affermare che nella surrogazione reale vige un principio, per dir così, di continuità, per cui al mutare dell'oggetto il rapporto dovrebbe rimanere il medesimo. Tanto dovrebbe bastare per escludere possibili sovrapposizioni con la novazione, il cui nome è già sufficientemente esemplificativo circa la sequenza – del tutto diversa – estintivo–costitutiva che si realizza. L'osservazione, tuttavia, non è dirimente, giacché sul punto non si riscontra un'uniformità di vedute. Secondo un'autorevole opinione, difatti, la surrogazione reale non sarebbe incompatibile con la suddetta successione di estinzione e contestuale costituzione⁹⁴. Si deve perciò ricercare altrove l'elemento che consenta di

⁹¹ Sulla funzione "conservativa" della surrogazione reale si tornerà più avanti. Per il momento, si può anticipare che secondo A. MAGAZZÙ, voce *Surrogazione reale*, cit., 1503, essa svolge proprio tale funzione.

⁹² La novazione ha posto un problema che ricorre anche nel caso della surrogazione reale, ovvero se la sostituzione dell'oggetto consista sempre e comunque in una novità apportata al rapporto, tale da snaturarlo, o sia perseguibile anche mediante un negozio semplicemente modificativo. Su questo punto si segnalano le interessanti osservazioni di A. ZACCARIA, voce *Novazione*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XII, Torino, 1995, 285, secondo il quale la modifica dell'oggetto non comporta sempre e comunque una novazione, in quanto l'importante è che, anche dopo la sostituzione, l'interesse economico perseguito dalle parti sia rimasto il medesimo. A questo proposito, l'Autore propone una condivisibile lettura dell'art. 1230, comma 1, c.c., secondo il quale "l'obbligazione si estingue quando le parti sostituiscono all'obbligazione originaria una nuova obbligazione con oggetto o titolo diverso". La disposizione andrebbe interpretata alla luce del comma successivo, che pone l'accento sulla volontà di estinguere l'obbligazione precedente, la quale deve risultare in modo non equivoco. In mancanza di quest'ultima, dunque, non si avrebbe una novazione.

⁹³ L'ordinamento considera espressamente solo la novazione soggettiva passiva, all'art. 1235 c.c.; quella attiva, invece, non ha ricevuto disciplina alcuna. La *Relazione al Re*, al n. 584, motiva tale omissione affermando che il mutamento del soggetto attivo del rapporto si realizza – di regola – con la cessione del credito. In ogni caso, secondo un'autorevolissima opinione, la novazione soggettiva attiva è, nonostante il silenzio della legge, da ammettersi. V. per tutti. P. RESCIGNO, voce *Delegazione (dir. civ.)*, in *Enc. del dir.*, XI, Milano, 1962, 981.

⁹⁴ Occorre qui richiamare l'opinione di F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 9ª ed., Napoli, 1966, 98, parzialmente diversa da quella inizialmente formulata nel

operare una distinzione. Questo, ancora una volta, può essere rinvenuto nella funzione conservativa attribuita alla surrogazione reale. Mentre il meccanismo surrogatorio produce un cambiamento nell'oggetto del diritto, per cui il rapporto originario è conservato e, di conseguenza, rimane immutato, nella novazione si ha invece un mutamento dell'oggetto. In altri termini, e più brevemente, il rapporto obbligatorio, nel caso della novazione, perde la sua originaria individualità ed è sostituito da un altro, poiché le parti, mediante appunto la novazione, intendono perseguire e realizzare un interesse diverso⁹⁵.

Datio in solutum e novazione rappresentano i due istituti con i quali la surrogazione reale presenta delle affinità, ma, in considerazione di quanto s'è appena visto, le differenze di fondo superano di gran lunga i punti in comune e non si corre dunque il rischio di una sovrapposizione.

Ai fini della completezza del discorso, si deve comunque dare atto di altre possibili interferenze, come, ad esempio, quelle con la compensazione. La funzione estintiva di quest'ultima, tuttavia, per le medesime motivazioni già esposte in precedenza, relativamente alla dazione in pagamento, conducono senza dubbio a ritenere che si tratti di istituti del tutto differenti⁹⁶.

4. Massime tratte *pretium succedit in locum rei e commodum repraesentationis* in contrapposizione alla complessità del fenomeno

Nella parte relativa all'evoluzione storica dell'istituto e delle relative teorie, si è avuto modo di vedere come la massima bartoliana *pretium succedit in locum rei, res in locum pretii* abbia rappresentato il punto di partenza di qualunque tentativo di definizione del fenomeno. Oltre a questa, solitamente, anche se con minore frequenza, si ricorre anche all'espressione *commodum*

suo precedente scritto sulla surrogazione reale. Afferma l'Autore che, in determinati casi, si verifica un fenomeno di derivazione di un rapporto dal precedente, quando il nuovo oggetto è incompatibile con il diritto originario. Tra questi egli annovera la fattispecie di cui all'art. 2742 c.c.; *contra*, A. MAGAZZÙ, voce *Surrogazione reale*, cit., 1497 ss.

⁹⁵ Così, lucidamente, A. MAGAZZÙ, voce *Novazione (dir. civ.)*, in *Enc. del dir.*, XXVIII, Torino, 1978, 832. L'Autore, inoltre, fa notare come la novazione non possa trovare applicazione nel campo dei diritti reali, in virtù del principio di specialità, a differenza della surrogazione reale. Ciò contribuirebbe a un'ulteriore distinzione tra i due istituti.

⁹⁶ Che la compensazione abbia natura estintiva è pacifico in dottrina. Cfr. G. RAGUSA-MAGGIORE, voce *Compensazione (dir. civ.)*, in *Enc. del dir.*, VIII, Torino, 1961, 17 ss. Da ultimo, si veda C. CICERO, voce *Compensazione*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, agg. VII, Torino, 2012, 165 ss.

*repraesentationis*⁹⁷, per indicare la surrogazione reale, nel caso particolare in cui a prendere il posto dell'oggetto originario sia l'equivalente pecuniario della cosa perita⁹⁸. Il radicamento della prima locuzione è tale che essa continua a comparire in tutte le trattazioni dedicate alla surrogazione reale e, in un certo senso, viene talvolta utilizzata come sinonimo di quest'ultima⁹⁹. Persino in ambito anglosassone la formula di Bartolo da Sassoferrato viene comunemente accostata all'istituto in analisi¹⁰⁰.

Le due espressioni latine, per quanto possano risultare utili ai fini esplicativi, tuttavia non sembrano in grado né di rendere la complessità del fenomeno, né di illustrarne il fondamento. Quanto al primo aspetto, è facile rendersi conto di come la semplice enunciazione della sostituibilità del prezzo alla cosa e viceversa sia una pura e semplice descrizione di un meccanismo molto più articolato. In questo senso, le massime si limitano solo a rappresentare uno dei molteplici effetti della surrogazione reale, ovvero quello in virtù del quale un'oggetto prende il posto di un altro. Non è un caso che nella dottrina contemporanea si rinvenga un diffuso atteggiamento di prudenza e, talvolta, persino di rifiuto, quando si tratti di analizzare il fenomeno surrogatorio con l'ausilio di tali espressioni¹⁰¹. Allo stesso modo, queste ultime nulla dicono circa il fondamento dell'istituto. In prospettiva storica, essendo da sempre collegate al concetto delle *universitas*, che si è visto

⁹⁷ U. ALBANESE, *Massime, enunciazioni e formule giuridiche latine. Traduzione, commento e riferimenti sistematici alla legislazione italiana*, Milano, 1993, 59.

⁹⁸ Questa locuzione viene impiegata soprattutto nel caso dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione (art. 1259 c.c.), a causa del perimento del suo oggetto. Per alcuni brevi riferimenti comparatistici, si veda A. CHIANALE, voce *Obbligazioni di dare e di fare in diritto comparato e italiano*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XII, Torino, 1995, 362.

⁹⁹ Per la dottrina italiana, tra i tanti, si segnalano M. ESU, voce *Surrogazione reale*, cit., 3; F. SANTORO-PASSARELLI, *op. loc. cit.*; C. TOMASSETTI, *La surrogazione reale*, cit., 818. In ambito francese, invece, da ultimo, v. E. SAVAUX, G. GRIMONPREZ, voce *Subrogation réelle*, cit., 2. Per la Spagna, M.L. MARÍN PADILLA, *La Formación del concepto de subrogación real*, cit., 1114 ss.

¹⁰⁰ Occorre però segnalare che nella letteratura inglese e nordamericana la massima latina è comunque ritenuta tipica – per non dire esclusiva – del linguaggio di *civil law*. Essa, pur risultando comprensibile ai giuristi più adusi alla comparazione, è raramente utilizzata. Cfr. F.H. LAWSON, *Common Lawyer Looks at the Civil Law*, Ann Arbor, 1953, 196.

¹⁰¹ Il più incisivo, su questo punto, è A. MAGAZZÙ, voce *Surrogazione reale*, cit., 1501 ss., secondo il quale la massima bartoliana può valere solo come “mera espressione di comodo”, alla quale non corrisponde alcun principio giuridico. Sotto la vigenza del Codice Pisanelli l'opinione dominante era la medesima; si veda ad esempio F. LONGO, *Della surrogazione reale nel diritto italiano*, cit., 69, il quale ha affermato che la massima bartoliana “non solo non è un principio generale [...] deve essere del tutto bandita dal campo del diritto, poiché non è affatto una regola, ma solo un'impropria ed inesatta espressione di un effetto giuridico dipendente da ben altre cause”. Nello stesso senso, ma più sfumatamente, L.V. MOSCARINI, voce *Surrogazione reale*, cit., 969 e 975.

essere stato dominante per secoli, esse potrebbero risultare forse riduttive, nel senso di sembrare come poste a presidio del principio secondo il quale la surrogazione reale può operare, appunto, solo nelle universalità.

La legislazione attuale, non solo italiana, ma anche dei paesi europei più rappresentativi, smentisce questa ingiustificata limitazione (basti pensare all'art. 2742 c.c. ed ai suoi corrispondenti in Francia, Germania e Spagna). Così anche la pratica, nella quale si registra un ricorso sempre più diffuso al meccanismo surrogatorio¹⁰².

Lungi, in ogni caso, dal voler porre da parte le due espressioni latine qui in discorso, si deve specificare che le medesime possono ben essere utilizzate, ma con le dovute precauzioni. Esse rappresentano e racchiudono, pur nella loro concisione, un'elaborazione dottrinale plurisecolare e sarebbe perciò superficiale volerle abbandonare per il sol fatto che potrebbero risultare desuete. Si deve però avere ben presente che il loro significato non può andare al di là di quello storico.

5. Surrogazione reale e perimento: distinzione tra i concetti di "bene", "cosa", "trasformazione" e "sostituzione"

Sino ad ora si è fatto uso dei termini "bene" e "cosa" in maniera alternativa, come se fossero tra loro sinonimi. Per certi versi, ciò è senza dubbio corretto, almeno se si prende come riferimento il linguaggio corrente e comune, ove il primo può essere impiegato in sostituzione del secondo e viceversa. Anche nel lessico giuridico, a parte il caso delle trattazioni specificamente dedicate ai due vocaboli di cui sopra, si può rinvenire un utilizzo indistinto di entrambi. Lo stesso legislatore, tanto del codice in vigore, quanto di quello del 1865 e dei codici preunitari¹⁰³, ricorre alternativamente

¹⁰² Ne dà atto L. BALLERINI, *Patrimoni separati e surrogazione reale. Il patto di sostituzione*, cit., 115 ss.

¹⁰³ Limitando il discorso alle sole codificazioni, sembrerebbe che la tendenza a riferirsi indistintamente ai "beni" o alle "cose" sia piuttosto diffusa in Europa. Il Codice Napoleone, all'art. 516, stabilisce che "tous les biens sont meubles ou immeubles"; successivamente, all'art. 526, invece, si riferisce a questi ultimi con l'espressione *choses immobilières*. Non molto diversamente accade nei codici che si sono ispirati al modello francese. A titolo meramente esemplificativo, si riportano i seguenti casi. Nel codice civile estense del 1852 i termini compaiono assieme nell'art. 404, a norma del quale "tutte le cose che possono essere l'oggetto di proprietà pubblica o privata, sono beni immobili, o mobili". Eguale formulazione si ritrova nell'art. 397 c.c. sabauda. Il codice parmense del 1820, all'art. 370, si riferisce ai beni, mentre nel successivo art. 377 alle cose. Esemplicativa è la definizione del codice per il Regno Lombardo-Veneto del 1815, il quale, al § 285, stabilisce che "tutto ciò che non è persona e serve

all'uno o all'altro termine¹⁰⁴. È però necessario precisare che, almeno ai fini della presente indagine e, soprattutto, dei risultati che si intendono raggiungere, si impongono una distinzione e una specificazione dei termini "bene" e "cosa", ai quali si vogliono far corrispondere concetti piuttosto diversi¹⁰⁵.

Senza volersi soffermare sulle varie teorie dei beni che sono state proposte, qui occorre ricordare che la nozione di "bene" non è univoca in dottrina, ma è comunque ravvisabile una generale convergenza sul fatto che non tutte le cose sono beni per il diritto. Secondo un primo orientamento, che fa leva sull'aspetto più materialistico, la definizione di "bene" è strettamente e precipuamente giuridica e consiste nell'attribuire tale qualifica a determinate entità, che assumono rilevanza appunto per il diritto¹⁰⁶. Non a caso, l'art. 810 c.c. qualifica come beni (solo) le cose che possono formare oggetto di diritti. Queste entità, in ogni caso, non devono necessariamente avere l'attributo della corporalità. Un'altra concezione, invece, meno legata al profilo fisico e concreto, ravvisa nel bene anche l'oggetto della tutela giuridica in generale; ovvero la tutela apprestata dall'ordinamento, che determina i titoli in virtù dei quali sono garantiti il godimento, il possesso e la disponibilità dei beni medesimi ai soggetti¹⁰⁷.

Diversamente deve dirsi per la "cosa". Essa è un'entità materiale, un elemento della realtà, che solo talvolta viene preso in considerazione dal

all'uso dell'uomo, in senso giuridico chiamasi cosa"; al seguente § 286 si riferisce poi ai beni. Parimenti accade in Spagna: l'art. 333 c.c. spagnolo dispone che "todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación se consideran como bienes muebles o inmuebles".

¹⁰⁴ Questa circostanza non è sfuggita alla più attenta dottrina. Rilevano la scarsa coerenza in proposito M. ALLARA, *Dei beni*, Milano, 1984, 8, e L. BARASSI, *Diritti reali e possesso*, I, *Diritti reali*, Milano, 1952, 145.

¹⁰⁵ La diversità risulta ben chiara già dalle distinte trattazioni di S. PUGLIATTI, voce *Beni (teoria generale)*, in *Enc. del dir.*, V, 1959, 164 ss., e ID., voce *Cosa in senso giuridico (Teoria generale)*, ivi, XI, 1962, 19 ss.

¹⁰⁶ Per tutti, V. ZENO-ZENCOVICH, voce *Cosa*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, IV, Torino, 1989, 443 ss. Sull'argomento, essendo la letteratura vastissima, ci si limiterà a qualche riferimento ai contributi più importanti. Oltre alla dottrina citata nella nota precedente, si vedano: A. GAMBARO, *I beni*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, 2012; O.T. SCOZZAFAVA, *I beni*, in *Trattato di diritto civile del consiglio nazionale del notariato*, Napoli, 2007.

¹⁰⁷ Afferma S. PUGLIATTI, voce *Beni (teoria generale)*, cit., 180 ss., che l'attribuzione di un titolo in favore di un soggetto è attribuzione al medesimo soggetto di una tutela giuridica, in relazione a un determinato bene, e, allo stesso tempo, determinazione delle condizioni, dei modi e dei limiti di essa.

sistema giuridico. In altri termini, essa non è nient'altro che l'oggetto tangibile e corporeo del bene nel senso anzidetto¹⁰⁸.

La distinzione qui sommariamente riportata assume rilevanza nel momento in cui si verificano determinati eventi, come ad esempio quello del perimento¹⁰⁹. Se si volessero far coincidere i concetti di bene e cosa, se ne dovrebbe necessariamente dedurre che al perimento della seconda si estinguono automaticamente tutti i diritti che ineriscono alla stessa. È questo difatti l'insegnamento tradizionale, il quale individua la regola generale nella distruzione della cosa con la contestuale "fine" dei relativi diritti. L'eccezione, invece, sarebbe costituita da quei particolarissimi casi in cui il diritto "sopravvive" su un'altra cosa¹¹⁰. Da un'attenta lettura del codice, tuttavia, potrebbero sorgere alcuni dubbi sul rapporto di regola-eccezione tra i casi appena considerati.

Innanzitutto, anche il perimento è un fenomeno che abbisogna di un chiarimento. Le leggi scientifiche, difatti, insegnano che la distruzione della materia, nel senso proprio del termine, non avviene mai in natura (*rien ne se perd, rien ne se crée, tout se transforme*¹¹¹), per cui l'interrogativo che occorre porsi – come è stato giustamente osservato – è quando la trasformazione della cosa è considerata dal diritto appunto come perimento e assume perciò rilevanza quando trattasi di determinare le conseguenze dell'evento in discorso¹¹². Per

¹⁰⁸ Così S. PUGLIATTI, voce *Cosa in senso giuridico (teoria generale)*, cit., 20.

¹⁰⁹ La letteratura avente ad oggetto il perimento della cosa non è molto estesa. Si possono comunque rinvenire alcune interessanti trattazioni, tra le quali si segnalano G. DONADIO, voce *Perimento*, in *Dizionario pratico del diritto privato*, V, I, Milano, s.d. (ma 1937-1939), 461 ss., e A. MAGAZZÙ, voce *Perimento della cosa*, cit., 35 ss., ID., voce *Perdita ed estinzione dei diritti*, cit., 973 ss. Per una breve, ma pregevolissima, analisi del perimento della cosa (anche per consumazione) durante la relazione contrattuale, tale da rendere impossibile la restituzione in natura del bene in caso di scioglimento della medesima relazione, si segnala il contributo di P. GALLO, *Le restituzioni contrattuali*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, I, Milano, 2008, 1076 ss., spec. 1081 ss. In prospettiva storica, invece, compie un'analisi relativa al diritto romano C. RODDI, *I mutamenti della cosa e le loro conseguenze giuridiche in diritto romano*, Torino, 1936, 58 ss., spec. 128 ss.

¹¹⁰ Cfr. B. BIONDI, *Le servitù*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, XII, Milano, 1967, 596.

¹¹¹ Questa espressione, generalmente attribuita al chimico francese A.L. DE LAVOISIER, *Traité élémentaire de chimie*, Parigi, 1789, esprime il c.d. principio di conservazione della massa, secondo il quale in natura nulla si crea, nulla si distrugge, ma tutto si trasforma.

¹¹² Si pone il quesito V. SCIALOJA, *Teoria della proprietà nel diritto romano*, II, Roma, 1931, 292 ss., il quale fa giustamente notare che se si accogliesse il concetto naturalistico di perimento, nel caso della proprietà, ad esempio, non vi sarebbe mai la perdita del diritto nel momento in cui la cosa viene distrutta, poiché quest'ultima – nell'accezione scientifica del termine – non è perita, bensì s'è trasformata.

tale ragione, il concetto di “perimento” dovrebbe essere ricavato non dalla scienza fisica, bensì da quella giuridica. Atteso, dunque, che deve essere l’ordinamento a stabilire quando un mutamento che interessa la cosa, tale da privarla completamente dell’utilità o dello scopo per il quale era preordinata, vale a provocare l’estinzione dei diritti che alla medesima ineriscono, occorre poi domandarsi come sia possibile che a parità di evento (*id est* il perimento), talora i diritti “proseguano” su una cosa diversa.

Il legislatore non ha evidentemente accolto l’idea del perimento in senso naturalistico, poiché altrimenti non si spiegherebbero le disposizioni che espressamente sanciscono l’estinzione dei diritti al venir meno della cosa. A titolo meramente esemplificativo, si segnalano gli artt. 963, 1014, 1017, 1128, comma 3, e 2878, n. 4, c.c., riguardanti, rispettivamente, il fondo enfiteutico, l’usufrutto, il condominio e l’ipoteca. Se alla distruzione della cosa corrispondesse automaticamente l’estinzione del diritto, non è ben chiaro per quale ragione si sia sentita l’esigenza di specificare tale circostanza, che dovrebbe apparire proprio di per sé ovvia, ma che, evidentemente, non lo è, almeno se si volge lo sguardo a tutte quelle disposizioni che prevedono come conseguenza del perimento un effetto diverso dall’estinzione del diritto.

Autorevole dottrina ha difatti sostenuto la superfluità di queste ultime norme¹¹³; ma, a meno di volerle ritenere prive di senso, in quanto stabiliscono un principio lapalissiano, si ritiene che in realtà esse corrispondano a una ben precisa *ratio*. Evidentemente, per le ragioni che si vedranno meglio immediatamente, il legislatore ha ritenuto di poter salvaguardare gli interessi (*rectius*: il bene, nel senso di cui sopra) della parte che ha subito l’evento distruttivo salvando *in extremis* il suo diritto, mediante il trasferimento su un’altra cosa. Non è un caso che in tutte le richiamate disposizioni viene sempre in considerazione un “sostituto” della cosa perita, consistente nella somma dovuta dall’assicuratore o dal terzo responsabile del danno. Ulteriore conferma si rinviene poi nel caso di distruzione parziale: il diritto si conserva su ciò che residua (artt. 1016, 1018, 1128 c.c.).

Il perimento inteso in senso naturalistico, dunque, non consente di spiegare quel complesso di disposizioni che salvaguardano l’interesse della

¹¹³ Cfr. A. FALZEA, *Il fatto naturale*, in *Studi in onore di G. Scaduto*, I, Padova, 1970, 418, relativamente all’art. 2878, n. 4, c.c., a norma del quale l’ipoteca d’estingue con il perimento del bene. Secondo l’illustre Autore, l’effetto stabilito dalla disposizione non sarebbe nemmeno un effetto legale, bensì necessario.

parte che ha visto venir meno l'oggetto materiale del diritto¹¹⁴. Una diversa concezione del fenomeno in analisi, come potrebbe essere quella in termini di dissociazione, appunto, tra bene e cosa, invece, riesce a conciliare la continuità della situazione giuridica, il cui oggetto è costituito dal primo, con la distruzione della seconda. Occorre, in altri termini, avere ben presente che quando la cosa perita è ripristinabile o sostituibile con un'altra, non si può escludere che il diritto preesistente rimanga in vita, trasferendosi su quella che ne prende il posto¹¹⁵.

È in questo contesto che s'inserisce il meccanismo surrogatorio, il quale trova uno dei suoi principali ambiti di applicazione proprio nei casi appena considerati. Esso si attegga a mezzo di conservazione del diritto, secondo due principali direttive. Da un lato, l'interesse, giuridicamente protetto, al conseguimento del valore economico¹¹⁶; dall'altro, l'effettività della tutela giuridica, che impone di non arrestarsi di fronte all'evento naturalistico e di ricercare, ove possibile, "ogni possibile adeguato rimedio"¹¹⁷. In definitiva, dunque, il perimento interessa la componente di fatto della situazione giuridica e comporta solo l'impossibilità temporanea di realizzare quest'ultima¹¹⁸.

¹¹⁴ Al perimento in senso naturalistico la giurisprudenza equipara quello in senso "giuridico". Si veda, ad esempio, Trib. Bari, 8 febbraio 2005, in *Foro it.*, Rep. 2006, voce *Ipoteca*, n. 16, secondo cui l'accertamento del carattere abusivo della lottizzazione comporta l'estinzione dell'ipoteca iscritta sull'opera edificata a seguito della lottizzazione, dovendosi intendere il suddetto accertamento quale perimento del bene in senso giuridico. Negli stessi termini, Cass., 26 gennaio 2006, n. 1693, in *Foro it.*, 2006, I, 1756. Secondo Trib. Verona, 30 gennaio 1989, in *Foro it.*, 1990, I, c. 2646, la costruzione di un'opera pubblica (nella specie, una scuola) su di un fondo non espropriato, trasforma radicalmente il bene e dà luogo alla c.d. accessione invertita a favore della Pubblica amministrazione, estinguendo, di conseguenza, per perimento dell'oggetto, l'ipoteca accesa su detto fondo ai sensi dell'art. 2878, n. 4, c.c.

¹¹⁵ Sono queste le condivisibili affermazioni di A. MAGAZZÙ, voce *Perimento della cosa*, cit., 45. L'Autore, nella sua approfondita e pregevole disamina, fa inoltre notare come sia necessario abbandonare la concezione naturalistica del perimento, in quanto lo stato naturale della cosa non si riflette immediatamente sull'individualità del bene giuridico di cui la cosa medesima costituisce solo elemento materiale.

¹¹⁶ L.V. MOSCARINI, voce *Surrogazione reale*, cit., 973, ravvisa il fondamento della surrogazione reale proprio nell'interesse a conseguire un valore economico, sebbene sembri circoscrivere il principio ai soli diritti reali di garanzia.

¹¹⁷ Sono ancora le parole di A. MAGAZZÙ, voce *Perimento della cosa*, cit., 51. Impossibile non ravvisare un collegamento con quanto già affermato in ambito francese quasi un secolo fa. Il riferimento è a J. BONNECASE, *La subrogation réelle*, cit., 780 ss., secondo il quale la surrogazione reale è posta a salvaguardia del credito e l'ordinamento abdicerebbe la propria funzione se arrestasse in presenza del mero evento naturale.

¹¹⁸ A. MAGAZZÙ, voce *Perimento della cosa*, cit., 52. Non pare perciò corretto affermare che "se viene meno il bene fisico che costituisce l'oggetto della tutela giuridica viene meno pure e necessariamente la stessa tutela giuridica". Cfr. A. FALZEA, *op. loc. cit.*, nota 33.

Le sommarie osservazioni che precedono consentono di svolgere qualche considerazione in merito al carattere di eccezionalità che generalmente si riconosce alle disposizioni che sono state sino ad ora richiamate. Da un'analisi meramente quantitativa e terminologica, si ricava che il codice civile considera il perimento quasi sempre per specificare che al ricorrere del medesimo il diritto non si estingue, almeno non immediatamente¹¹⁹. La tecnica legislativa è grossomodo sempre la stessa e consiste nello stabilire il "trasferimento" di quest'ultimo su qualcos'altro (a titolo esemplificativo, artt. 1017, 1019, 1020 e 2742 c.c., senza contare le altre numerose ipotesi contenute nelle leggi speciali). Emblematico in tal senso è poi il disposto dell'art. 2878, n. 4, c.c.: l'ipoteca, se la cosa data in garanzia era assicurata, non si estingue, poiché si trasferisce sull'indennizzo.

Gli esempi indicati sino ad ora si riferiscono ai diritti reali, tanto di godimento, quanto di garanzia. La situazione però non sembra mutare con riferimento alle obbligazioni. Si segnalano, a questo proposito, gli artt. 1258 e 1259 c.c., relativi all'impossibilità sopravvenuta, totale o parziale. A norma del primo, la prestazione sarà dovuta per la parte che è rimasta possibile; a norma del secondo, invece, il creditore subentra nei diritti spettanti al debitore in dipendenza del fatto che ha causato l'impossibilità, e può esigere dal debitore la prestazione di quanto questi abbia conseguito a titolo di risarcimento.

Tutte le disposizioni che fanno parte di questo articolato complesso non considerano il perimento al solo fine di sancire l'estinzione del diritto sulla cosa perita, bensì, al contrario, individuano sempre il "nuovo" oggetto di quest'ultimo. Se si considera, poi, che l'attuale codice civile ha apportato delle innovazioni in questo ambito, tra le quali risalta tra tutte la (non casuale) collocazione dell'art. 2742 c.c. tra le disposizioni generali della responsabilità patrimoniale, non pare incauto ritenere che il legislatore abbia voluto porre un principio di "conservazione" della situazione giuridica, quando si verificano eventi che colpiscono la componente materiale del diritto. Anche se per sommi capi, s'è avuto modo di vedere che uno dei fondamenti della surrogazione reale, anche se non l'unico, è proprio quello della salvaguardia del rapporto originario malgrado il mutamento oggettivo. Si potrebbe però obiettare che le

¹¹⁹ Senza voler fornire un elenco esaustivo, stabiliscono invece l'estinzione immediata del diritto per il perimento della cosa gli artt. 673 (perimento della cosa legata) e 744 c.c. (perimento della cosa donata, che non sarà soggetta a collazione). Sul perimento della cosa legata si segnala il contributo di G. BONILINI, *Il perimento della cosa legata*, in *Famiglia, pers. e succ.*, 2007, 354 ss.

disposizioni sino ad ora richiamate sono piuttosto diverse tra loro, per cui non sarebbe possibile ravvisare una regola generale. Tale diversità, se con ciò si intende la loro frammentarietà e sparpagliata collocazione, è un dato incontrovertibile, ma può forse essere osservata e interpretata in altro modo.

Posto che il meccanismo surrogatorio esiste, la grande diversificazione degli ambiti nei quali esso opera, in seguito al perimento della cosa (o alla sua indebita alienazione), potrebbe stare a significare proprio la volontà di attribuirgli una valenza diffusa, che spazia appunto dagli *iura in re aliena* alle obbligazioni; dal primo all'ultimo libro del codice. Ad ogni modo, pare innegabile che nei casi qui considerati si verifichi un fenomeno di "trasformazione" economica della *res* che forma oggetto del diritto, nel senso che la componente materiale di quest'ultimo trasmuta dall'elemento originario, in prima battuta, a una somma di danaro (indennizzo, risarcimento del danno, indennità d'esproprio). A fronte di queste disposizioni, ci si potrebbe poi domandare se l'effetto legale di trasformazione sia nella disponibilità delle parti, ovvero se gli sia consentito, in via convenzionale, addivenire a detta trasformazione dell'oggetto del diritto, senza provocare un fenomeno novativo. Poiché su questa possibilità ci si soffermerà nel prosieguo, per ora si può specificare che ad essa ci si riferirà d'ora in poi con il termine "sostituzione".

Non è però il momento di trarre delle conclusioni affrettate, giacché sono necessarie ulteriori e più approfondite indagini.

6. Varie specie di surrogazione reale elaborate dalla dottrina: legale e convenzionale; generale e speciale; in senso stretto e in senso lato

Dopo aver inquadrato sommariamente l'istituto in prospettiva storico-comparatistica e aver tratteggiato i suoi possibili ambiti di applicazione, non è più possibile rinviare ulteriormente la disamina dei caratteri del meccanismo surrogatorio. Come si è avuto modo di vedere, in Italia come all'estero, da lungo tempo la dottrina è impegnata a trovare una sistemazione alla surrogazione reale, ma sulla sua definizione e sul suo fondamento non v'è unanimità di vedute¹²⁰. In termini generalissimi, si può affermare che essa

¹²⁰ Come si diceva, la surrogazione reale è stata spesso studiata in relazione alle singole ipotesi previste dal codice civile. Oltre agli Autori citati *retro* alla nota 2, ulteriori riferimenti bibliografici saranno indicati successivamente, in occasione della trattazione delle disposizioni che sono più o meno riconducibili alla fattispecie in esame.

consiste nella successione di una cosa a un'altra, senza che tale successione importi l'estinzione del rapporto originario. Si possono individuare così almeno due elementi che caratterizzano la fattispecie: da un lato, un fenomeno di "avvicendamento", ovvero il mutamento dell'oggetto; dall'altro, la continuità del rapporto. Essi potrebbero sembrare in antitesi tra loro, giacché pare difficile conciliare l'idea del cambiamento (della cosa) con quella della persistenza (del diritto). È proprio questa però la peculiarità del meccanismo surrogatorio, il quale, altrimenti, non avrebbe ragione d'esistere, se non funzionasse sulla base dei predetti elementi; in altri termini, se non si realizzasse l'aspetto della continuità. Continuità che può riguardare, ad esempio, il "vincolo" (in senso per ora atecnico; si vedano ad esempio tutti i casi di separazione patrimoniale), o il diritto reale che gravano sul bene. In genere si ritengono ipotesi integranti casi di surrogazione le seguenti disposizioni. Senza voler fornire un elenco definitivo, per le obbligazioni (di restituzione) si vedano gli artt. 66, 73, 535, comma 2, 1776, 1780, 2037 e 2038 c.c., i quali potrebbero essere considerati applicazioni specifiche dell'art. 1259 c.c.¹²¹; per i diritti reali, invece, gli artt. 1017, 1019, 1020 e 2742 c.c. Queste, si diceva, sono solo le disposizioni codicistiche¹²², che verranno singolarmente esaminate nel capitolo successivo.

Per il momento si può procedere a riportare le classificazioni di ordine generale tradizionalmente individuate dalla dottrina.

a) surrogazione legale e convenzionale; nelle obbligazioni e nei diritti reali

Innanzitutto, occorre riportare la tradizionale distinzione tra la surrogazione reale legale e convenzionale. La prima ricorre nei casi disciplinati dalle disposizioni anzidette. Esse, a loro volta, sono generalmente suddivise ulteriormente in due gruppi. Da un lato, la surrogazione reale nelle obbligazioni di restituzione. Questa - ma lo si vedrà più approfonditamente nel capitolo successivo - ricorre allorché viene posto in essere un atto

¹²¹ Cfr. E. MOSCATI, *La disciplina generale delle obbligazioni*, cit., 356, il quale individua la norma generale nell'art. 1259 c.c. e le sue applicazioni specifiche negli artt. 66, 535, comma 2, 1780 e 2038 c.c., pur escludendo che in questi casi si tratti di surrogazione reale.

¹²² Nella legislazione speciale, si segnala, a titolo meramente esemplificativo, un'applicazione del principio di cui all'art. 2742 c.c., costituita dall'art. 7, comma 1, l. n. 156 del 1983. A norma di quest'ultimo "le ipoteche iscritte sugli immobili distrutti o da demolire ed i privilegi garantiti dagli stessi sono trasferiti di diritto sugli immobili costruiti o acquistati in altro sito".

dispositivo di una cosa altrui da parte del possessore o detentore in buona fede, il quale è obbligato a restituire il prezzo dell'alienazione, o il bene in cui quest'ultimo sia stato investito. Dall'altro, la surrogazione nei diritti reali. Qui ci si trova nel caso in cui l'oggetto di tali diritti sia venuto meno a causa della distruzione o del perimento della cosa; il diritto originario si trasferirà su di un'altra, che generalmente consiste nell'indennizzo corrisposto dall'assicuratore, ma che può anche essere quello dovuto dalla Pubblica amministrazione per l'espropriazione, o, infine, il risarcimento dovuto dal terzo responsabile.

La surrogazione reale convenzionale, invece, è raggiunta in via pattizia. Un primo esempio era costituito dal pegno c.d. rotativo (prima di essere recepito dalla legislazione), in cui la cosa data in garanzia viene sostituita periodicamente - di qui l'attributo della rotatività - mantenendo inalterata la prelazione originaria, ovvero senza che si verifichi una novazione del rapporto¹²³.

Vi sono poi ulteriori casi nei quali generalmente si ritiene operante l'istituto in discorso, come la separazione patrimoniale¹²⁴ o il *trust*¹²⁵. Un ulteriore aspetto, da valutarsi separatamente, potrebbe essere quello della sostituibilità del bene ipotecato, atteso che, in linea di principio, potrebbe ricorrersi a un meccanismo simile a quello del pegno rotativo. Nella specie della surrogazione reale convenzionale, poi, dovrebbe essere annoverata anche la previsione di cui all'art. 179, lett. f), c.c., in virtù del quale le cose acquisite con il prezzo del trasferimento dei beni personali o col loro scambio non costituiscono oggetto della comunione. Non si tratta chiaramente di una convenzione vera e propria, però qui ricorre comunque un elemento volitivo, poiché l'esclusione dalla proprietà comune è rimessa, come si vedrà, alla dichiarazione del coniuge. La disposizione anzidetta, infatti, stabilisce che non si realizza l'inclusione nella proprietà di entrambi i coniugi solo se ciò viene espressamente dichiarato all'atto dell'acquisto. Si tratta, in sostanza, di una

¹²³ Sulla rotatività della garanzia, si veda, per tutti, E. GABRIELLI, *Sulle garanzie rotative*, Napoli, 1998, 117 ss.; ID., *Rotatività della garanzia*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, agg. VI, Torino, 2011, 821. Sul rapporto tra pegno rotativo e surrogazione reale, si veda inoltre *infra* cap. IV, sez. II, par. 3.2.

¹²⁴ Sulla surrogazione reale nella separazione patrimoniale si tornerà più avanti. Per il momento si può segnalare che il rapporto tra le due figure è stato oggetto di uno studio recente: L. BALLERINI, *Patrimoni separati e surrogazione reale. Il patto di sostituzione*, 329 ss.

¹²⁵ Per dei brevi cenni alla surrogazione reale in riferimento alla sostituzione dei beni del *trust*, si veda A. GIANOLA, *op. loc. cit.*

surrogazione reale, per dir così, volontaria ed eventuale, dipendente dalla volontà del soggetto coniugato, a differenza della surrogazione reale legale, che opera in via automatica, sempre e comunque.

b) surrogazione reale generale e speciale

Un'ulteriore distinzione, invero piuttosto diffusa nella dottrina meno recente, è quella tra surrogazione generale (o generica) e speciale. Come s'è visto nei paragrafi precedenti, sul punto non c'è mai stata uniformità di vedute. Dapprima si ammetteva la surrogazione solo nelle universalità, come, ad esempio, nel patrimonio e nell'eredità. Si voleva cioè indicare che la sostituzione di un bene con un altro era possibile esclusivamente in determinate pluralità di cose mobili, aventi una destinazione unitaria. Si è passati poi a una situazione intermedia, nella quale il meccanismo surrogatorio è stato ammesso tanto *in rebus universalibus* quanto *in rebus singularibus*. Infine, è stato affermato che essa opera solo in relazione alle singole cose. È da ritenere che la distinzione così proposta abbia una valenza esclusivamente storica e risenta inevitabilmente del diritto intermedio, la cui elaborazione era incentrata solo sulle fonti romane. Essa, a ben vedere, oltre a non avere un'apprezzabile rilevanza pratica, è altresì intimamente connessa all'espedito della finzione giuridica, che però va respinto.

In primo luogo, quanto al patrimonio, non si può nemmeno discorrere di surrogazione reale nel vero senso dell'espressione. È stato infatti dimostrato che l'entrata e l'uscita delle cose mediante acquisto o cessione trattasi più che altro di una "sostituzione" degli elementi patrimoniali, irrilevante come tale ai fini che qui interessano¹²⁶. Nell'ipotesi in esame non ricorre infatti né l'alienazione da parte del non titolare - nei termini visti poco sopra -, né il perimento o la distruzione della cosa, né la "destinazione" di un bene a un determinato scopo. In breve, il caso in analisi sembra esulare dalle ipotesi considerate dal legislatore.

La ragione per la quale occorre escludere che, nel caso di sostituzione di una cosa all'altra nel patrimonio, si realizzi la surrogazione reale consiste nel fatto che l'istituto in analisi assume rilevanza solo allorquando è opponibile al terzo o può essere da costui invocato. Valgano alcuni esempi.

¹²⁶ Il riferimento è a F. SANTORO-PASSARELLI, *La surrogazione reale*, cit., 36. Si noti però che l'illustre Autore giunge a tale conclusione sulla base della mancanza di una finzione giuridica nel caso di sostituzione dei beni facenti parte del patrimonio. Nello stesso senso, ma per altre ragioni, si veda C. TOMASSETTI, *La surrogazione reale*, cit., 817 ss.

Nel caso del perimento della garanzia, la surrogazione reale giova al creditore; nel caso della vendita di un bene personale del coniuge, egli potrà opporre ai creditori della comunione che il prezzo, o la cosa acquistata per scambio, l'ha sostituito e dunque non può essere aggredito. In secondo luogo, il meccanismo surrogatorio opera in relazione tanto alle singole cose, quanto alle universalità, ammesso che si voglia far ricorso a quest'ultimo concetto. Senza soffermarsi sulla distinzione tra universalità di fatto e di diritto, atteso anche che la seconda specie non ha trovato riconoscimento come categoria autonoma¹²⁷, la surrogazione opera in riferimento a quegli insiemi di cose che sono sottoposti a un particolare regime giuridico, come potrebbe essere il patrimonio personale del coniuge in comunione legale dei beni, come visto poc'anzi (ad esempio, art. 179, lett. f), c.c.). Quanto alle singole cose, è sufficiente richiamare gli artt. 1017, 1019, 1020 e 2742 c.c.

c) surrogazione reale in senso stretto e in senso lato

La distinzione che qui si riporta è in assoluto la più discussa in dottrina. Mentre quelle che precedono sono basate o sulla fonte del fenomeno o sul suo ambito di operatività (su elementi, dunque, agevolmente constatabili) la presente suddivisione, invece, riguarda la relazione che si instaura tra il rapporto giuridico originario e la cosa che va a sostituire il suo oggetto. Tra questi due elementi, talvolta, c'è una situazione, per dir così, d'incompatibilità, poiché il secondo potrebbe non essere suscettibile di costituire l'oggetto del primo. Per queste ragioni, la dottrina maggioritaria ritiene necessario distinguere due specie di surrogazione reale¹²⁸. Da un lato, la surrogazione reale in senso stretto, che si realizza solo ed esclusivamente quando al mutare dell'oggetto il rapporto giuridico rimane invariato. L'esempio classico è quello, appunto, della riparazione o ricostruzione dell'immobile ipotecato danneggiato o distrutto: l'ipoteca originaria si trasferirà sulla cosa nuova. La

¹²⁷ Negano fondamento e autonomia alla figura dell'universalità di diritto O.T. SCOZZAFAVA, M. BELLANTE, *I beni*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, VII, *Beni proprietà e diritti reali*, I.1, Torino, 2007, 71, e M. TRIMARCHI, voce *Universalità di cose*, in *Enc. del dir.*, XLV, Milano, 1992, 809, nota 61.

¹²⁸ Così si sono espressi F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., 98, L.V. MOSCARINI, voce *Surrogazione reale*, cit., 969, M. ESU, voce *Surrogazione reale*, 1 ss., e C. TOMASSETTI, *La surrogazione reale*, cit., 819. Da ultimo, L. BALLERINI, *Patrimoni separati e surrogazione reale. Il patto di sostituzione*, cit., 156. Tutti gli Autori appena citati condividono, o comunque riportano senza osservazioni critiche, la distinzione tra surrogazione reale in senso stretto e in senso lato. Contrario a questa suddivisione, anche se non la disapprova apertamente, è solo, a quanto consta, A. MAGAZZÙ, voce *Surrogazione reale*, cit., 1497 ss.

questione relativa a questa classificazione nasce principalmente proprio dall'art. 2742 c.c., a norma del quale se le cose soggette a privilegio, pegno o ipoteca sono perite o deteriorate, le somme dovute dagli assicuratori per indennità della perdita o del deterioramento sono vincolate al pagamento dei crediti privilegiati, pignorati o ipotecari, secondo il loro grado, eccetto che le medesime vengano impiegate a riparare la perdita o il deterioramento. Si prenda ancora il caso dell'immobile ipotecato perito in seguito a una qualunque causa; se il debitore decide di non procedere con la ricostruzione, il creditore ipotecario potrà rifarsi sull'indennità. Posto che, però, uno dei caratteri fondamentali della surrogazione reale è proprio la continuità del diritto originario, indipendentemente dalle vicende che riguardano la componente materiale, s'è dovuto necessariamente concludere che, non potendo l'ipoteca gravare su una somma di danaro, essa necessariamente si estingua. Il passaggio successivo, ovvero quale sia la natura del diritto che si ricostituisce sulla nuova cosa (l'indennizzo), è questione altrettanto complessa, che ha visto contrapporsi le soluzioni più disparate. Il diritto reale di garanzia si trasformerebbe perciò in un altro diritto, ovviamente non più caratterizzato dall'attributo della realtà.

Un'altra ipotesi generalmente annoverata tra quelle di surrogazione reale in senso lato (o ampio) sarebbe costituita dall'art. 535, comma 2, c.c., a norma del quale il possessore in buona fede, che ha alienato pure in buona fede una cosa dell'eredità, è solo obbligato a restituire all'erede il prezzo o il corrispettivo ricevuto; se il prezzo o il corrispettivo è ancora dovuto, l'erede subentra nel diritto di conseguirlo. Nel patrimonio dell'erede di verifica - è stato affermato - una surrogazione del *pretium* o del valore alla cosa; il suo diritto, da che era reale, diviene obbligatorio¹²⁹.

Allo stesso modo, seguendo questa impostazione, dovrebbero rientrare nella nozione ampia di surrogazione reale tutte le altre ipotesi di "perdita" della cosa in capo al legittimo proprietario in seguito ad alienazione da parte del possessore, ovvero gli artt. 66, 73, 1776, 1780 e 2038 c.c.

¹²⁹ È di questa opinione L.V. MOSCARINI, voce *Surrogazione reale*, cit., 972. Aderiscono alla sua ricostruzione anche C. TOMASSETTI, *op. loc. cit.*, e L. BALLERINI, *Patrimoni separati e surrogazione reale. Il patto di sostituzione*, cit., 167.

7. Necessità di ulteriori indagini e di sottoporre a revisione alcuni assunti tradizionali relativi alla surrogazione reale. Rinvii

Le classificazioni pocanzi riportate, come accade quasi sempre per qualsiasi distinzione, presentano necessariamente dei limiti. Esse, dovendo assumere un solo carattere come criterio in base al quale operare la suddivisione, risultano per forza di cose meramente descrittive o comunque incomplete, giacché fanno leva solo su alcuni aspetti specifici del meccanismo surrogatorio, come la fonte, l'ambito di operatività o il rapporto tra la cosa nuova e il diritto originario. Per fini esclusivamente, appunto, classificatori e illustrativi, suddivisioni di cui si è detto – ad eccezione di quella *sub b)* – non solo risultano utili, ma appaiono anche necessarie laddove volte delineare i caratteri della fattispecie, soprattutto di un istituto come quello della surrogazione reale, tradizionalmente studiato da differenti versanti e solo raramente, a quanto consta, in maniera unitaria. Tuttavia, non si può fare a meno di rilevare che, almeno con riferimento al nostro ordinamento, non si è mai tentato di sistemare in termini generali il meccanismo della surrogazione reale, ma ci si è limitati a tramandare alcune classificazioni senza verificarne la fondatezza.

Questa circostanza si può spiegare in due modi. In primo luogo, sul piano del metodo, coloro i quali si sono occupati della surrogazione reale hanno proceduto ad analizzare determinati meccanismi legislativi per il semplice fatto che esteriormente presentano delle affinità, ovvero la sostituzione di una cosa all'altra. L'esito di questa indagine, tuttavia, non ha mai prodotto risultati soddisfacenti, tanto è vero che si è costretti a distinguere la surrogazione reale in senso stretto da quella in senso lato e non si è ancora certi se la vicenda in analisi presenti i caratteri della estinzione-costituzione di una situazione giuridica, o sia sempre garantita la continuità del rapporto originario¹³⁰. Per non menzionare, poi, la differenza di fondo intercorrente tra il perimento della cosa e la sua alienazione a un soggetto in buona fede, che l'acquista validamente.

Queste sono solo alcune delle grandi questioni che hanno occupato e tuttora occupano la dottrina, alla quale se ne aggiunge un'altra, probabilmente

¹³⁰ Sul piano del metodo seguito dalle trattazioni che si sono occupate sino ad ora della surrogazione reale, sembra cogliere nel segno A. MAGAZZÙ, voce *Surrogazione reale*, cit., 1502, relativamente alla critica della nozione larga della surrogazione reale. Ritiene l'Autore che, mediante la distinzione in analisi, si operi una non condivisibile generalizzazione, poiché si accomunano sotto la stessa denominazione fenomeni intrinsecamente differenti.

la più importante. Si tratta della vigenza – e questa costituisce la seconda delle anzidette ragioni – di un principio generale di surrogazione, operante anche al di là delle ipotesi individuate dal legislatore. I vari tentativi di ricondurre all'unità tutte queste ipotesi e ricavare dalle medesime una regola generale non scritta non sono nemmeno cominciati oppure hanno avuto anch'essi esito negativo, salvo alcune isolate ipotesi di cui si darà conto.

In molte trattazioni, spesso autorevolissime, si giunge alla negazione del principio generale senza una vera e propria indagine o dimostrazione, la quale presuppone quantomeno un'analisi delle singole fattispecie per verificare se rispondono alla medesima *ratio* e presentano il medesimo meccanismo di funzionamento¹³¹. Anche coloro che invece hanno condotto tale indagine, sono pervenuti alla conclusione che non sussiste una logica comune a tutte le ipotesi tradizionalmente ricondotte alla surrogazione reale¹³², oppure che non si può rinvenire nel sistema una regola generale, a fronte della diversità di ambiti dei quali opera l'istituto in esame¹³³. Anche all'estero la dottrina è pervenuta ai medesimi risultati¹³⁴. Si rinvengono comunque voci discordi, più inclini ad attribuire al principio in discorso una valenza generale¹³⁵.

Ad ogni modo, l'attuale configurazione della surrogazione reale, ammesso che si possa discorrere di una configurazione vera e propria, vista la

¹³¹ Si veda, ad esempio, quanto sostenuto autorevolmente da M. ALLARA, *La teoria delle vicende del rapporto giuridico*, Torino, 1950, 144 ss., secondo il quale non vi sarebbe unitarietà nella categoria denominata surrogazione reale. L'opinione dell'illustre Autore, se può senza dubbio costituire un punto di partenza per chi volesse approfondire l'istituto in analisi, tuttavia non pare ampiamente motivata. Essa, ad ogni modo, costituisce un motivo in più per verificare l'esattezza dell'assunto.

¹³² Secondo L.V. MOSCARINI, voce *Surrogazione reale*, cit., 975, le varie ipotesi normative di surrogazione reale presentano giustificazioni diverse, nelle quali non è possibile nemmeno intravedere un profilo comune. L'Autore, in ogni caso, alla fine della sua pregevole trattazione conclude affermando che al meccanismo in esame si deve riconoscere il rango di categoria dogmaticamente valida.

¹³³ Da ultimo, si segnala A. GENOVESE, *Il trasferimento dell'ipoteca. Vicende del rapporto ipotecario*, cit., 26, anche se esclude la vigenza del principio richiamandosi a precedenti indagini sul tema. Diversamente, invece, dopo una lunga disamina dell'istituto, perviene alla negazione di un principio generale L. BALLERINI, *Patrimoni separati e surrogazione reale. Il patto di sostituzione*, cit., 157 ss.

¹³⁴ Per la Francia si segnala V. RANOUIL, *La subrogation réelle en droit civil français*, cit., 66 ss.; per la Spagna, invece, M.L. MARÍN PADILLA, *La Formación del concepto de subrogación real*, cit., 1191 ss.

¹³⁵ Tra queste generalmente si annovera l'opinione di F. BILE, voce *Responsabilità patrimoniale*, in *Enciclopedia forense*, VI, Milano, 1961, 408 ss. spec. 411, ma a ben vedere, data la sommarietà della trattazione e i brevissimi cenni all'art. 2742 c.c., risulta difficile ascrivere l'opinione dell'Autore tra quelle che ravvisano un principio generale di surrogazione reale.

divergenza di opinioni in dottrina, richiede quantomeno dei chiarimenti e l'ampia varietà di opinioni in proposito senza dubbio stimola ulteriori riflessioni e approfondimenti. Senza voler qui anticipare i risultati dell'indagine, si possono segnalare alcuni aspetti che potrebbero definirsi insoddisfacenti. Innanzitutto, con riferimento alla distinzione tra surrogazione reale in senso stretto e in senso lato, desta qualche perplessità la configurazione della fattispecie in termini di estinzione e contestuale costituzione di un nuovo diritto. Come si avrà modo di spiegare nel prosieguo, questa sequenza è strettamente collegata all'idea che talune cose non possono costituire l'oggetto di certi diritti (si vedano ad esempio indennizzo dell'assicuratore e ipoteca). Ciò è senza dubbio vero e sarebbe arbitrario voler sostenere il contrario. Il fenomeno, tuttavia, può essere osservato anche da un'altra prospettiva, ovvero il trattamento che l'ordinamento riserva alla cosa sostituita, il che non vuol dire attribuirle esattamente tutte le qualità di quella sostituita, bensì, più semplicemente, riservarla al soddisfacimento del medesimo interesse (o, se si vuole, al medesimo bene in senso giuridico) cui era destinata quella perita o alienata *a non domino*.

Allo stesso modo, circa l'insussistenza di un principio generale, si dovrebbe concludere che nelle ipotesi non espressamente regolate dalla legge non possa operare la surrogazione. Si prenda il caso, ad esempio, di un bene sottoposto a *trust* o destinato *ex art. 2645-ter c.c.* che perisce per causa naturale o per fatto del terzo. Se non si ritenesse suscettibile di estensione il principio di cui all'art. 2742 c.c., si dovrebbe necessariamente concludere che l'indennizzo dovuto dall'assicuratore, qualora le predette cose fossero assicurate, non prenda il posto della cosa perita e sia sottoposto al medesimo vincolo e non vada a soddisfare lo stesso interesse. Eppure, le due situazioni appena rappresentate non sembrano differire molto, se non fosse che per il perimento dei beni sottoposti a privilegio, pegno o ipoteca c'è una disposizione specifica, mentre per gli altri sottoposti a "vincoli" particolari no.

Considerato, dunque, che il legislatore ha evidentemente ritenuto di dover disciplinare alcune ipotesi, avendo però come riferimento un determinato contesto storico, ovvero quello di ormai settanta anni fa, si rende necessario verificare se casi analoghi, ma inimmaginabili all'epoca, possano rientrare nella disciplina attuale.

Lo stesso vale per le ipotesi di surrogazione reale convenzionale. Posto che per questa specie di surrogazione nulla è detto nella legge, si dovrebbe

accertare se il meccanismo sia ammissibile quando trova la propria fonte nell'autonomia privata. Questi compiti, assai ardui, in un panorama connotato da frammentarietà della disciplina e discordanza di opinioni in dottrina, richiedono necessariamente che l'indagine muova dai dati noti, ovvero le disposizioni codicistiche che, tradizionalmente, si ritengono costituire esempi di surrogazione reale.

In questo percorso si seguirà però una partizione differente da quelle sino ad ora proposte, ovvero, anziché aderire pedissequamente all'ordine di tali disposizioni così come si susseguono nel codice civile, come si è fatto sino ad ora, si analizzeranno le medesime, ma suddividendole in due grandi gruppi: da un lato, quelle relative al caso dell'obbligo di restituzione di una cosa; dall'altro, quelle relative al perimento della cosa, che coincidono con le norme in tema di diritti reali di godimento e garanzia.

Capitolo II

La surrogazione nelle obbligazioni

SOMMARIO: 1. Surrogazione reale nell'obbligazione di restituzione di cosa determinata - 2. Alienazione delle cose della persona di cui è stata dichiarata la morte presunta - 3. Alienazione delle cose ereditarie da parte dell'erede apparente - 4. Alienazione della cosa depositata da parte dell'erede del depositario - 5. Alienazione o perimento della cosa ricevuta indebitamente - 5.1. Obbligo di restituire il valore oppure il corrispettivo - 5.2. Restituzioni nel diritto inglese. Il *tracing*. - 5.3. *Tracing* e surrogazione reale. Alcuni punti di contatto - 6. Impossibilità sopravvenuta della prestazione avente ad oggetto una cosa determinata

1. Surrogazione reale nell'obbligazione di restituzione di cosa determinata

Contrariamente alla quasi totalità dei contributi in tema di surrogazione reale, i quali seguono esattamente la sequenza delle disposizioni codicistiche tradizionalmente considerate ipotesi dell'istituto in analisi, dal primo all'ultimo libro del codice, è opportuno procedere a un ripensamento del consueto ordine di trattazione degli argomenti. Difatti, anche se non è possibile giungere direttamente e sbrigativamente a conclusioni affrettate, senza una preventiva analisi delle fattispecie, si ritiene che vi siano almeno due prospettive dalle quali osservare il fenomeno surrogatorio, che consistono nella sua operatività nell'ambito dei rapporti obbligatori e dei diritti reali, tanto di godimento, quanto di garanzia.

Questa distinzione, non appena si volge lo sguardo al di là del dato meramente formale, costituito dall'ordine numerico degli articoli del codice, proviene da un'attenta lettura delle disposizioni che si fanno generalmente rientrare nella surrogazione reale. Da un lato, è possibile individuare un primo gruppo, costituito dagli artt. 66, 535, comma 2, 1776, 1780, 2037 e 2038 c.c., accomunati tutti da alcuni elementi ricorrenti, ovvero l'alienazione di un bene altrui da parte di un soggetto non legittimato e l'obbligo di restituire una cosa diversa (da quella originaria). Dall'altro, un secondo gruppo, nel quale si possono annoverare le disposizioni che s'occupano del perimento della cosa

sulla quale pendeva un diritto reale di garanzia o di godimento: gli artt. 1017, 1019, 1020 e 2742 c.c.

Malgrado la grande divergenza di opinioni sull'effettiva configurabilità del meccanismo surrogatorio in tutte le richiamate disposizioni, è soprattutto sulle prime che si registra un elevato numero di dissensi circa la loro riferibilità alla surrogazione reale. Sulle seconde, invece, si è in genere più propensi a riconoscere la configurabilità dell'istituto in analisi. Non è però un caso che nel primo gruppo rientrino tutte le ipotesi in cui un soggetto è tenuto a restituire una cosa in natura, ossia, per generalizzare, l'obbligazione di restituzione di una cosa determinata.

Si è avuto modo di vedere nel capitolo che precede come l'impossibilità di configurare la surrogazione reale nell'ambito dei rapporti obbligatori sia idea costante nella storia. Anche attualmente i principali critici alla riconducibilità delle disposizioni di cui al primo gruppo all'istituto in analisi ritengono piuttosto che si tratti o di impossibilità sopravvenuta della prestazione, oppure di surrogazione non reale, bensì personale. Il tutto sulla base dell'assunto che l'atto di disposizione compiuto dal non titolare verso il terzo in buona fede, che acquista validamente la cosa, rende la prestazione originaria di restituzione in natura della medesima impossibile. Poiché, tuttavia, generalmente si ritiene, indipendentemente dalla ricostruzione in termini di surrogazione reale, che le ipotesi annoverate nel primo insieme non siano nient'altro che casi specifici della regola generale di cui all'art. 1259 c.c., è doveroso analizzare il funzionamento delle predette disposizioni, per verificare almeno i seguenti due assunti. In primo luogo, se effettivamente ricorrono questi tratti comuni, tali da poter considerare le richiamate disposizioni *species* del più ampio *genus* di impossibilità di restituzione di una cosa determinata; in secondo luogo, se il meccanismo surrogatorio, inteso quale metodo per la conservazione della situazione giuridica originaria su un bene diverso, possa effettivamente operare e impedire, per dir così, l'estinzione dell'obbligo di restituzione per la sopravvenuta mancanza della cosa. Difatti, in Italia come all'estero, è diffusa l'opinione in dottrina per la quale nei casi qui presi in considerazione si possa realizzare una surrogazione reale, consistente appunto nella continuazione della medesima situazione giuridica, ossia l'interesse a ricevere una determinata cosa, che si realizza su una "nuova", senza che il venir meno di quella originaria sacrifichi l'aspettativa del creditore.

Per tali ragioni, è opportuno analizzare il funzionamento delle richiamate disposizioni, tanto quelle che prevedono casi particolari di restituzione di un bene diverso da quello originario (art. 66, 535, comma 2, 1776, 1780, 2037 e 2038 c.c.), quanto quella che stabilisce in generale il subingresso del creditore nei diritti spettanti al debitore per impossibilità della prestazione (art. 1259 c.c.).

2. Alienazione delle cose della persona di cui è stata dichiarata la morte presunta

Il primo comma dell'art. 66 c.c. prevede che la persona di cui è stata dichiarata la morte presunta, se ritorna o ne è provata l'esistenza, recupera i beni nello stato in cui si trovano e ha diritto di conseguire il prezzo di quelli alienati, quando esso sia tuttora dovuto, o i beni nei quali sia stato investito¹³⁶. Come si evince dalla chiara formulazione, il ricomparso può pretendere il prezzo al quale la sua cosa sia stata venduta, se questo non è stato ancora pagato; altrimenti, ha diritto alla cosa che sia stata acquistata in sostituzione di quella che gli apparteneva.

La disposizione vanta numerosi precedenti storici e l'attuale codice civile, anche se formalmente si discosta dal precedente, come si vedrà immediatamente, nella sostanza non ha apportato significative novità¹³⁷. Occorre però soffermarsi per un momento sulla legislazione preunitaria, che si presenta sul punto particolarmente interessante, poiché contiene alcune particolarità che non sono sopravvissute in quella successiva, ma che costituiscono comunque degli spunti per il tema qui in analisi.

¹³⁶ Non molto diversa è la disposizione di cui all'art. 73 c.c., a norma del quale se la persona di cui è stata dichiarata la morte presunta ritorna o ne è provata l'esistenza al momento dell'apertura della successione, essa o i suoi eredi o aventi causa possono esercitare la petizione di eredità e far valere ogni altro diritto, ma non possono recuperare i beni se non nello stato in cui si trovano, e non possono ripetere che il prezzo di quelli alienati, quando è ancora dovuto, o i beni nei quali esso è stato investito, salvi gli effetti della prescrizione o dell'usucapione.

¹³⁷ Si segnala che il tema qui affrontato è oggetto della *Convention on the declaration of death of missing persons*, firmata a New York il 6 aprile 1950. Per la storia e alcune osservazioni circa la Convenzione, si veda C. LANDAU, *The U.N. convention on declaration of death of missing persons, 1950 (an example of international co-operation in a field of private law)*, in *Liber amicorum Adolf. F. Schnitzer*, Ginevra, 1979, 299 ss. Per un'analisi, invece, dell'assenza in ambito internazionalprivatistico, si segnala M.J.A. OYARZÁBAL, *Ausencia y presunción de fallecimiento en el derecho internacional privado*, Buenos Aires, 2003, spec. 87 ss., per il caso del ritorno dell'assente.

Il primo esempio che viene in rilievo è il Codice civile estense del 1852. Questo, oltre a stabilire un principio simile a quello dell'art. 66 c.c., lasciava al possessore dei beni dell'assente la facoltà di scegliere, nel caso del suo ritorno, se restituire il bene "sostituto", ossia quello acquistato con il prezzo della vendita di un altro suo bene, o rendere al ricomparso il prezzo medesimo¹³⁸. Il Codice civile per il Regno di Sardegna stabiliva un principio analogo¹³⁹.

Un secondo esempio è costituito dal Codice civile parmense del 1820, il quale, diversamente dagli altri qui considerati, disciplinava l'istituto in una diversa collocazione, ovvero non nel libro primo sulle persone, bensì nel terzo, relativo ai modi d'acquisto della proprietà, nella parte sul possesso accordato agli eredi degli assenti. La peculiarità qui consiste nel fatto che l'assente ritornato non avrebbe avuto diritto al prezzo al quale fossero stati venduti i suoi beni, ma al "valore de' beni stessi, che potrà dimostrare trovarsi tuttora convertito in utilità di chi ebbe il possesso definitivo"¹⁴⁰. Che il prezzo non sempre esprima l'effettivo valore della cosa, sia in positivo che in negativo, è circostanza abbastanza frequente. L'assunzione del corrispettivo, anziché del valore, quale parametro per calcolare il *quantum* dovuto potrebbe andare a danneggiare colui in favore del quale dovrebbe operare il meccanismo surrogatorio. Questo aspetto assume particolare rilievo nella disciplina dell'indebitto di cosa determinata – come si vedrà più avanti –, la quale impone la corresponsione dell'uno o dell'altro, a seconda della buona o mala fede di chi ha trasferito la cosa altrui. Il Codice parmense, a quanto consta, è, tra quelli non più in vigore, l'unico ad aver adottato come parametro l'equivalente pecuniario della cosa invece che il suo prezzo.

Con riferimento, invece, ai codici vigenti, il criterio del valore sembrerebbe quello prescelto dal Codice civile del Québec¹⁴¹. Gli altri,

¹³⁸ Secondo l'art. 64 c.c. estense in caso di ritorno dell'assente, egli "ricupera i suoi beni nello stato in cui si troveranno, ed ha diritto al prezzo tuttora insoluto dei già alienati; o se questo fosse stato impiegato in acquisto di altri beni, la persona che ha ottenuta la definitiva immissione in possesso, può, a sua scelta, o sborsare il prezzo medesimo, o rilasciare i beni con quello acquistati".

¹³⁹ La formulazione dell'art. 96 c.c. sabauda replicava quasi esattamente quella dell'articolo citato alla nota precedente.

¹⁴⁰ È l'art. 1064 c.c. parmense del 1820.

¹⁴¹ Si tratta dell'art. 99 c.c. quebecchese, il quale rinvia al libro del codice relativo alle *restitution of prestations*. Tra questi rientra l'art. 1701, a norma del quale, quando la restituzione di una cosa è da farsi per equivalente, si considera il valore della medesima quando fu ricevuta e al tempo della restituzione. In caso di buona fede, il possessore dovrà rendere il minore tra i due valori; diversamente, per la mala fede o quando è responsabile per la perdita, dovrà corrispondere il più alto.

compreso il nostro, se si assumono come termini di paragone quelli europei più rappresentativi, almeno quando trattasi del caso specifico in analisi, fanno riferimento al solo corrispettivo. Il Codice civile per il Regno delle Due Sicilie, infine, per concludere sulla legislazione preunitaria, prevedeva semplicemente il ricupero del bene acquistato in sostituzione, o il prezzo del bene alienato, se non era stato reinvestito¹⁴².

Le codificazioni richiamate sino ad ora, seppur con le lievi differenze appena messe in luce, si ispiravano decisamente al modello napoleonico¹⁴³. Quanto al Codice Pisanelli, questo, a differenza della normativa vigente, che distingue dichiarazione d'assenza e di morte presunta, prevedeva solo la prima, limitandosi a disciplinare in modo differente il possesso beni dell'assente in temporaneo o definitivo. Gli artt. 26 ss. c.c. abr. ponevano una serie di limiti alla circolazione dei beni della persona della quale non si hanno più notizie, i quali venivano provvisoriamente attribuiti a una serie di soggetti ben individuati (generalmente gli eredi o il coniuge), che però non potevano disporre liberamente dei medesimi. Era perciò piuttosto improbabile che detti beni venissero alienati prima del ritorno della persona allontanatasi. Al verificarsi delle condizioni poste dall'art. 36 c.c. abr., il possesso, dacché era temporaneo, si convertiva invece in definitivo, aprendo così la strada alla libera trasmissibilità del patrimonio dell'assente. Qualora fosse ricomparso, egli avrebbe avuto diritto, a norma dell'art. 39 c.c. abr., a recuperare il prezzo delle cose alienate, oppure quelle in cui il medesimo fosse stato investito.

L'attuale legislazione, come detto pocanzi, pur distinguendo, diversamente da quella non più in vigore, la dichiarazione d'assenza da quella di morte presunta, sostanzialmente replica lo schema precedente. In caso di dichiarazione d'assenza, ex art. 54 c.c., difatti, coloro che hanno ottenuto l'immissione nel possesso temporaneo dei beni non possono alienarli, ipotecarli o sottoporli a pegno, se non per necessità o utilità evidente, riconosciuta dal tribunale. Qualora, invece, intervenga la dichiarazione di morte presunta, ai sensi dell'art. 63 c.c., chi abbia in precedenza ottenuto tale possesso temporaneo, o i suoi successori, può disporre liberamente dei beni.

¹⁴² Così disponeva l'art. 138 c.c. Regno delle Due Sicilie.

¹⁴³ Il *Code Napoléon*, nella versione originaria del 1804, all'art. 132 stabiliva che "si l'absent reparaît, ou si son existence est prouvée, même après l'envoi définitif, il recouvrera ses biens dans l'état où ils se trouveront, le prix de ceux qui auraient été aliénés, ou les biens provenant de l'emploi qui aurait été fait du prix de ses biens vendus".

Volgendo per un momento lo sguardo alla legislazione estera direttamente comparabile con la nostra, si devono richiamare l'art. 197 c.c. spagnolo¹⁴⁴ e l'art. 130 c.c. francese¹⁴⁵. Entrambi stabiliscono il principio in base al quale l'assente ricomparso recupera il prezzo dei beni alienati, o la cosa acquistata con il suo impiego.

Un discorso a parte merita, invece, la Germania. Si deve premettere che qui la disciplina relativa all'assenza e alla morte presunta delle persone non è contenuta nel BGB, bensì trova collocazione nel *Verschollenheitsgesetz*, entrato in vigore nel 1939, il quale regola in generale il procedimento e gli effetti della dichiarazione giudiziale di tali eventi. Il BGB si preoccupa solo di disciplinare le conseguenze del ritorno del soggetto scomparso. La normativa applicabile in questo caso, a differenza dei codici italiano, francese e spagnolo, che la collocano nel libro relativo alle persone, si rinviene nel libro quinto della codificazione germanica, ovvero quello sul diritto successorio. La differente sistemazione, che pare trovare come antecedente solo il Codice civile parmense del 1820, probabilmente si deve al fatto che generalmente alla dichiarazione in discorso seguono effetti che sono grossomodo assimilabili a quelli dell'apertura della successione. A norma del § 2031 BGB, il ricomparso può pretendere che gli sia restituito il patrimonio secondo le disposizioni in materia di petizione d'eredità (§§ 2018 ss. BGB). Occorre perciò avere riferimento a queste ultime, tra le quali si rinviene il § 2019, rubricato *Unmittelbare Ersetzung*, a norma del quale si considera parte dell'eredità anche ciò che il possessore ha acquistato con mezzi della medesima¹⁴⁶.

I sistemi dell'Europa continentale, dunque, salvo minime differenze, risolvono il problema relativo al ritorno dell'assente nella medesima maniera, attribuendo al ricomparso in primo luogo il diritto di ricuperare le sue cose e, in subordine, ciò in cui esse siano state "convertite".

¹⁴⁴ Se l'assente ritorna dopo la dichiarazione di morte, oppure è provata la sua esistenza, egli "recobrará sus bienes en el estado en que se encuentren y tendrá derecho al precio de los que se hubieran vendido, o a los bienes que con este precio se hayan adquirido, pero no podrá reclamar de sus sucesores rentas, frutos ni productos obtenidos con los bienes de su sucesión, sino desde el día de su presencia o de la declaración de no haber muerto".

¹⁴⁵ L'art. 130 c.c. francese è stato riformato dalla *loi* n. 77-1447 del 1977 ed ora ha la seguente formulazione: "l'absent dont l'existence est judiciairement constatée recouvre ses biens et ceux qu'il aurait dû recueillir pendant son absence dans l'état où ils se trouvent, le prix de ceux qui auraient été aliénés ou les biens acquis en emploi des capitaux ou des revenus échus à son profit".

¹⁴⁶ Il primo comma del § 2019 BGB prevede che "Als aus der Erbschaft erlangt gilt auch, was der Erbschaftsbesitzer durch Rechtsgeschäft mit Mitteln der Erbschaft erwirbt".

Per completezza d'informazione, non si possono tralasciare i sistemi appartenenti alla famiglia di *common law*, presso i quali non pare individuabile una regola comune a tutti. Da un lato, si segnala il modello inglese. Da quanto si può ricavare dal *Presumption of Death Act* del 2013, non sembrerebbe possibile per l'assente che sia tornato recuperare i propri beni, nemmeno per equivalente, che nel frattempo, sul presupposto della dichiarazione di morte presunta, siano stati venduti¹⁴⁷. Dall'altro, il modello nordamericano. Premesso che la materia in analisi è di competenza statale, per cui non è possibile fornire informazioni generalizzate, valevoli per la totalità degli stati, in alcuni di essi vige il modello europeo continentale, come ad esempio in Louisiana, tradizionalmente più vicina al sistema francese¹⁴⁸. In altri, sebbene sotto l'influenza di sistemi diversi, nella sostanza il ricomparso può recuperare la proprietà, però con un meccanismo diverso da quello europeo, basato sulla dichiarazione di nullità degli atti dispositivi compiuti durante la sua assenza¹⁴⁹.

¹⁴⁷ La *section 6* del *Presumption of Death Act* prevede la possibilità di modificare il precedente provvedimento con il quale sia stata dichiarata la morte del soggetto allontanatosi mediante un *variation order*. Tuttavia, il punto 1 stabilisce che "a variation order does not affect an interest in property acquired as a result of a declaration under this Act". Non si deve comunque escludere categoricamente che per il ricomparso sia impossibile recuperare i beni. La successiva *section 7* consente al tribunale, nell'ambito del giudizio sul suddetto *order*, di pronunciarsi su "any question which relates to an interest in property and arises as a result of the variation order".

¹⁴⁸ Il codice civile della Louisiana, all'art. 57, prevede che "if a person who has been declared dead reappears, he shall be entitled to recover his property that still exists in the condition in which it is found from those who took it as his successors or from their transferees by gratuitous title. He may also recover the net proceeds of things alienated and for the diminution of the value of things that has resulted from their encumbrance". Sempre con riferimento agli ordinamenti c.d. misti, merita un cenno la legislazione del Québec. Il *Code civil du Québec*, contrariamente a quelli esaminati sino ad ora, regola espressamente il caso del ritorno dell'assente, agli artt. 97 ss., che costituiscono il capo intitolato *Du retour*. In particolare, all'art. 99 si legge che "celui qui revient reprend ses biens suivant les modalités prévues par les règles du livre Des obligations relatives à la restitution des prestations". Si deve applicare perciò il primo comma dell'art. 1701 c.c. quebecchese, a norma del quale "en cas de perte totale ou d'aliénation du bien sujet à restitution, celui qui a l'obligation de restituer est tenu de rendre la valeur du bien, considérée au moment de sa réception, de sa perte ou aliénation, ou encore au moment de la restitution, suivant la moindre de ces valeurs; mais s'il est de mauvaise foi ou si la cause de restitution est due à sa faute, la restitution se fait suivant la valeur la plus élevée".

¹⁴⁹ Così riferisce J.L. CARRIERE, *The Rights of the Living Dead: Absent Persons in the Civil Law*, in 50 *Louisiana Law Review* 901 (1990). Il contributo dell'Autrice svolge una panoramica e un confronto tra i sistemi di *civil law* e *common law* con riferimento alla dichiarazione di morte presunta.

Il breve inquadramento storico-comparatistico della disciplina mostra una sostanziale omogeneità, tanto nel passato, quanto nel presente – ad eccezione del sistema inglese –, in riferimento alla possibilità per il presunto morto che sia ritornato di riprendere i suoi beni, qualora ancora disponibili, oppure il prezzo di essi, o la cosa in cui quest'ultimo sia stato reinvestito.

L'eventualità che il patrimonio del soggetto del quale non si hanno più notizie subisca delle modificazioni durante l'assenza non è affatto remota. Basti considerare che, ai sensi dell'art. 48 c.c., già prima dell'inizio del giudizio per la dichiarazione d'assenza è possibile nominare un curatore che rappresenti lo scomparso. Sebbene la disposizione da ultimo citata persegua fini esclusivamente conservativi del patrimonio dell'individuo allontanatosi, non è da escludere che, magari a fronte della consistenza e dell'articolazione di detto patrimonio, nonché delle circostanze del caso concreto, l'attività del curatore non si limiti solo all'ordinaria amministrazione¹⁵⁰. Allo stesso modo, ex art. 50 c.c., gli eredi testamentari o legittimi possono domandare l'immissione nel possesso temporaneo dei beni. Considerati però i limiti imposti all'amministrazione e alla disponibilità dei beni prima che sia dichiarata la morte presunta, è difficile immaginare che il patrimonio dell'assente venga completamente stravolto e subisca una modifica quantitativa o qualitativa incisiva, per cui legislatore s'è limitato semplicemente a stabilire che prima di tale dichiarazione i possessori temporanei dei beni devono solo restituirli (art. 56 c.c.).

Il quadro però potrebbe complicarsi dopo la sentenza che dichiara l'assente presunto morto, giacché dal momento in cui questa diviene definitiva i soggetti anzidetti possono disporre liberamente delle sue cose, o, se non c'era stata in precedenza l'immissione nel possesso temporaneo, conseguono il

¹⁵⁰ In giurisprudenza è stato difatti recentemente affermato che la conservazione del patrimonio dello scomparso, ai sensi dell'art. 48 c.c., pur non configurandosi come intrinsecamente dinamica, può implicare la gestione di attività economiche complesse, affinché non subiscano pregiudizio per la momentanea assenza del titolare, sicché il giudice può autorizzare il curatore dell'imprenditore scomparso a gestire le società a lui facenti capo. In questo senso, Cass., 20 febbraio 2014, n. 4081, in *Foro it.*, Rep. 2014, voce *Assenza e morte presunta*, n. 1. Si segnala, poi, App. Bari, 22 gennaio 1997, in *Foro it.*, Rep. 2000, voce *Assenza e morte presunta*, n. 3, secondo cui il curatore dello scomparso, nominato ai sensi dell'art. 48 c.c., può essere autorizzato ad alienare un immobile appartenente al patrimonio del medesimo, al fine di provvedere al pagamento di debiti maturati e maturandi cui non sia possibile far fronte col normale attivo della gestione del detto patrimonio, giacché tale alienazione può considerarsi rientrante nella finalità di conservazione e gestione del patrimonio stesso.

pieno esercizio dei diritti loro spettanti¹⁵¹. Il legislatore, a questo proposito, ha disciplinato il caso in cui il soggetto in analisi ricompaia o sia comunque provata la sua esistenza. Egli, a norma dell'art. 66 c.c., recupera i beni nello stato in cui si trovano e ha diritto di conseguire il prezzo di quelli alienati, quando esso sia tuttora dovuto, o i beni nei quali sia stato investito.

Vengono qui in considerazione due contrapposte esigenze. Da un lato, quelle dei terzi in buona fede, che hanno fatto affidamento sulla dichiarazione di morte presunta¹⁵² e, dall'altro, quelle del soggetto ricomparso¹⁵³. È nel bilanciamento di questi due interessi che deve iscriversi la possibilità per quest'ultimo di recuperare il prezzo o la cosa sostituita, qualora il bene originario non sia più disponibile, in quanto alienato durante l'assenza. L'art. 66 c.c., stando alla sua formulazione letterale, sembrerebbe prevedere solamente due ipotesi, che possono così riassumersi: restituzione al ricomparso *i*) del prezzo, (ma solo) se ancora dovuto; oppure *ii*) del bene nel quale esso questo sia stato reinvestito. Nulla si dice però per il caso del bene alienato il cui prezzo sia stato incassato, ma non reimpiegato in alcun modo. Se la *ratio* della disposizione – come si ritiene – è quella di consentire al soggetto in analisi di rientrare in possesso del suo patrimonio, dovrebbe concludersi che anche il prezzo non reinvestito sia da restituire assieme agli altri beni.

In dottrina, a questo proposito, si è però avuto modo di precisare – a ragione – che ciò è possibile solo qualora si dimostri che tale prezzo è ancora nel patrimonio dell'alienante. Il corrispettivo dell'alienazione, dunque, non deve essere stato consumato e dovrà essere restituito da colui che ha disposto dei beni dell'assente¹⁵⁴. Sotto l'aspetto ora considerato, le formulazioni dell'art. 130 c.c. francese, dell'art. 197 c.c. spagnolo e del § 2019 BGB (applicabile in virtù del rinvio operato dal § 2031 BGB) appaiono più chiare, poiché, a differenza del nostro art. 66 c.c., nella parte relativa al conseguimento del

¹⁵¹ Così dispone l'art. 64 c.c.

¹⁵² Le alienazioni compiute dai terzi o dai legatari sono da ritenersi senz'altro valide. Cfr. in proposito V. SGROI, voce *Morte presunta*, in *Enc. del dir.*, XI, Milano, 126.

¹⁵³ Illustra egregiamente la contrapposizione di questi interessi P. RESCIGNO, voce *Morte*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XI, Torino, 1994, 461.

¹⁵⁴ Per tutti, M. GIORGIANNI, *La dichiarazione di morte presunta*, Milano, 1943, 141 ss. L'Autore, inoltre, per il caso in cui il prezzo sia stato consumato, ipotizza l'esperibilità dell'azione di ingiustificato arricchimento nei confronti dell'alienante (art. 2041 c.c.). Sempre nel senso della ripetibilità del prezzo, cfr. M. ESU, *L'assenza e la dichiarazione di morte presunta*, 2ª ed., in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, II, *Persone e famiglia*, I, Torino, 1999, 726 ss.

prezzo, non limitano la sua restituzione al solo caso in cui esso sia ancora dovuto.

In definitiva, dunque, si può affermare che il ricomparso avrà diritto a recuperare i beni, o il prezzo al quale siano stati trasferiti, o ciò in cui quest'ultimo sia stato reinvestito, purché - e ciò vale in tutti e tre i precedenti casi - essi siano ancora presenti nel patrimonio del soggetto subentrato nel possesso, nel senso che, ad esempio, non devono essere stati consumati o andati distrutti¹⁵⁵.

Inquadrata nei precedenti termini la fattispecie, occorre segnalare che secondo parte della dottrina l'art. 66 c.c. costituisce un'applicazione del principio della surrogazione reale¹⁵⁶. Anche in Francia¹⁵⁷ e in Spagna¹⁵⁸ le corrispondenti disposizioni generalmente si ritengono essere espressione del meccanismo surrogatorio, sempre nel senso di successione o avvicendamento di un bene all'altro all'interno del medesimo rapporto. Si è in presenza, difatti, dell'alienazione di uno o più determinati beni e dell'obbligo di restituzione da parte del soggetto che li possedeva assumendo l'assenza del legittimo proprietario. Nel caso in cui non si sia verificata alcuna modificazione

¹⁵⁵ Si dovrebbe perciò escludere, ad esempio, che il bene dell'assente donato possa essere recuperato da quest'ultimo, in quanto oramai fuoriuscito dal patrimonio del possessore; come accade, d'altra parte, per il prezzo allo stesso modo consumato. Tuttavia, se il bene andato distrutto era assicurato, non è da escludere che l'indennizzo dovuto dall'assicuratore prenda il posto della cosa venuta meno e sia dunque incluso tra quelle da restituire al ricomparso.

¹⁵⁶ Ritengono che si tratti di un caso di surrogazione reale L.V. MOSCARINI, voce *Surrogazione reale*, cit., 973, M. GIORGIANNI, *La dichiarazione di morte presunta*, cit., 150, e F. SANTOSUOSSO, sub art. 66, in *Commentario del codice civile*, redatto da cura di magistrati e docenti, I, 1, Torino, 1966, 363. Nella manualistica si veda F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2015, 619. Più sfumata invece la posizione di A. MAGAZZÙ, voce *Surrogazione reale*, cit., 1499, il quale si limita ad annoverare l'art. 66 tra le ipotesi di surrogazione reale, senza tuttavia formulare osservazioni in proposito.

¹⁵⁷ P. MALAURIE, *Droit des personnes. La protection des mineurs et de majeurs*, 9^a ed., Parigi, 2017, 43, afferma che il caso del ritorno del morto presunto (regolato dall'art. 130 c.c. francese) costituisce una "hypothèse de subrogation réelle: un bien est substitué à un autre avec la même affectation". Dello stesso avviso è V. RANOUIL, *La subrogation réelle en droit civil français*, cit., 46 ss., secondo la quale il ricomparso può riportare (*reporter*) il suo diritto di proprietà sul prezzo o sul bene acquistato col suo impiego. In argomento si veda altresì B. TEYSSIÉ, *Droit civil. Les personnes*, 18^a ed., Parigi, 2015, 208 ss.

¹⁵⁸ Secondo J.M. DE LA CUESTA SÁENZ, sub Art. 197, in *Código civil comentado*, diretto da A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno e R. Valpuesta Fernández, I, 2^a ed., Madrid, 2016, 1005, "el artículo 197 del Código civil aplica el llamado principio de subrogación real". Della stessa opinione sono C. LASARTE, *Principios de derecho civil, I, Parte general y derecho de la persona*, 20^a ed., Madrid, 2014, 219 ss.; e M.L. MARÍN PADILLA, *Estudio y aplicación del principio general de subrogación real en el Derecho de Sucesiones*, in *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1980, 1416.

quantitativa o qualitativa del patrimonio di quest'ultimo, chiaramente non si pongono problemi circa l'individuazione dei beni da restituire. Qualora, invece, si sia proceduto a trasformarli o alienarli, nel momento in cui il soggetto riappare, occorre determinare su cosa egli possa avanzare le proprie pretese.

Si considerino a questo proposito due differenti prospettive. Quanto al soggetto obbligato, il ritorno del morto presunto necessariamente fa sorgere in capo al possessore l'obbligo di restituzione, poiché il titolo in base al quale tali beni gli erano stati conferiti (ovvero la dichiarazione della morte presunta) viene meno. Tale obbligo, tuttavia, per le ragioni viste innanzi, potrebbe non essere eseguibile, per dir così, in forma specifica, in quanto i beni potrebbero essere stati venduti o rimpiazzati. Quanto, invece, al soggetto ricomparso, il suo diritto potrà essere fatto valere sulle cose che sono andate a sostituire quelle alienate in sua assenza. In questo senso, l'interesse tutelato dall'art. 66 c.c., ovvero il recupero dei beni, non viene meno per mancanza dell'oggetto, bensì permane e prosegue su un oggetto diverso. Per queste ragioni, si dovrebbero includere nelle cose recuperabili anche, ad esempio, gli indennizzi corrisposti dall'assicurazione per il perimento di un bene del morto presunto, o il risarcimento del danno dovuto dal terzo per la loro distruzione, sempreché ancora presenti nel patrimonio del possessore nel momento in cui il soggetto ricompare. Queste eventualità non sono espressamente considerate dall'art. 66 c.c., ma risulterebbe ingiusto escludere le suddette ipotesi dal novero delle cose recuperabili dal ricomparso. È sufficiente, difatti, che tra la cosa che fu di sua proprietà e quella "sostituita" vi sia un collegamento, il quale può essere ritenuto sussistente tutte le volte in cui il bene "nuovo" (prezzo, indennizzo, e via discorrendo) sia conseguenza di quello "vecchio".

La ricostruzione in termini di surrogazione reale, tuttavia, non è unanimemente condivisa. Taluno ha difatti ravvisato nel primo comma dell'art. 66 c.c. un caso di surrogazione non reale, bensì personale. La ragione di questa diversa concezione è da rintracciarsi nella prima parte della disposizione, in particolare laddove sancisce il diritto a conseguire il prezzo dei beni alienati, quando esso sia tuttora dovuto. Si tratterebbe - è stato affermato - del subingresso di un soggetto "nella titolarità di un diritto altrui"; ovvero il ricomparso andrebbe a sostituire il possessore alienante,

pretendendo al posto di quest'ultimo il prezzo nei confronti dell'acquirente¹⁵⁹. L'affermazione è senza dubbio corretta, in quanto, non essendo ancora stato pagato il corrispettivo, non si realizza il fenomeno surrogatorio con riferimento all'oggetto, poiché la cosa "sostituta" ancora non c'è.

La tesi della surrogazione personale, tuttavia, sembra giustificabile solo nel remoto caso in cui il soggetto ricompaia nel periodo compreso tra l'alienazione e il pagamento del prezzo. Altrettanto non può però dirsi degli altri casi contemplati dalla disposizione, ovvero l'avvenuto pagamento di quanto dovuto o il suo reinvestimento. In questi ultimi, il rapporto nel quale il ricomparso dovrebbe subentrare è chiaramente estinto, tanto è vero che la salvezza dell'acquisto del terzo si desume proprio dal fatto che il presunto morto non può rivendicare direttamente il bene alienato, bensì può solo pretendere il corrispettivo.

Altra parte della dottrina, sul presupposto che tra l'art. 66 c.c. e l'art. 1259 c.c. intercorra un rapporto di *genus ad speciem*, ha sostenuto che, nel caso qui in analisi, analogamente alla ricostruzione appena riportata, si verifichi un'impossibilità sopravvenuta della prestazione. L'obbligo di restituzione in natura diverrebbe impossibile, in quanto, essendo il possessore e il terzo acquirente in buona fede, quest'ultimo avrebbe validamente acquistato, rendendo così irrealizzabile detto obbligo. Di conseguenza, il ricomparso, *ex art. 1259 c.c.*, potrebbe solo pretendere la restituzione del prezzo nei confronti del possessore, salvo il diritto a conseguirlo direttamente dal terzo, qualora non sia stato ancora corrisposto. In breve, si tratterebbe piuttosto di una "modificazione soggettiva del rapporto obbligatorio"¹⁶⁰.

La tesi, per ciò che concerne la relazione tra gli artt. 66 e 1259 c.c., potrebbe risultare condivisibile, ma ci si riserva di tornare sul punto più avanti. Per il momento, si può osservare che essa poggia su un presupposto non del tutto convincente, ovvero l'assunto per il quale vi sarebbe una sorta di

¹⁵⁹ Si esprime in questi termini, anche con riferimento all'art. 535, comma 2, c.c., O. BUCCISANO, *op. loc. cit.*

¹⁶⁰ Questa è la tesi di E. MOSCATI, *La disciplina generale delle obbligazioni*, cit., 355 ss., il quale svolge il proprio ragionamento con riferimento all'art. 535, comma 2, c.c., salvo poi precisare che lo stesso vale per il caso del soggetto di cui sia stata dichiarata la morte presunta. Secondo l'illustre Autore, nella fattispecie in analisi, il creditore (il presunto morto), subentra nei diritti spettanti al debitore (il possessore), in dipendenza del fatto che ha causato l'impossibilità sopravvenuta (l'alienazione del bene del presunto morto) e può agire contro tale debitore per esigere quanto costui abbia conseguito a titolo di prezzo o corrispettivo dell'alienazione.

“incompatibilità” tra la surrogazione reale e l’impossibilità sopravvenuta della prestazione.

Innanzitutto, come osservato poco sopra, si può convenire che si tratti di una surrogazione personale solo nel caso in cui il prezzo non sia stato ancora pagato. Qui il ricomparso si sostituirà al possessore e potrà agire direttamente contro il terzo acquirente. Qualora, invece, il rapporto tra quest’ultimo e l’alienante si sia esaurito, nel senso che il prezzo è stato corrisposto, non sembra potersi discorrere di modificazione soggettiva del rapporto, per il semplice fatto che le parti dell’obbligazione originaria di restituzione rimangono esattamente le medesime, ovvero il morto presunto (poi ricomparso) e il possessore delle sue cose. Rimarrebbe perciò da verificare – come afferma la dottrina in analisi – se effettivamente la pretesa del ricomparso sia da inquadrarsi nel meccanismo delineato in via generale dall’art. 1259 c.c., laddove egli può esigere dal possessore alienante quanto questi abbia conseguito a titolo di prezzo o corrispettivo dell’alienazione. Questo profilo, poiché comune anche agli artt. 535, comma 2, 1776 e 2038 c.c., non può essere qui approfondito, dovendosi rinviare le osservazioni in proposito alla parte relativa all’analisi dell’art. 1259 c.c.

In ogni caso, con specifico riferimento al contenuto della restituzione in capo al possessore dei beni del presunto morto, occorre osservare che non sussiste sempre un obbligo di restituzione in natura, nel senso che egli deve restituire esattamente le stesse cose che ha ricevuto al momento dell’immissione del possesso temporaneo o della dichiarazione di morte presunta. A norma dell’art. 66, comma 1, c.c., difatti, il ricomparso “ricupera i beni nello stato in cui si trovano”¹⁶¹, essendo però senza dubbio sottinteso che essi devono essere ancora nella disponibilità del possessore, considerato che, in virtù dell’art. 63 c.c., egli poteva disporne liberamente. Tali beni, infatti, potrebbero essere andati distrutti o, come nel caso in analisi, essere stati

¹⁶¹ Il riferimento allo “stato” in cui si trovano i beni ha diviso la dottrina. M. GIORGIANNI, *La dichiarazione di morte presunta*, cit., 134 ss., ad esempio, ha sostenuto che l’art. 66 c.c. si riferisce solo a quello materiale e non a quello giuridico, con la conseguenza che i diritti eventualmente costituiti dal possessore (pegno, ipoteca, usufrutto, ecc.) si risolverebbero *ex tunc*. Diversa è l’opinione di D. BARILLARO, *Della dichiarazione di morte presunta*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, sub Art. 66-67, Bologna-Roma, 1970, 393, secondo il quale invece i diritti reali minori non dovrebbero essere travolti dal ritorno del presunto morto, poiché, altrimenti, non sarebbe ben chiaro per quale ragione le alienazioni dei beni non vengono intaccate dalla sua ricomparsa, mentre la costituzione di diritti reali invece sì. Aderisce a quest’ultima ricostruzione anche M. ESU, *L’assenza e la dichiarazione di morte presunta*, cit., 724, nota 63.

alienati o persino donati. Assumere come presupposto che sul possessore gravi un obbligo il cui contenuto sia unicamente la restituzione in natura dell'esatta cosa potrebbe risultare in una riduzione della prospettiva dalla quale osservare il fenomeno, poiché, come si evince dall'art. 66 c.c., il soggetto ritornato ha diritto a conseguire i beni che ancora esistono e il prezzo di quelli alienati o ciò in cui esso sia stato reinvestito. L'obbligo di restituzione, dunque, può dirsi in natura solo relativamente ai beni che sono ancora nella disponibilità del possessore. Per gli altri, occorrerà valutare la loro sorte: se ceduti o sostituiti, tale obbligo avrà ad oggetto il prezzo o la cosa "nuova".

Un'ipotesi di impossibilità sopravvenuta potrebbe forse rinvenirsi nel caso in cui tale prezzo dell'alienazione sia stato consumato. Come visto nelle pagine che precedono, il possessore, in tal caso, non dovrà nulla - poiché manca materialmente il bene "sostituto" - e può perciò dirsi che l'obbligo di rendere la cosa sia divenuto veramente irrealizzabile. È qui però che potrebbe subentrare il meccanismo surrogatorio, in virtù del quale si può affermare che sul possessore grava un obbligo il cui contenuto, per dir così, può mutare e può dirsi avere, ma solo in senso ovviamente descrittivo, un contenuto "alternativo" e comunque subordinato all'esistenza della cosa: se questa è ancora presente, essa andrà restituita esattamente; se è stata alienata, il suo equivalente ne prenderà il posto. A sostegno di questa ricostruzione può richiamarsi un argomento storico, ovvero l'art. 64 c.c. estense, a norma del quale, nel caso del ritorno dell'assente, "la persona che ha ottenuta la definitiva immissione in possesso, può, a sua scelta, o sborsare il prezzo medesimo, o rilasciare i beni con quello acquistati". Il possessore, cioè, poteva scegliere se corrispondere il prezzo, in modo da trattenere per sé la cosa acquistata, o rendere direttamente quella nuova.

Questa chiara formulazione rappresenta esemplificativamente l'obbligo gravante sul possessore, che si ritiene possa essere configurato in termini di "subordinazione", a seconda dello stato del patrimonio del morto presunto, nel momento in cui ricompare. Come rilevato pocanzi, l'obbligo è di rendere la cosa, oppure il suo corrispettivo, oppure ancora il bene "sostituto", dovendosi chiaramente privilegiare il primo metodo di restituzione, laddove possibile. Il possessore, dunque, dovrà *in primis* restituire i beni ancora presenti, così come sono; in subordine, appunto, quelli alienati, sotto forma del loro equivalente (prezzo, indennizzo, bene "sostituto", ecc.), sempreché ve ne sia uno.

Tale rapporto di subordinazione tra gli obblighi – è d'uopo ribadirlo, sempre in senso esclusivamente descrittivo – è, per dir così, una conseguenza del meccanismo surrogatorio nel caso dell'art. 66 c.c. e mira proprio ad evitare che il diritto a ricuperare i beni divenga irrealizzabile per mancanza dell'oggetto, poiché in luogo di quest'ultimo subentrano i suoi "surrogati". Si deve considerare, infine, che una prestazione può divenire impossibile solo nel momento in cui è sorta. Tuttavia, nel caso dell'art. 66 c.c., fintantoché il morto presunto non ricompare, l'obbligo di restituzione, evidentemente, non può dirsi venuto ad esistenza. Dunque, nel momento in cui egli, invece, ritorna, l'obbligazione di rendere i beni sorgerà, ma con un contenuto che dipende dallo stato dei medesimi: se ancora presenti, si restituiranno in natura; se alienati, si riconsegneranno sotto forma del prezzo o della cosa in cui esso sia stata reinvestita. Per queste ragioni, non pare del tutto corretto discorrere di impossibilità della prestazione, almeno fintantoché è possibile individuare un qualcosa che "rappresenta" il bene trasmesso al terzo. Pare, piuttosto, che nel caso del ritorno del presunto morto, l'ordinamento riconosca la continuità della sua situazione giuridica, ovvero il diritto a ricuperare le cose così come individuate dall'art. 66 c.c.

Qualora, in ogni caso, non si volessero condividere le affermazioni che precedono, si dovrebbe comunque riconoscere che tra l'obbligo (originario) di restituzione in natura e quello "per equivalente" sussiste innegabilmente una relazione, per dir così, di derivazione, che non può essere assolutamente tralasciata nel tentativo di spiegare i fenomeni in analisi. Come si vedrà più avanti, difatti, spesso il meccanismo surrogatorio viene accostato anche alla "derivazione", appunto, di un rapporto da un altro, nel senso che il nuovo rapporto deriva e mira alla protezione dello stesso interesse di quello, per dir così, estintosi.

3. Alienazione delle cose ereditarie da parte dell'erede apparente

Un ulteriore ambito di applicazione della surrogazione reale è stato individuato da parte degli interpreti nel diritto successorio. Si tratterebbe dell'art. 535, comma 2, c.c., nella parte in cui stabilisce che il possessore in buona fede, che ha alienato pure in buona fede una cosa dell'eredità, è solo obbligato a restituire all'erede il prezzo o il corrispettivo ricevuto. Se il prezzo o il corrispettivo è ancora dovuto, l'erede subentra nel diritto di conseguirlo.

Già dalla formulazione della disposizione si possono intravedere numerosi punti di contatto con la fattispecie di cui all'art. 66 c.c. esaminata in precedenza. Anche coloro che non ritengono operare in questi ambiti il meccanismo surrogatorio, difatti, hanno comunque riconosciuto che tra i suddetti articoli sussiste un qualche collegamento e, in un certo senso, rispondono entrambi alla medesima *ratio*¹⁶².

Prima di soffermarsi sull'effettiva sussistenza di tale meccanismo e sulle sue modalità di funzionamento, occorre svolgere alcune osservazioni preliminari, per individuare gli antecedenti storici dell'art. 535 c.c. e i suoi corrispondenti nelle codificazioni europee di maggior rilievo.

L'art. 533 c.c. apre il capo IX del titolo I del libro sulle successioni, rubricato "della petizione di eredità". Lì è contenuta la disciplina dell'azione mediante la quale l'erede domanda l'accertamento della propria qualità, appunto, d'erede, al fine di recuperare i beni della massa ereditaria, contro chi li possiede vantando il medesimo titolo, o senza titolo alcuno¹⁶³. Diversamente all'art. 66 c.c., il suddetto capo rappresenta una novità introdotta dall'attuale codificazione, giacché la precedente, seguendo pedissequamente il modello francese, si limitava solo a brevi cenni all'azione in discorso.

L'azione di petizione dell'eredità, seppur conosciuta da secoli - è sufficiente richiamare la *hereditatis petitio* romana¹⁶⁴ -, non aveva difatti trovato una precisa regolamentazione nel Codice Napoleone. Curiosamente, l'art. 137 c.c. francese, nella sua formulazione originaria, sempre nella parte relativa ai diritti della persona assente ritornata, accennava solo alla *actions en pétition d'hérédité*, ma poi non faceva seguire, nel libro terzo, dedicato tra le altre cose alle successioni, la sua disciplina¹⁶⁵.

¹⁶² Per tutti, si veda A. CICU, *Successioni per causa di morte*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, XLII, I, Milano, 1961, 239. Ma si veda altresì E. MOSCATI, *La disciplina generale delle obbligazioni*, cit., 356, secondo il quale gli artt. 66 e 535, comma 2, c.c. non sarebbero altro che ipotesi particolari dell'art. 1259 c.c.

¹⁶³ L'azione in discorso è prevista unicamente a favore dell'erede; è un'azione di condanna, volta ad ottenere la restituzione dei beni ereditari. Cfr. C. CICERO, *Petizione di eredità*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, continuato da F.D. Busnelli, sub Artt. 533-535, Milano, 2013, 174 ss.

¹⁶⁴ Non è possibile in questa sede ripercorre l'interessante evoluzione dell'istituto in prospettiva storica. Si possono però richiamare, a tal proposito, R. QUADRATO, voce *Petizione di eredità (dir. rom.)*, in *Enc. del dir.*, XXXIII, Milano, 1983, 616 ss., e A. PADOVANI, voce *Petizione di eredità (dir. interm.)*, ivi, 619 ss.

¹⁶⁵ La versione originaria dell'art. 137 c.c. francese stabiliva che "les dispositions des deux articles précédents auront lieu sans préjudice des actions en pétition d'hérédité et d'autres

La scelta operata dal legislatore francese dell'epoca s'è inevitabilmente riverberata su tutte le successive codificazioni che si sono ispirate a tale modello¹⁶⁶. Così, ad esempio, il Codice Pisanelli, all'art. 44, si limitava a far salva la proposizione della petizione d'eredità per l'assente o per i suoi aventi causa, per poi accennare – nemmeno troppo direttamente – all'azione in discorso solo nel comma 2 dell'art. 933¹⁶⁷. Una minima differenza, comunque non significativa, si rinviene nel *Código civil* spagnolo, il quale, sempre per rapidi cenni, tuttora menziona *las acciones de petición de herencia* in più punti¹⁶⁸, ma senza provvedere a una regolamentazione esplicita come il nostro attuale codice.

Tornando per un momento all'esperienza francese, si deve menzionare brevemente la recente riforma del diritto delle obbligazioni, mediante la *ordonnance* n. 131 del 10 febbraio 2016, la quale ha apportato delle novità che interessano lo studio della surrogazione reale. Pur non avendo disciplinato nello specifico l'azione di petizione dell'eredità, il legislatore ha introdotto i nuovi artt. 1352 ss. c.c. francese, che vanno a comporre il capo intitolato “*les restitutions*”, nel quale si disciplina in generale l'obbligazione di restituzione (senza dubbio applicabile anche ai beni dell'eredità posseduti dal presunto erede). Ai fini che qui interessano, occorre segnalare due disposizioni in particolare. In primo luogo, proprio l'art. 1352 c.c. francese, a norma del quale “*la restitution d'une chose autre que d'une somme d'argent a lieu en nature ou, lorsque cela est impossible, en valeur, estimée au jour de la restitution*”. In secondo luogo, il primo comma del successivo art. 1352-2, secondo cui “*celui qui l'ayant reçue de bonne foi a vendu la chose ne doit restituer que le prix de la vente*”¹⁶⁹. Dalla lettura di entrambe le disposizioni si ricava che tutte le volte

droits, lesquels compéteront à l'absent ou à ses représentans ou ayant-cause, et ne s'éteindront que par le laps de temps établi pour la prescription”.

¹⁶⁶ Parimenti accadeva per le codificazioni preunitarie. Si segnalano, a questo proposito, l'art. 871 c.c. parmense, l'art. 70 c.c. estense, l'art. 143 c.c. Regno delle Due Sicilie e, infine, l'art. 101 del c.c. sabauda.

¹⁶⁷ L'art. 535, comma 2, c.c. è in parte sovrapponibile all'art. 933, comma 2, c.c. abr., secondo il quale “sono però sempre salvi i diritti acquistati dai terzi per effetto di convenzioni a titolo oneroso fatte di buona fede coll'erede apparente. Se questi ha alienato in buona fede una cosa dell'eredità, è soltanto obbligato a restituire il prezzo ricevuto o a cedere la sua azione contro il compratore che non lo avesse ancora pagato”.

¹⁶⁸ Si tratta dell'art. 197 c.c. spagnolo, che riproduce il vecchio art. 137 c.c. francese, e dei successivi artt. 1016 e 1021, i quali si riferiscono rispettivamente alla *acción para reclamar la herencia* e a colui che *reclame judicialmente una herencia*. Da queste tre disposizioni generalmente si ricava la disciplina dell'azione di petizione dell'eredità.

¹⁶⁹ Un principio simile era contenuto nel vecchio art. 1380 c.c. francese.

in cui la restituzione di una cosa determinata non è possibile, magari proprio perché, come dice l'art. 1352-2 c.c. francese, essa è stata alienata in buona fede, si deve procedere a riconsegnarla – sia consentita l'espressione – sotto la forma del prezzo. La dottrina e la giurisprudenza francesi, nel caso specifico della cessione di beni ereditari, come si vedrà tra poco, erano giunte alla medesima conclusione, anche in assenza di una disciplina dettagliata come quella introdotta dalla riforma¹⁷⁰.

Dalle precedenti esperienze si deve tenere ben distinta la codificazione germanica. Il BGB, difatti, ai §§ 2018 ss., disciplina la *Erbschaftsanspruch*, ancora più minuziosamente di quanto accade presso di noi. Tra le disposizioni che fanno parte dei suddetti paragrafi, poi, risalta il § 2019, rubricato *Unmittelbare Ersetzung*, il quale, almeno tra i codici considerati sino ad ora, rappresenta una previsione unica, nella parte in cui stabilisce che si considera parte dell'eredità tutto ciò che viene acquisito con mezzi della medesima. I §§ 2018 e 2019 BGB, stando alla formulazione delle disposizioni, sono parzialmente sovrapponibili ai nostri artt. 533 e 535 c.c., almeno quanto agli effetti. Tutti stabiliscono il diritto dell'erede a recuperare i beni appartenenti alla massa ereditaria, ma, ad esempio, mentre il BGB regola il caso della spendita del danaro ereditario, il nostro codice no. Si potrebbe perciò porre la questione se il possessore (ovvero l'erede apparente) debba restituire all'erede (vero) quanto abbia acquistato con l'impiego di tale danaro; oppure quanto abbia acquistato con il prezzo della vendita di un bene ereditario.

In Germania, al primo quesito si potrebbe rispondere immediatamente, essendo sufficiente richiamare il § 2019 BGB; in Italia e, a maggior ragione, in Spagna e in Francia, dove manca persino la disciplina dell'azione, la risposta non sarebbe altrettanto immediata. Occorre però procedere con ordine e premettere che le considerazioni seguenti valgono per il caso in cui il possessore alienante sia in buona fede¹⁷¹, poiché così è richiesto dall'art. 535, comma 2, c.c., affinché si realizzi il meccanismo surrogatorio. Le pur

¹⁷⁰ Come riferisce M. GRIMALDI, *Droit des successions*, 7^a ed., Parigi, 2017, 445 ss., la riforma del diritto delle obbligazioni ha recepito alcune soluzioni elaborate dalla dottrina e dalla giurisprudenza, almeno con riferimento all'obbligo di restituzione di una cosa determinata. Fondamentale è, secondo gli artt. 1352 ss. c.c. francese, l'atteggiamento psicologico di buona o di mala fede dell'alienante, rilevanti, ad esempio in caso di perimento o deterioramento della cosa.

¹⁷¹ Anche se l'art. 535 c.c. non considera l'atteggiamento psicologico del terzo acquirente, comunque si ritiene che anch'egli debba essere in buona fede al momento dell'acquisto. Cfr. in proposito C. CICERO, *Petizione di eredità*, cit., 193.

interessanti questioni collegate, come, ad esempio, quella relativa ai motivi della salvezza dell'acquisto del terzo, non possono essere qui approfondite, potendosi solo soffermare sul meccanismo in virtù del quale il diritto dell'erede vero non viene meno anche in caso di alienazione delle cose dell'eredità. Con riferimento ai casi espressamente regolati dalla suddetta disposizione, essa impone la riconsegna del prezzo o il corrispettivo ricevuto; qualora questi fossero ancora dovuti, l'erede subentra nel diritto a conseguirli.

In Spagna e in Francia, invece, la petizione dell'eredità, proprio in mancanza di una previsione legislativa esplicita, ha posto numerosi problemi. Non è possibile in questa sede soffermarsi sull'interessante dibattito circa l'azione in discorso¹⁷², che ha impegnato la dottrina di entrambi i paesi nel compito di ricostruire l'istituto, movendo dai fugaci cenni operati dalle rispettive codificazioni e dal diritto romano, unico punto fermo nella materia.

Per quanto qui interessa, ci si può solo soffermare un momento sulla questione dell'alienazione delle cose appartenenti all'eredità da parte del presunto erede in buona fede, ovvero sul rapporto che intercorre tra quest'ultimo, l'erede vero e il terzo acquirente. In assenza di una disposizione assimilabile all'art. 535, comma 2, c.c., in Francia e in Spagna non si è potuto fare a meno di ricorrere alle disposizioni in materia di possesso in buona fede, per l'alienante che si sia liberato dei beni del *de cuius* nella convinzione di esserne erede. D'altra parte, è evidente la somiglianza tra la fattispecie generale dell'acquisto *a non domino* dal possessore con quella del terzo che compra dal presunto erede in buona fede. Anche in Italia, dove molte delle questioni dibattute in Francia e in Spagna sono risolte direttamente dalla disciplina codicistica, non è sfuggito l'intimo legame tra gli artt. 534, 535 e 1153 c.c.¹⁷³.

Negli ordinamenti qui considerati, quanto al rapporto tra l'erede vero e il terzo, si ammette la salvezza dell'acquisto di quest'ultimo; quanto al rapporto tra erede vero e quello presunto, il primo potrà recuperare il prezzo

¹⁷² Le principali questioni hanno riguardato innanzitutto la definizione dell'azione di petizione dell'eredità, il suo termine di prescrizione, il carattere reale o personale della medesima, la competenza territoriale e, infine, i rapporti tra le parti coinvolte, ovvero erede apparente, erede vero e terzo.

¹⁷³ Il contributo di E. BARGELLI, F.D. BUSNELLI, voce *Erede apparente*, in *Enc. del dir.*, agg. V, Milano, 2001, 401 ss., si apre proprio con l'analisi del problema dell'erede apparente come figura di acquisto *a non domino*. Si sofferma sulla questione anche C. CICERO, *Petizione di eredità*, cit., 192 ss., il quale perviene alla conclusione che gli artt. 534 e 1153 c.c. avrebbero ambiti diversi di applicazione.

conseguito dal secondo in seguito all'alienazione del bene ereditario¹⁷⁴. Il tutto, chiaramente, a condizione che i soggetti in discorso abbiano agito in buona fede. Come si può vedere, dunque, si adotta la medesima soluzione che la legge prescrive in Italia e in Germania. Essa, d'altra parte, è senza dubbio la più auspicabile, poiché, altrimenti, l'erede vero rimarrebbe privato non solo del bene oramai regolarmente acquistato dal terzo, bensì anche del suo equivalente, che andrebbe a (indebito) vantaggio dell'alienante.

Posto, dunque, che gli ordinamenti considerati risolvono alla medesima maniera la questione in analisi, si tratta di vedere ora qual è il meccanismo attraverso il quale si realizza la pretesa che spetta all'erede, privato delle cose dell'eredità. Come si diceva in principio, alcuni Autori hanno ravvisato nel secondo comma dell'art. 535 c.c. un caso di surrogazione reale. Non essendo possibile restituire l'esatta cosa, l'erede vero può pretendere il prezzo, oppure il corrispettivo ricevuto, che subentrano alla cosa medesima e la rappresentano¹⁷⁵. Che possa trattarsi di surrogazione reale è ipotesi avanzata anche all'estero. In Spagna, ad esempio, è stato sostenuto che, malgrado l'assenza di una disposizione specifica, in virtù della quale si dispone la sostituzione del bene con il prezzo, tale effetto deve comunque discendere da una lettura complessiva delle disposizioni del codice civile. Tra queste vi sarebbero il già visto art. 197 c.c. spagnolo (ritorno del morto presunto), relativo al recupero del corrispettivo della vendita della cosa o di ciò in cui esso sia stato reinvestito, e le disposizioni in materia di accettazione dell'eredità con beneficio d'inventario (1010 ss. c.c. spagnolo). Dal *beneficium inventarii* si fa discendere la "separazione" tra il patrimonio dell'erede e l'eredità, nonché la particolare "destinazione" della medesima, che risponde dei debiti del *de cuius* ed è soggetta a restituzione all'erede. Nell'art. 197 c.c. spagnolo, invece, si

¹⁷⁴ Per la Spagna, si vedano M.E. COBAS COBIELLA, *La acción de petición de la herencia: relaciones entre el heredero aparente y real. El análisis de la prescripción en la reclamación de herencia*, in *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista*, II, Madrid, 2014, 1329 ss.; L.M. CANO ZAMORANO, *La acción de petición de herencia: Concepto, naturaleza, personas legitimadas activa y pasivamente*, in *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1981, 1219 ss.; A. GULLON BALLESTEROS, *La acción de petición de herencia*, in *Anuario de derecho civil*, 1959, 199 ss. Per la Francia, invece, P. RAYNAUD, *Droit civil. Les successions et les libéralités*, Parigi, 1983, 150 ss.

¹⁷⁵ Ritengono che si realizzi la surrogazione reale: L.V. MOSCARINI, voce *Surrogazione reale*, cit., 972, C. TOMASSETTI, *op. loc. cit.* e G. CECCHERINI, voce *Petizione di eredità (dir. priv.)*, in *Enc. del dir.*, XXXIII, Milano, 1983, 628 ss.; M. ESU, voce *Surrogazione reale*, cit., 6. Si limita ad annoverare l'ipotesi in esame tra quelle di surrogazione reale A. MAGAZZÙ, *op. loc. cit.*, senza tuttavia prendere una posizione sul punto. Nella manualistica, si segnala il breve ma fondamentale inciso di P. RESCIGNO, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2000, 224, secondo il quale l'art. 535, comma 2, c.c. costituisce un'ipotesi di surrogazione reale.

individua il principio, per dir così, di sostituzione (*rectius*: surrogazione), in base al quale alla cosa che apparteneva originariamente all'eredità possono essere sostituiti il prezzo, oppure la nuova cosa acquistata con quest'ultimo¹⁷⁶. In breve, il meccanismo surrogatorio, in questo ambito, opererebbe a protezione dell'integrità della massa¹⁷⁷. Sempre in ambito iberico, può essere utile richiamare una previsione contenuta nel codice civile catalano, piuttosto simile al secondo comma dell'art. 535 c.c. Si tratta dell'art. 465.2, comma 3, c.c. catalano, a norma del quale l'erede apparente "debe entregar al heredero real el precio o la cosa que ha obtenido como contraprestación o los bienes que ha adquirido con estos". Anche in essa è stato ravvisato un caso di surrogazione reale¹⁷⁸.

Non molto diversamente è accaduto in Francia. Qui, malgrado l'assenza di un riferimento normativo preciso, è ricorrente l'accostamento tra il caso del ritorno del morto presunto (art. 130 c.c. francese) e l'alienazione delle cose ereditarie. Dunque, "la subrogation réelle doit permettre à l'héritier de récupérer le patrimoine successoral dans son état actuel, comprenant les biens acquis en remplacement ou le prix de ceux vendus"¹⁷⁹.

Questi brevissimi cenni alle esperienze straniere consentono di mettere in luce una (solo apparente) differenza tra l'Italia e gli altri ordinamenti sino ad ora considerati. L'art. 535, comma 2, c.c., difatti, attribuisce all'erede il

¹⁷⁶ Sostiene A. GULLON BALLESTEROS, *La acción de petición de herencia*, cit. 226 ss., che non sia necessario, da parte della legge, stabilire espressamente l'effetto surrogatorio. Esso si può ben ricavare dal sistema, per cui all'erede spetta la restituzione delle cose facenti parte in origine dell'eredità o, in sostituzione, quanto sia entrato nella medesima per effetto della surrogazione reale.

¹⁷⁷ Secondo J.L. MEZQUITA DEL CACHO, *Principales Aplicaciones de la Subrogación Real en nuestro Derecho*, cit., 662, il caso in esame è assimilabile a quello del morto presunto che ricompare. Si ricordi che in Spagna non esiste una disposizione assimilabile all'art. 535, comma 2, c.c., per cui la dottrina ha dovuto necessariamente volgere lo sguardo alla fattispecie più simile, ovvero l'art. 197 c.c. spagnolo. La tesi dell'Autore da ultimo citato era stata già espressa da R.M. ROCA SASTRE, *La subrogación real*, cit., 297 ss., tra i primi autori spagnoli a svolgere indagini sul tema. Più di recente, invece, sempre nello stesso senso, si veda M.L. MARÍN PADILLA, *Estudio y aplicación del principio general de subrogación real en el Derecho de Sucesiones*, cit., 1415 ss.

¹⁷⁸ Da ultimo, si veda J.J. PINTÓ RUIZ, *La regulación sucesoria en el Derecho común y el Derecho civil de Cataluña en relación con los derechos de terceros adquirentes de bienes inmuebles inscritos en el Registro en virtud del acto dispositivo del heredero aparente*, in *La Notaría*, 2011, 43 ss.

¹⁷⁹ Sono queste le parole di E. SAVAUX, B. GRIMONPREZ, voce *Subrogation réelle*, cit., 6, i quali trattano del caso della petizione d'eredità nella parte del loro contributo relativa alla "preservazione dell'integrità della massa", e richiamano proprio, tra gli altri riferimenti normativi, l'art. 130 c.c. francese. Un cenno alla questione si rinviene anche in P. RAYNAUD, *Droit civil. Les successions et les libéralités*, cit., 153.

diritto a pretendere il prezzo o il corrispettivo della cosa alienata. Stranamente, tuttavia, nonostante la somiglianza della fattispecie in analisi con quella del ritorno del morto presunto, la suddetta disposizione, a differenza dell'art. 66 c.c., non comprende nelle cose soggette a restituzione anche quelle in cui detto prezzo sia stato reinvestito. Allo stesso modo, l'art. 535 c.c. nulla dispone in merito alla spendita del danaro ereditario, con il quale si acquisti un determinato bene. Riassumendo, dunque, si possono porre due casi non regolati dalla disposizione di cui si tratta: *i*) vendita di un bene dell'eredità e acquisto di un altro; *ii*) acquisto di un bene direttamente con danaro dell'eredità. In Francia e in Spagna, come appena visto, la dottrina ammette che nell'ipotesi *sub i*) la cosa "nuova" rientri tra quelle soggette a restituzione, poiché si tratta di un caso di surrogazione reale e s'applicano le disposizioni in materia di patrimonio dell'assente ricomparso (artt. 130 c.c. francese e 197 c.c. spagnolo). Per il caso *sub ii*) la conclusione non muta: opererà parimenti il meccanismo surrogatorio, per cui la cosa acquistata prenderà il posto del danaro (ereditario) che è stato impiegato per la medesima.

In Germania, dove le previsioni di cui agli §§ 2018 e 2019 BGB coprono solo l'ipotesi *sub ii*), occorre distinguere, poiché la risposta per quanto *sub i*) non è immediata. Le cose acquisite con mezzi dell'eredità entrano a far parte della stessa, poiché così dispone il § 2019 BGB. Più discusso è il caso del reinvestimento del prezzo di una cosa ereditaria venduta, poiché questa ipotesi non è immediatamente regolata dal codice tedesco.

Quanto all'Italia, occorre distinguere allo stesso modo. Con riferimento all'ipotesi *sub i*), anche qui si potrebbe ipotizzare l'applicazione analogica dell'art. 66 c.c., per cui l'erede avrebbe diritto a recuperare la cosa acquistata con il prezzo della vendita del bene ereditario; con riferimento, invece, all'ipotesi *sub ii*), è stato giustamente affermato che il bene "nuovo" non è nient'altro che il corrispettivo della spendita del danaro ereditario, sicché andrà restituito anch'esso¹⁸⁰. Come già osservato in precedenza relativamente all'art. 66 c.c., il meccanismo surrogatorio, in questi casi, è possibile solo se il bene "nuovo" sia ancora nella disponibilità dell'erede apparente, ovvero è

¹⁸⁰ È condivisibile l'affermazione di A. CICU, *Successioni per causa di morte*, cit., 239, secondo il quale il possessore di buona fede potrà liberarsi alternativamente restituendo la cosa "nuova", oppure reintegrando l'eredità, ovvero pagando all'erede vero la somma impiegata per l'acquisto. Si deve osservare, inoltre, che l'art. 535, comma 2, c.c., discorre di "alienazione" della "cosa". Tali termini non son però da intendersi in senso tecnico, ben potendosi ritenere che anche la spendita del danaro rientri nella previsione codicistica.

necessario che questi non abbia consumato – sempre in buona fede, si intende – l’eredità stessa, intesa come cose che ne facevano parte in origine e quelle che vi sono subentrate, per dir così, per surrogazione reale. Per la stessa ragione, si deve ritenere che, ad esempio, se una cosa perisce e tale evento dà luogo al pagamento di un indennizzo da parte di una compagnia d’assicurazioni, il medesimo entrerà a far parte dell’eredità e pertanto andrà restituito all’erede¹⁸¹.

In breve, anche se non previsto espressamente presso di noi, sembrerebbe ragionevole ritenere operante il principio sancito dal combinato disposto dei §§ 2018 e 2019 BGB. Bisogna però dare atto del fatto che la ricostruzione in termini di surrogazione reale, ovvero mediante “successione” di una cosa a un’altra, non è condivisa da tutti. Taluno, nell’analisi dell’art. 535 c.c., ha fatto ricorso al concetto di surrogazione del prezzo al bene e viceversa, ma solo a fini esclusivamente esplicativi, poiché non ha richiamato il meccanismo surrogatorio nei termini in cui è stato illustrato nelle pagine che precedono¹⁸². Alcuni, invece, hanno spiegato l’art. 535 c.c. senza alcun riferimento alla surrogazione reale¹⁸³; altri ancora, infine, hanno opinato che non si possa proprio fare ricorso a tale concetto¹⁸⁴. Costoro, in particolare, preferiscono inquadrare l’art. 535, comma 2, c.c. tra le ipotesi d’impossibilità sopravvenuta della prestazione, come visto già visto in relazione all’art. 66 c.c. L’alienazione della cosa e il conseguente acquisto da parte del terzo renderebbero l’obbligo di restituzione della medesima impossibile per causa non imputabile al debitore (ovvero l’erede apparente), sicché all’erede vero non rimarrebbe che domandare il prezzo, con un meccanismo simile a quello

¹⁸¹ Per la Spagna, concorda con questa soluzione M.L. MARÍN PADILLA, *Estudio y aplicación del principio general de subrogación real en el Derecho de Sucesiones*, cit., 1419.

¹⁸² Si veda, ad esempio, G.P. CIRILLO, *La petizione di eredità*, in *Trattato breve delle successioni e donazioni*, 2^a ed., diretto da P. Rescigno, coordinato da M. Ieva, I, *Le successioni mortis causa. I legittimari. Le successioni legittime e testamentarie*, Padova, 2010, 520, il quale discorre di *subrogatum* ma senza nemmeno accennare alla surrogazione reale. Sotto l’impero del vecchio codice, invece, R. TARDIVO, *L’erede apparente*, Padova, 1932, 77, affermava in modo neutrale, relativamente all’obbligo di restituzione in capo all’erede apparente, che “il prezzo rappresenta invero il surrogato della cosa”, anch’egli senza richiamare espressamente il meccanismo surrogatorio.

¹⁸³ Il riferimento è a A. CICU, *Successioni per causa di morte*, cit., 233 ss.; C. CICERO, *Petizione di eredità*, cit., 173 ss; e L. FERRI, *Successioni in generale*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, sub Artt. 512-535, Bologna-Roma, 1968, 229 ss.

¹⁸⁴ G. GROSSO, A. BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, XII, 1, Torino, 1977, 404.

di cui all'art. 1259 c.c.¹⁸⁵. Questa tesi, autorevolmente sostenuta e peraltro suggestiva, non pare però considerare un passaggio intermedio e non trascurabile tra l'obbligazione originaria di restituzione e la sua estinzione per mancanza d'oggetto. La funzione dell'art. 535, comma 2, c.c., al contrario, pare proprio essere quella di prevenire che l'obbligo di riconsegna divenga irrealizzabile a seguito dell'alienazione del bene.

Innanzitutto, richiamando anche quanto già osservato prima in relazione al ritorno del morto presunto, non risulta ben chiaro come possa discorrersi di impossibilità della prestazione per causa non imputabile al debitore, quando - se si accogliesse la teoria in analisi - tale causa (ovvero il trasferimento della cosa) è provocata, sebbene inconsapevolmente, dal debitore medesimo. In breve, sembrerebbe che ci si trovi di fronte a una contraddizione in termini, laddove si afferma che la prestazione non è più possibile per fatto non imputabile al soggetto passivo, quando in realtà è proprio costui che pone in essere l'atto traslativo, che renderebbe appunto irrealizzabile l'obbligo di restituzione. Al di là di questo rilievo, sicuramente non decisivo, si può osservare altresì quanto segue. Il possessore dei beni dell'eredità deve *in primis* restituirli in natura *ex art. 533 c.c.*, senonché il legislatore ha considerato l'ipotesi in cui questi non siano più disponibili, perché alienati, nel qual caso egli dovrà rendere il prezzo. Come già detto in relazione all'art. 66 c.c., l'obbligo gravante sul possessore non riguarda sempre e solo la restituzione degli esatti beni, poiché esso si presenta articolato, per dir così, in più livelli, a seconda delle circostanze. Se tali beni sono ancora esistenti, andranno resi così come sono¹⁸⁶; in subordine, qualora siano stati alienati, andranno restituiti - sia consentita la generalizzazione - sotto forma del prezzo, oppure sotto forma del bene "nuovo" che ne ha preso il posto, essendo questi "sostituti" che in un certo senso li rappresentano¹⁸⁷. Quando,

¹⁸⁵ Si esprime in questi termini E. MOSCATI, *La disciplina generale delle obbligazioni*, cit., 355 ss., secondo il quale solo "cadendo in un errore di prospettiva" si può assimilare l'art. 535, comma 2, c.c. alla surrogazione reale. Si segnala, poi, O. BUCCISANO, *op. loc. cit.*, che annovera l'ipotesi in analisi tra quelle di surrogazione personale nella titolarità di un diritto altrui. L'Autore, tuttavia, nell'esprimere tale opinione, specifica che si riferisce alla parte finale del secondo comma dell'art. 535 c.c., laddove si stabilisce che se il prezzo è ancora dovuto l'erede subentra nel diritto a conseguirlo. Per gli altri casi regolati dalla disposizione, invece, non esprime alcun giudizio.

¹⁸⁶ Fatti salvi, si intende, i diritti acquisiti dai terzi di cui all'art. 534 c.c.

¹⁸⁷ In giurisprudenza sembra recepire questa alternatività Trib. Salerno, 25 febbraio 2003, in *Foro it.*, Rep. 2003, voce *Successione ereditaria*, n. 75, secondo cui l'azione di petizione di eredità ha per oggetto il riconoscimento della qualità ereditaria e, come conseguenza di tale

invece, detto prezzo sia stato consumato, è solo allora che la prestazione sarà divenuta impossibile, poiché non v'è più alcuna cosa (il bene o l'equivalente) suscettibile d'essere restituita. In altri termini, anche in questo ambito, la surrogazione reale sembra operare come meccanismo che consente la preservazione della situazione giuridica dell'erede vero, la quale non si estingue per mancanza di oggetto in presenza dell'alienazione del bene, bensì prosegue sulla cosa che ne ha preso il posto. Fintantoché esiste il bene, o il suo equivalente, non sembrerebbe corretto affermare che l'obbligazione s'è estinta.

4. Alienazione della cosa depositata da parte dell'erede del depositario

Proseguendo nella disamina delle ipotesi nelle quali è stato ravvisato il meccanismo surrogatorio, ci si deve soffermare per un momento sul contratto di deposito. Il codice civile, in relazione a una particolare ipotesi, all'art. 1776, prevede che l'erede del depositario, il quale ha alienato in buona fede la cosa che ignorava essere tenuta in deposito, è obbligato soltanto a restituire il corrispettivo ricevuto. Se questo non è stato ancora pagato, il depositante subentra nel diritto dell'alienante. Già dalla lettura della disposizione si possono intravedere numerose analogie con i casi analizzati in precedenza. Alla migliore dottrina, difatti, non è sfuggito il collegamento tra gli artt. 535, comma 2, 1776 e 2038 c.c.¹⁸⁸. In tutti ricorre l'alienazione in buona fede di una cosa determinata, da parte del un soggetto non proprietario della medesima.

Si pone dunque il problema del contenuto dell'obbligo di restituzione, giacché – dando per scontato che ricorrano tutti i presupposti affinché il terzo abbia acquistato validamente *a non domino* – il bene non è più nella disponibilità dell'erede del depositario, ma appartiene all'acquirente. L'art. 1776 c.c. non è una novità introdotta dall'attuale codificazione, bensì prevede un principio già noto al *Code Napoléon*¹⁸⁹, poi passato immutato alla legislazione preunitaria e al Codice Pisanelli¹⁹⁰. Allo stesso modo, le

riconoscimento, l'attribuzione dell'eredità o il valore corrispondente nella sua espressione monetaria, qualora non sia possibile l'attribuzione specifica.

¹⁸⁸ Il riferimento è a U. BRECCIA, *La ripetizione dell'indebito*, Milano, 1974, 59.

¹⁸⁹ Il testo dell'art. 1935 c.c. francese non ha subito modifiche nel tempo e stabilisce che "l'héritier du dépositaire, qui a vendu de bonne foi la chose dont il ignorait le dépôt, n'est tenu que de rendre le prix qu'il a reçu, ou de céder son action contre l'acheteur, s'il n'a pas touché le prix".

¹⁹⁰ Si vedano gli artt. 1969 c.c. sabauda, 1996 c.c. parmense, 1979 c.c. estense e, infine, 1807 c.c. Regno delle Due Sicilie. Non è necessario riportare il testo delle disposizioni, in quanto tutte non sono nient'altro che una traduzione letterale dell'art. 1935 c.c. francese citato

codificazioni estere di maggior rilievo prevedono una regola di analogo contenuto. Con riferimento alla Francia, s'è appena detto qual è la disposizione corrispondente; per la Spagna, si segnala l'art. 1778 c.c. spagnolo¹⁹¹. Quanto alla Germania, nei §§ 688 ss. BGB, che disciplinano la *Verwahrung*, a quanto consta, non risulta stabilito alcun obbligo di restituzione in capo all'erede del depositario, nemmeno lontanamente assimilabile al nostro. Atteso, dunque, che la codificazione germanica non pare considerare il caso qui in analisi, si potrebbe comunque ipotizzare l'applicazione della norma generale di cui al § 816 BGB in tema di indebito, secondo cui se un soggetto non legittimato dispone di un bene con un atto efficace nei confronti di chi invece sarebbe stato legittimato a compierlo, costui è obbligato a restituire a quest'ultimo quanto abbia conseguito¹⁹².

Sempre con riferimento al contratto di deposito, potrebbe ravvisarsi un ulteriore caso di surrogazione reale nel secondo comma dell'art. 1780 c.c., a norma del quale il depositante ha diritto di ricevere ciò che, in conseguenza del fatto che ha provocato la perdita della cosa depositata, il depositario abbia conseguito e subentra nei diritti spettanti a quest'ultimo. Anche questa disposizione affonda le sue radici nella codificazione napoleonica, in particolare nell'art. 1934 c.c. francese¹⁹³. La maggior parte dei sistemi da essa derivati, inoltre, ha mantenuto immutato il principio¹⁹⁴.

alla nota precedente. Le medesime, allo stesso modo, stabilivano la surrogazione personale del depositante all'erede del depositario, nel caso in cui il prezzo della vendita non fosse stato ancora pagato. L'art. 1851 c.c. abr. replicava esattamente il suo corrispondente nella codificazione francese.

¹⁹¹ L'art. 1778 c.c. spagnolo prevede che "el heredero del depositario que de buena fe haya vendido la cosa que ignoraba ser depositada, sólo está obligado a restituir el precio que hubiese recibido o a ceder sus acciones contra el comprador en el caso de que el precio no se le haya pagado".

¹⁹² Il § 816 BGB è generalmente annoverato tra i casi di surrogazione reale Cfr. in proposito M. WOLF, *Prinzipien und Anwendungsbereich der dinglichen Surrogation*, in *Juristische Schulung*, 1975, 645 ss.

¹⁹³ Tale articolo, ancora in vigore nella sua formulazione originaria, prevede che "le dépositaire auquel la chose a été enlevée par une force majeure et qui a reçu un prix ou quelque chose à la place doit restituer ce qu'il a reçu en échange".

¹⁹⁴ Con riferimento al diritto attuale, si veda l'art. 1777 c.c. spagnolo, corrispondente, salvo minime ed irrilevanti differenze lessicali, all'art. 1934 c.c. francese. In prospettiva storica, invece, si segnala l'art. 1850 c.c. abr.; nella legislazione preunitaria, gli artt. 1969 c.c. sabauda, 1995 c.c. parmense, 1978 c.c. estense e, infine, 1806 c.c. Regno delle Due Sicilie.

A parte le illustrate differenze con la codificazione tedesca, per il resto, negli ordinamenti considerati sino ad ora vige una sostanziale uniformità quanto alla disciplina del contratto di deposito¹⁹⁵.

Venendo ora ad analizzare più da vicino le disposizioni richiamate in precedenza, occorre innanzitutto osservare che l'art. 1776 c.c. è stato evidentemente concepito per tutelare l'erede del depositario. Egli, difatti, potrebbe ignorare l'esistenza del contratto di deposito e alienare la cosa (depositata) nella convinzione che essa appartenga al patrimonio del defunto¹⁹⁶. Viene però in considerazione anche l'interesse di un altro soggetto, ovvero il depositante, che intende recuperare tale cosa in quanto di sua appartenenza. L'art. 1776 c.c. non è nient'altro che un caso particolare dell'ipotesi presa in considerazione dall'art. 535, comma 2, c.c. e, difatti, ricorre una perfetta simmetria tra le due disposizioni. L'erede del depositario è possessore in buona fede di una cosa facente parte dell'eredità e, credendo di poter disporre liberamente della medesima, la trasferisce a un terzo. Sempre in un'ottica di "conservazione" della situazione giuridica del creditore, ovvero il depositante, il legislatore ha stabilito il mutamento dell'oggetto del suo diritto, che sarà costituito, in seguito all'alienazione, da quanto l'erede alienante ha conseguito. Anche con riferimento all'art. 1776 c.c., non è pacifica la sua inclusione tra i casi di surrogazione reale. Si può comunque individuare un indirizzo dottrinale propenso ad inquadrarlo nei termini dell'istituto in analisi. Questo indirizzo è, per dir così, trasversale, poiché ne fanno parte tanto coloro che si sono occupati specificamente del meccanismo surrogatorio¹⁹⁷, quanto quelli che, invece, hanno approfondito il contratto di deposito¹⁹⁸. Le

¹⁹⁵ Per un rapido ma interessante confronto tra gli ordinamenti europei, tra cui anche quello inglese, si segnala P. GALLO, voce *Deposito in diritto comparato*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, V, Torino, 1989, 274.

¹⁹⁶ Questa è l'opinione dominante in dottrina. Si vedano, ad esempio, A. SCALISI, *Il contratto di deposito*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, continuato da F.D. Busnelli, sub Artt. 1766-1797, Milano, 2011, 155; A. FIORENTINO, *Del deposito*, in *Commentario del codice civile*, 2ª ed., a cura di A. Scialoja e G. Branca, sub Art. 1776, Bologna-Roma, 1966, 98.

¹⁹⁷ Ritengono che l'art. 1776 c.c. rientri tra i casi di surrogazione reale M. ESU, voce *Surrogazione reale*, cit., 8; L.V. MOSCARINI, voce *Surrogazione reale*, cit., 973; C. TOMASSETTI, *La surrogazione reale*, cit., 820. Tali Autori concordano sul fatto che anche l'art. 1780, comma 2, c.c. costituisca un'applicazione del meccanismo surrogatorio.

¹⁹⁸ Si veda, ad esempio, A. DE MARTINI, voce *Deposito (diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, V, Torino, 1960, 516, che discorre, relativamente all'art. 1776 c.c., di surrogazione reale *ex lege*. L'Autore, tuttavia, sembrerebbe far ricadere in tale meccanismo anche il caso in cui il prezzo non sia stato ancora pagato. Per questa ipotesi, come avviene altresì nell'art. 535, comma 2, c.c., il codice prevede il subingresso del creditore (il depositante) al posto del debitore (l'erede

considerazioni sul punto generalmente non si discostano da quelle svolte con riferimento all'art. 535, comma 2, c.c., che si è già detto essere espressione della medesima *ratio*.

Anche in Spagna è diffusa l'opinione che possa trattarsi di un caso di surrogazione reale. Conviene muovere dall'art. 1777 c.c. spagnolo, a norma del quale il depositario che per forza maggiore abbia subito la perdita della cosa depositata e ricevuto un'altra al suo posto, è obbligato a restituire quest'ultima al depositante¹⁹⁹. Il successivo art. 1778 – equivalente al nostro art. 1776 c.c. – è poi ritenuto un'applicazione al caso particolare dell'erede della disposizione appena richiamata, poiché l'alienazione in buona fede della cosa depositata è assimilabile, per dir così, alla "perdita", in senso lato, della medesima. Da una lettura complessiva di entrambi gli articoli, si fa discendere una duplice modalità di adempimento del contratto di deposito, chiaramente dipendente dalle circostanze del caso concreto. Una "in senso stretto", ovvero la restituzione della medesima cosa depositata; un'altra "in senso ampio", consistente nella trasmissione al proprietario deponente di tutti i beni che il depositario ha acquisito in ragione della cosa che gli è stata lasciata²⁰⁰.

A favore di questa ricostruzione ricorre un dato letterale. L'art. 1766 c.c. spagnolo, nell'enumerare le obbligazioni del depositario, afferma che costui è tenuto vigilare sulla cosa e a *restituirle*, mentre il successivo art. 1777 dispone che egli deve *entregar* (consegnare) la cosa ricevuta in luogo di quella depositata. La differenza terminologia potrebbe sembrare marginale, ma, ai fini che qui interessano, non lo è affatto. Nel caso in cui l'oggetto del contratto di deposito non sia più disponibile per una qualunque ragione, difatti, il debitore (depositario) non è tenuto a restituire il bene, bensì è tenuto appunto a consegnare il "sostituto" che ne ha preso il posto²⁰¹. Il codice spagnolo,

del depositario). Questa surrogazione pare però piuttosto appartenere al tipo personale. Sembrerebbe propendere per la soluzione della surrogazione reale anche G. STOLFI, *In tema di surrogazione reale*, in *Foro it.*, 1952, I, 1086, seppur riferendosi espressamente all'art. 1780, comma 2, c.c.

¹⁹⁹ Sembrerebbe corrispondere all'art. 1777 *Código civil* il nostro art. 1780, comma 2, c.c.

²⁰⁰ La distinzione è proposta da S. MARTÍN SANTISTEBAN, *sub art. 1777*, in *Código civil comentado*, diretto da A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno e R. Valpuesta Fernández, IV, 2ª ed., Madrid, 2016, 910 ss. L'Autrice afferma espressamente che "estamos ante una aplicación del principio de subrogación real".

²⁰¹ Rileva questa differenza tra le disposizioni in analisi C.M. DÍEZ SOTO, *sub artt. 1777-1778*, in *Comentarios al Código civil*, diretto da R. Bercovitz Rodríguez-Cano, IX, Valenza, 2013, 12188 ss. Si deve però segnalare che l'Autore avanza la tesi della surrogazione reale in forma dubitativa. Egli, difatti, pur affermando che la dottrina maggioritaria s'è espressa in tal senso, sembra preferire la ricostruzione in termini di divieto di ingiustificato arricchimento per il

almeno da questo limitato punto di vista, pare utilizzare un linguaggio più tecnico e idoneo a rappresentare la situazione in analisi, nel senso che specifica come l'oggetto della restituzione vera e propria possa essere solo il bene originario, mentre i suoi "sostituti" non possono che essere consegnati.

Ad ogni modo, in tutte le ipotesi in cui viene a mancare la cosa depositata e questa può essere rappresentata da un'altra, come il corrispettivo della sua vendita, o l'indennizzo corrisposto dall'assicuratore, si ritiene operante il meccanismo surrogatorio, in virtù del quale il depositante dovrà ricevere il bene "nuovo"²⁰². Tornando per un momento all'analisi terminologica delle disposizioni in esame, il nostro codice discorre indistintamente di restituzione, tanto con riferimento al depositario (art. 1766 c.c.) che al suo erede (art. 1776 c.c.). Ciò non esclude che possa comunque intravedersi un'ipotesi di surrogazione reale. Parimenti, il Codice Napoleone, il quale impone a colui che ha ricevuto la cosa in deposito l'obbligo di *rendre identiquement la chose même qu'il a reçue* (art. 1932); mentre il successore *n'est tenu que de rendre le prix qu'il a reçu* (art. 1935). Anche qui s'è ritenuto che trattasi di un caso di surrogazione reale²⁰³.

Chiaramente, la ricostruzione nei termini anzidetti non è unanimemente accettata. Si registra una tendenza a ravvisare nel caso regolato dalle disposizioni in esame un'impossibilità soggettiva della prestazione, che avrebbe però, secondo taluno, un effetto, in via del tutto eccezionale, liberatorio, in considerazione di due circostanze: il valido acquisto da parte terzo e la conseguente irrealizzabilità dell'obbligo di restituire in natura la cosa depositata²⁰⁴. Come già osservato in relazione all'art. 535, comma 2, c.c., non

depositario o il suo erede, i quali sarebbero altrimenti indebitamente avvantaggiati se fossero liberati dall'obbligo di restituzione e potessero trattenere la cosa "sostituta".

²⁰² Secondo C. LASARTE, *Principios de derecho civil*, III, *Contratos*, 18ª ed., Madrid, 2016, 314 ss., "el artículo 1.777 es un supuesto concreto de aplicación del principio de subrogación real que, por consiguiente, no debe ser interpretado en términos restrictivos y puramente literales".

²⁰³ Cfr. E. SAVAUX, B. GRIMONPREZ, voce *Subrogation réelle*, cit., 7. Ma si veda altresì P. CROCCO, *Propriété et garantie*, Parigi, 1995, 180 ss., secondo il quale non si tratterebbe di una surrogazione reale del diritto di proprietà, bensì nel diritto personale alla restituzione. Difatti, afferma l'Autore, se l'alienante è tenuto a cedere l'azione contro l'acquirente al depositante nel caso in cui il prezzo non sia stato ancora pagato, se ne deve dedurre che qualora, invece, lo stesso sia stato corrisposto, esso passi in proprietà a tale soggetto. Di conseguenza, si dovrebbe ritenere che il diritto da prendere in considerazione non sia appunto la proprietà, bensì quello alla restituzione, per cui il mutamento interessa quest'ultimo, che non avrà più come oggetto il bene materiale, bensì il prezzo che lo rappresenta.

²⁰⁴ A. DALMARTELLO, G.B. PORTALE, voce *Deposito (dir. vig.)*, in *Enc. del dir.*, XII, Milano, 1964, 264 ss.; A. GALASSO, G. GALASSO, voce *Deposito*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., V, Torino, 1989,

si ritiene che questo sia il giusto angolo di visuale dal quale osservare il fenomeno. Innanzitutto, si deve escludere dall'analisi il caso in cui il prezzo non sia stato ancora pagato. Qui è evidente che trattasi di una surrogazione personale, giacché il depositante può agire direttamente verso il terzo per pretendere il pagamento. Egli, in altri termini, si sostituisce all'erede del depositario in un rapporto che non gli appartiene²⁰⁵. Al di fuori di questa particolare ipotesi, tuttavia, non si può discorrere di surrogazione personale, giacché il depositante non può pretendere nulla dal terzo acquirente e i soggetti della relazione giuridica rimangono i medesimi. Ciò che viene a mutare, difatti, è l'oggetto di tale relazione, in considerazione dell'alienazione al terzo in buona fede. Come appena visto, tale trasferimento è spesso interpretato come un'impossibilità sopravvenuta della prestazione di restituzione. Un'attenta lettura delle disposizioni, tuttavia, dovrebbe indurre a un'interpretazione diversa. Per il caso regolato dall'art. 1776 c.c., esso dispone che l'erede è tenuto a restituire "solo" il prezzo dell'alienazione. Stando al dato strettamente letterale, dunque, l'obbligazione che incombe su tale soggetto è appunto quella della restituzione del prezzo, qualora ovviamente la cosa originaria non sia più disponibile.

In altri termini, come per gli artt. 66 e 535, comma 2, c.c., la prestazione che si richiede all'alienante non è quella di rendere la cosa in natura, bensì il suo equivalente e ciò si ricava dal fatto che il legislatore ha volutamente posto a suo carico tale obbligo, ha cioè affermato e specificato cosa egli deve fare per l'ipotesi in cui si sia liberato del bene. Solo nell'eventualità in cui, come detto più volte, l'erede abbia, ad esempio, consumato il prezzo si può ritenere che il suo obbligo è divenuto impossibile; ma fintantoché la cosa "originaria" è rappresentata da un'altra, non pare corretto affermare che l'obbligazione di restituzione si sia estinta.

274. Gli Autori appena citati discorrono di eccezionalità circa la natura dell'art. 1776 c.c., poiché, contrariamente alla regola generale, secondo la quale le obbligazioni del defunto passano ai successori, in questo caso l'erede non è responsabile per la mancata riconsegna della cosa in natura, dovendo solo rendere il corrispettivo dell'alienazione. Secondo A. SCALISI, *op. loc. cit.*, si tratterebbe altresì di una "deroga alle norme generali in tema di [...] modificazione soggettiva dell'obbligazione".

²⁰⁵ Afferma O. BUCCISANO, *La surrogazione per pagamento*, cit., 92 che l'ultima parte dell'art. 1776 c.c. costituisce un caso di *cessio legis*, nel quale ricorre una modificazione soggettiva del rapporto obbligatorio. Il depositante è tutelato dalla legge mediante il subingresso nella titolarità del diritto di credito altrui, ovvero quello dell'erede del depositario nei confronti dell'acquirente.

Si deve pervenire alla medesima conclusione per l'art. 1780 c.c., relativo alla perdita non imputabile al depositante della cosa lasciata in deposito, però con una distinzione. Se quest'ultimo non ha ancora conseguito quel qualcosa che gli è dovuto in virtù del fatto che ha provocato il perimento (si pensi all'indennizzo dell'assicurazione o al risarcimento del danno), allora si avrà una surrogazione personale, poiché il depositante subentrerà al suo posto in tale pretesa. Qualora, invece, l'abbia già conseguito, egli dovrà corrisponderlo in "sostituzione" della cosa originaria²⁰⁶.

In definitiva, il meccanismo surrogatorio si conferma ancora una volta a protezione dell'interesse di colui il quale deve ricevere la prestazione, il cui diritto non diviene impossibile per mancanza di oggetto, in quanto a quest'ultimo si surroga una cosa diversa.

5. Alienazione o perimento della cosa ricevuta indebitamente

Le ipotesi di alienazione dei beni dell'assente, dell'eredità e della cosa depositata da parte dell'erede del depositario sembrano collegate da alcuni elementi comuni. In tutte ricorre, da un lato, l'atto dispositivo di un soggetto non legittimato e, dall'altro, il conseguente obbligo di restituzione non della cosa determinata, bensì del corrispettivo che costui ha ricevuto, se l'alienazione è avvenuta in buona fede. Già ad una prima e superficiale analisi appare chiaro come ci sia un'identità di *ratio* dietro tutti i casi analizzati sino ad ora. Indipendentemente dal loro inquadramento in termini di surrogazione reale, è innegabile che il legislatore abbia voluto disciplinare allo stesso modo fattispecie che, pur presentandosi in ambiti piuttosto diversi, si possono sussumere e ricondurre a un'ipotesi più generale, poiché presentano numerosi punti in comune. Quelle considerate sin qui, tuttavia, sono solo dei casi piuttosto specifici, che il legislatore ha ritenuto di dover disciplinare poiché, evidentemente, all'epoca della nuova codificazione, non vi erano esigenze diverse oppure ulteriori.

²⁰⁶ In giurisprudenza è stato affermato che il depositante subentra nel diritto che spetta al depositario, sia esso di risarcimento verso il terzo che di indennizzo verso l'assicuratore, in quanto l'art. 1780 c.c. deve essere interpretato nel senso di comprendere ogni diritto comunque e a qualsiasi titolo spettante al depositario in relazione alla perdita incolpevole della cosa. Il principio è stato affermato da Cass., 19 luglio 2004, n. 13359, in *Foro it.*, Rep. 2004, voce *Deposito*, n. 5.

I brevi riferimenti storici indicati nelle pagine che precedono dimostrano che, almeno nel particolare ambito in analisi, l'attuale codificazione non ha introdotto novità particolari o grandi stravolgimenti, ma ha sostanzialmente recepito principi elaborati e sviluppatasi nelle epoche precedenti. Anche laddove ha innovato rispetto al Codice Pisanelli – si veda la disciplina della petizione d'eredità e, in particolare, l'art. 535, comma 2, c.c. – il legislatore del tempo ha comunque fornito una risposta a questioni più che note, che in un certo senso erano già state anticipate dalla dottrina. Gli artt. 66, 535, comma 2, e 1776 c.c., dunque, rappresentano tante singole risposte che l'ordinamento dà a un problema senza dubbio più generale, ovvero l'alienazione di una cosa da parte di un soggetto non legittimato.

La fattispecie pone ovviamente questioni interessantissime, a cominciare da quella relativa al perché, se ricorrono determinati presupposti, il terzo acquista validamente tale cosa. Ma questo è un aspetto che non è possibile approfondire in questa sede, poiché occorre piuttosto soffermarsi su un'altra questione, ovvero la sorte del rapporto tra (l'oramai *ex*) proprietario del bene e colui che in buona fede ha ceduto la cosa.

Il codice civile, dopo aver disciplinato almeno tre casi particolari, astrattamente riconducibili alla fattispecie ora considerata, non poteva tralasciare la formulazione di una regola più generale. Difatti, seguendo idealmente l'ordine degli articoli, dopo quelli analizzati in precedenza, ci si imbatte nell'art. 2038 c.c., che disciplina l'alienazione della cosa ricevuta in buona fede. Tale disposizione coincide con le precedenti solo nella sua prima parte, ovvero laddove dispone che chi, avendo ricevuto la *res* in buona fede, l'ha alienata prima di conoscere l'obbligo di restituirla, è tenuto a restituire il corrispettivo conseguito; o che, se questo è ancora dovuto, colui che ha pagato l'indebito subentra nel diritto dell'alienante. Essa prosegue poi specificando cosa accade qualora si tratti di alienazione a titolo gratuito o in mala fede.

L'art. 2038 c.c. non è chiaramente una novità. Come per i casi precedenti, l'obbligo di restituzione della cosa è stato sancito per la prima, a quanto consta, volta in una codificazione dal Codice Napoleone. Si trattava degli artt. 1379 e 1380 c.c. francese, nella loro vecchia formulazione, secondo i quali la cosa va resa in natura, qualora ancora esistente, oppure, in caso di alienazione in buona fede, sotto forma del prezzo della vendita ricevuto

dall'alienante²⁰⁷. Come anche per le altre ipotesi analizzate in precedenza, il principio è passato (immutato) innanzitutto alla legislazione preunitaria²⁰⁸, poi a quella nazionale²⁰⁹.

Va da sé che il pagamento dell'indebitato in generale, in considerazione tanto dell'importanza dell'argomento, quanto dei numerosi studi che vi si sono soffermati, meriterebbe ben altre e approfondite considerazioni, che purtroppo in questa sede non possono essere svolte²¹⁰. L'analisi che segue, dunque, riguarderà il caso in cui l'indebitato consiste nella consegna di una cosa determinata e questa perisce, oppure è venduta, donata o comunque trasferita nella proprietà dall'*accipiens* a un terzo.

Le disposizioni di riferimento, come si diceva, sono gli artt. 2037 e 2038 c.c., che fanno parte del titolo settimo del libro sulle obbligazioni. Esse si occupano del caso in cui l'indebitato consiste non nella corresponsione di una somma di danaro, bensì nella dazione di un bene specifico. Poiché la disciplina

²⁰⁷ L'art. 1380 c.c. francese, in particolare, nella sua formulazione originaria, stabiliva che "si celui qui a reçu de bonne foi, a vendu la chose, il ne doit restituer que le prix de la vente". Come visto in precedenza, il diritto delle obbligazioni è stato recentemente riformato in Francia, per cui il principio contenuto nella disposizione da ultimo citata è ora stabilito dagli artt. 1352 ss. c.c. francese.

²⁰⁸ Le codificazioni preunitarie, per il caso qui in analisi, si sono limitate a tradurre letteralmente l'art. 1380 c.c. francese. Si vedano, difatti, gli artt. 1334 c.c. delle Due Sicilie, 1391 c.c. estense, 1498 c.c. sabaudo e 2083 c.c. parmense. La diretta derivazione della legislazione precedente all'unità d'Italia da quella francese è un fatto ampiamente riconosciuto in dottrina. Si veda per tutti R. NICOLÒ, voce *Codice civile*, in *Enc. del dir.*, VII, Milano, 1960, 240, il quale rileva che i codici suddetti non furono nient'altro che una riproduzione, quasi pedissequa, per molte parti, di quello francese.

²⁰⁹ Anche il Codice Pisanelli si limitò a recepire tale e quale la formulazione del Codice Napoleone. L'art. 1149 c.c. abr. difatti stabiliva che "chi ha venduto la cosa ricevuta in buona fede, non è tenuto che a restituire il prezzo ricavato dalla vendita od a cedere l'azione per conseguirlo".

²¹⁰ Con le problematiche di questo plurisecolare istituto si sono misurati i migliori esponenti della nostra civilistica. I riferimenti che seguono, senza ovviamente voler fornire un elenco esaustivo e completo, sono alle opere di maggior pregio, nella parte in cui si soffermano sulla restituzione di una cosa determinata, o del suo equivalente. Sul punto non si può prescindere dal contributo di P. SIRENA, *La ripetizione dell'indebitato*, in *Diritto civile*, cit., III, I, 489 ss. Si vedano poi: G. ANDREOLI, *La ripetizione dell'indebitato*, Padova, 1940, 175 ss.; P. RESCIGNO, voce *Ripetizione dell'indebitato*, in *Noviss. dig. it.*, XV, Torino, 1968, 1233 ss.; U. BRECCIA, *La ripetizione dell'indebitato*, cit., 406 ss.; E. MOSCATI, *Del pagamento dell'indebitato*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, sub Artt. 2037-2038, Bologna-Roma, 1981, 467 ss.; P. GALLO, voce *Ripetizione dell'indebitato*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, agg. VII, Torino, 2012, 880 ss. L'atto di disposizione del non titolare è stato studiato anche dal versante dell'arricchimento ingiusto. Sul punto, per tutti, R. SACCO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, Torino, 1959, 97 ss.; si vedano inoltre P. TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1962, 117 ss., e P. GALLO, *Arricchimento senza causa e quasi contratti*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, II, *Le fonti delle obbligazioni*, 2ª ed., Milano, 2008, 81 ss.

ivi contenuta presenta alcune particolarità rispetto agli artt. 2033 e 2036 c.c., si può affermare che l'indebito di cosa determinata rappresenta una sorta di "microsistema" all'interno dell'indebito in generale²¹¹. Già dalla semplice lettura della normativa risalta immediatamente una mancanza non trascurabile rispetto agli artt. 2033 e 2036 c.c., ovvero la distinzione tra indebito oggettivo e soggettivo. Il risultato di questa differenza è che la misura dell'obbligazione restitutoria, almeno nel caso qui in analisi, prescinde totalmente dall'esistenza o dall'inesistenza di un rapporto tra il *tradens* e l'*accipiens*, oppure tra il primo e un qualunque altro soggetto²¹². Assume rilevanza, invece, l'atteggiamento psicologico di colui che riceve indebitamente la cosa. Se si tratta di perimento della medesima, egli dovrà corrispondere il valore, qualora sia stato in mala fede; diversamente, non risponderà per la distruzione, se non nei limiti del suo arricchimento (art. 2037 c.c.). Qualora si tratti di alienazione della cosa, l'*accipiens* di buona fede deve rendere il corrispettivo ricevuto; quello di mala fede deve restituire la cosa in natura, oppure corrisponderne il valore (art. 2038 c.c.). Il *quantum* dell'obbligazione di restituzione, dunque, dipende dall'atteggiamento psicologico del soggetto al quale è stato consegnato indebitamente un bene determinato²¹³.

Autorevole dottrina ha individuato cinque modelli in base ai quali costruire l'obbligo di rendere la cosa. Essi si possono riassumere nei seguenti termini: restituzione *i*) in natura, *ii*) integrale per equivalente pecuniario della perdita subita, *iii*) per equivalente pecuniario, nei limiti dell'arricchimento conseguito, *iv*) per equivalente pecuniario nei limiti del minor valore tra lucro e perdita, *v*) per equivalente pecuniario in misura pari al maggior valore tra lucro conseguito e perdita subita²¹⁴.

²¹¹ Non a caso, l'indebito di cosa determinata è generalmente oggetto di una trattazione separata nelle opere che s'occupano dell'argomento. Si vedano, ad esempio, gli Autori citati alla nota precedente.

²¹² Gli artt. 2037 e 2038 c.c., difatti, si applicano tanto all'indebito oggettivo quanto all'indebito soggettivo. Per tutti, E. MOSCATI, *Del pagamento dell'indebito*, cit. 468.

²¹³ Sul punto si può rilevare una differenza con il Codice Pisanelli. Gli artt. 2037 e 2038 c.c. equiparano all'*accipiens* di mala fede quello che è venuto a conoscenza dell'obbligo di restituire la cosa. Gli artt. 1148 e 1149 c.c. abr., invece, si limitavano a distinguere solo la buona o mala fede del soggetto. L'innovazione contenuta nell'attuale codice è frutto di numerosi dibattiti sviluppatasi sotto la vigenza del precedente.

²¹⁴ P. GALLO, *Arricchimento senza causa e quasi contratti*, cit., 27 ss., identifica nei cinque modelli di restituzione riferiti quelli principali, dovendosi comunque precisare che ciascuno può essere ulteriormente specificato o suddiviso in varie sottospecie.

Gli artt. 2037 e 2038 c.c. farebbero applicazione di alcuni dei suddetti modelli, a seconda però della concreta situazione che si presenta. Innanzitutto, difatti, è sempre da preferire la restituzione in natura, laddove ovviamente possibile. Nel caso di perimento della *res*, anche per caso fortuito, se l'accipiente era in mala fede dovrà restituire quanto *sub ii*); se in buona fede, anche qualora l'evento dipenda dal fatto proprio, invece, quanto *sub iii*). Nel caso di alienazione, occorre distinguere allo stesso modo. Se l'*accipiens* non era a conoscenza di aver ricevuto la cosa indebitamente, dovrà rendere solo il corrispettivo ricevuto *sub iii*). Più articolato il caso in cui era consapevole che trattavasi di indebito. Qui l'art. 2038 c.c. prospetta un'alternativa al *solvens*, in quanto gli consente di scegliere se domandare il valore del bene, oppure il corrispettivo conseguito con la cessione al terzo²¹⁵. L'ammontare dell'obbligazione restitutoria dipende perciò dallo stato nel quale si trova chi riceve la cosa indebita. La possibile variazione del *quantum* potrebbe stare a significare che la cosa originaria non è sempre rappresentata dai possibili "sostituti" allo stesso modo, giacché talvolta ad essa subentra il suo valore, talaltra il corrispettivo al quale è stata venduta. È evidente la diversità tra questi due elementi, ben potendo essere il primo superiore al secondo e viceversa.

Dopo aver sommariamente riassunto le alternative disciplinate dalle disposizioni in analisi, è il momento di soffermarsi sul rapporto che intercorre tra colui che ha pagato l'indebito e colui che l'ha ricevuto.

I casi che si possono prospettare sono ovviamente innumerevoli, ma si può affermare che il problema del perimento o dell'alienazione della cosa sorge principalmente in relazione alla declaratoria di nullità del contratto²¹⁶,

²¹⁵ Le alternative prospettate sono efficacemente rappresentate da P. GALLO, *Arricchimento senza causa e quasi contratti*, cit., 144 ss. Come osserva P. RESCIGNO, voce *Ripetizione dell'indebito*, cit., 1236, il *solvens* pretenderà dall'*accipiens* il corrispettivo anziché il valore quando il primo supera il secondo. È evidente in questo caso la volontà del legislatore di impedire all'alienante in mala fede di approfittare in qualunque modo del fatto illecito che ha commesso. Cfr. ancora P. GALLO, *Arricchimento senza causa e quasi contratti*, cit., 146 ss.

²¹⁶ Per un recente caso relativo a un contratto preliminare di compravendita di un immobile, si veda Cass., 23 luglio 2014, n. 16757, in *Foro it.*, Rep. 2014, voce *Contratto in genere*, n. 375, secondo cui in mancanza di una *causa adquirendi* per l'accertata incommerciabilità del bene promesso in vendita - si trattava di della realizzazione di un manufatto su terreno demaniale - la declaratoria di nullità del contratto preliminare per violazione di norme imperative, della quale entrambi i contraenti siano stati partecipi, comporta l'accoglimento delle richieste del venditore di restituzione del bene e di pagamento dell'indennizzo per la diminuzione di valore dell'immobile (nella specie, a causa di un incendio fortuitamente divampato), quando era nella disponibilità del promissario acquirente, mentre non spetta

oppure alla sua risoluzione per inadempimento²¹⁷. In generale, dunque, quando l'attribuzione era, per dir così, originariamente fondata su un determinato rapporto contrattuale, il quale è venuto meno e occorre ripristinare la situazione precedente. Non è comunque da escludere che si possano verificare altre ipotesi²¹⁸.

In dottrina è diffusa la distinzione tra la concezione "reale" e quella "patrimoniale" dell'arricchimento. Secondo la prima accezione, si stabilisce una diretta corrispondenza tra cosa e arricchimento stesso, poiché quest'ultimo consiste e si identifica proprio con la cosa ricevuta. Da questo rapporto diretto che si instaura tra gli elementi qui considerati discendono alcune conseguenze. Nel caso più semplice, ovvero la restituzione della cosa ancora nella disponibilità dell'*accipiens*, costui dovrà ovviamente renderla in natura. Se si verifica il perimento, egli sarà senz'altro liberato: venuta meno la cosa, nulla è più dovuto. Se, invece, si verifica la fuoriuscita del bene dal patrimonio del percipiente, magari in ragione della sua alienazione o espropriazione, ed egli riceve un corrispettivo in ragione di ciò, quest'ultimo si sostituirà alla cosa dovuta in origine. Nella concezione c.d. reale, dunque, si stabilisce un'esatta corrispondenza tra arricchimento e obbligo di restituzione, per cui o si rende il bene medesimo, o quanto lo rappresenta²¹⁹.

alcun compenso per l'uso che della cosa abbia fatto quest'ultimo nel medesimo arco di tempo. Per un ulteriore

²¹⁷ Secondo Cass., 25 agosto 2014, n. 18185, in *Foro it.*, Rep. 2014, voce *Indebito*, n. 6, in caso di risoluzione per inadempimento del vincolo contrattuale, il venir meno della *causa adquirendi* comporta l'obbligo di restituzione di quanto prestato in esecuzione del contratto medesimo, secondo le regole dell'indebito oggettivo, sicché, ove si verta nel caso di restituzione di una cosa determinata della quale sia impossibile la riconsegna, l'obbligo dell'*accipiens* risulta disciplinato dall'art. 2037 c.c., sicché, qualora sia in malafede nel ricevere o trattenere il bene, è tenuto a corrispondere il controvalore, mentre, nell'opposta situazione di buona fede, è obbligato nei soli limiti del suo arricchimento.

²¹⁸ Si segnala il caso deciso da Trib. Milano, 2 dicembre 2013, in *Foro it.*, 2014, I, 1629, relativo all'esecuzione da parte di un meccanico di lavori non pattuiti con il cliente su un'autovettura. Si è fatto frequente ricorso alla disciplina dell'indebito anche in caso di accordi di cessione nell'ambito di procedure di espropriazione per pubblico interesse, successivamente dichiarati nulli. Per un esempio si veda Cass., 17 aprile 1993, n. 4553, in *Foro it.*, 1994, I, 1752. Ma si veda altresì Cass., 17 giugno 1982, in *Foro it.*, 1983, I, 1359, con nota di F. MACARIO.

²¹⁹ In Italia, l'elaborazione della distinzione qui riportata si attribuisce generalmente a P. TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, cit., 118 ss. L'illustre Autore richiama una teoria già elaborata in Germania pochi anni prima da W. FLUME, *Der Wegfall der Bereicherung in der Entwicklung vom römischen zum geltenden Rech*, in *Festschrift für Hans Niedermeyer zum 70*, Göttingen, 1953, 103 ss.

Differente è invece la concezione c.d. patrimoniale. Essa si discosta dalla precedente, in quanto non si riferisce alla *res* oppure ai suoi surrogati, bensì alla ripercussione che l'arricchimento ha sul patrimonio dell'arricchito. In altri termini, alla differenza tra la consistenza del patrimonio quale risultato del fatto che ha prodotto l'accrescimento di quest'ultimo e quella che avrebbe avuto se non vi fosse stato alcun arricchimento²²⁰.

Il legislatore, agli artt. 2037 ss. c.c., non ha accolto nettamente l'una o l'altra concezione, bensì ha previsto entrambe, a seconda però della situazione che si verifica. In breve, vige presso di noi un sistema che è stato definito "misto"²²¹. Senza dubbio, quando l'indebito consiste nella consegna di una cosa determinata - ipotesi disciplinata dall'art. 2037, comma 1, c.c. -, il *solvens* ha diritto a recuperare esattamente la medesima e non, salvo eventi particolari (alienazione, perimento, espropriazione, ecc.), l'equivalente, o la differenza nel patrimonio dell'*accipiens* nei termini appena visti. Si verifica qui la concezione reale, per dir così, puramente e semplicemente. Essa si realizza altresì se la cosa va distrutta e l'accipiente era in mala fede: l'art. 2037, comma 2, c.c. gli impone di corrisponderla sotto forma del valore.

La preferenza per la restituzione in natura è accolta anche dalla codificazione germanica. La disposizione di riferimento è il § 818, comma 2, BGB, a norma del quale se la restituzione non è possibile a causa della natura dell'arricchimento, o l'arricchito non può comunque provvedere alla riconsegna, egli dovrà rendere il valore²²². Dalla formulazione si ricava, *a contrario*, che se invece si può procedere alla restituzione in natura questa è sicuramente la soluzione principale. Il secondo comma si applicherà, evidentemente, anche al percipiente di mala fede, considerato che non viene fatta alcuna distinzione in base all'atteggiamento psicologico²²³.

Più esplicito è il Codice Napoleone. Il nuovo art. 1352 c.c. francese stabilisce che "la restitution d'une chose autre que d'une somme d'argent a lieu en nature ou, lorsque cela est impossible, en valeur, estimée au jour de la restitution". Come si legge, va resa la cosa determinata, oppure, in caso di

²²⁰ Cfr. ancora P. TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, cit., 119. Nella concezione c.d. patrimoniale, dunque, l'arricchimento "risulterà [...] da un saldo fra voci attive e voci passive".

²²¹ La definizione è di E. MOSCATI, *Del pagamento dell'indebito*, cit., 479.

²²² Il comma terzo del § 818 BGB specifica però che il rimborso del valore, così come la restituzione, è escluso se l'arricchimento è venuto meno presso chi l'aveva conseguito.

²²³ Si veda però E. MOSCATI, *Del pagamento dell'indebito*, cit., 478, nota 5, secondo il quale l'*accipiens* di mala fede è obbligato in ogni caso al risarcimento del danno.

impossibilità, il valore. Per l'ipotesi della mala fede in capo al ricevente, a norma dell'art. 1352-1 c.c. francese, egli "répond des dégradations et détériorations qui en ont diminué la valeur"; risponde, cioè, del valore, poiché la restituzione avviene in questo modo, se non è possibile in natura²²⁴.

Quanto alla penisola iberica, l'art. 1895 c.c. spagnolo - con una formulazione più simile a quella dell'art. 2037 c.c. - prevede che "cuando se recibe alguna cosa que no había derecho a cobrar, y que por error ha sido indebidamente entregada, surge la obligación de restituirla". Come per l'Italia, la Germania e la Francia, se ricorre la mala fede, l'*accipiens*, secondo il disposto dell'art. 1896 c.c. spagnolo, "responderá de los menoscabos que la cosa haya sufrido por cualquier causa". Il *Código civil*, tuttavia, non specifica espressamente se deve essere corrisposto il valore, ma in dottrina si ritiene pacificamente che questo sia il parametro per quantificare l'ammontare dell'obbligazione restitutoria²²⁵.

I codici civili più rappresentativi dell'Europa continentale, dunque, si presentano, sotto il profilo qui esaminato, omogenei, in quanto sembrano tutti accogliere la concezione reale dell'arricchimento, nel caso in cui si tratti di una cosa determinata ancora disponibile, oppure di perimento della medesima, quando il ricevente era in mala fede. La concezione ora richiamata, tuttavia, non è l'unica astrattamente configurabile. Relativamente all'Italia, si è già detto che in taluni casi il legislatore ha optato anche l'altro possibile modello, ovvero quello c.d. patrimoniale.

²²⁴ Come visto, gli art. 1352 ss. c.c. francese sono stati introdotti con l'*ordonnance* n. 2016-131, nell'ambito di una più ampia riforma del diritto delle obbligazioni. Sebbene presentino numerose novità, in realtà essi hanno riformulato, tra le altre cose, un principio già contenuto nel Codice Napoleone all'art. 1380, nella sua formulazione originaria (anch'esso oggi emendato). La dottrina formatasi sotto la precedente disciplina, dunque, non essendo intervenuti mutamenti radicali, è ancora valida. Tengono conto della nuova riforma P. MALAURIE, A. LAURENT, P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, Parigi, 2017, 605 ss.; si vedano, poi, M. FABRE-MAGAN, *Les obligations*, Parigi, 2004, 956 ss., e M. MALAURIE, *Les restitutions en droit civil*, Parigi, 1991.

²²⁵ Questa è anche la soluzione più ragionevole, come osserva S. TAMAYO HAYA, *sub* art. 1896, in *Código civil comentado*, diretto da A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno e R. Valpuesta Fernández, IV, Madrid, 2016, 1347. L'Austria, inoltre, specifica che nel caso in cui tra la consegna e il perimento la cosa abbia subito un aumento di valore, il percipiente dovrà restituire il valore aumentato, poiché, altrimenti, il *solvens* soffrirebbe un danno, consistente nel non potersi giovare di detto aumento, a causa del fatto che il primo non ha adempiuto la riconsegna del bene in natura. In dottrina si sono occupati dell'argomento anche: C. LASARTE, *Principios de derecho civil*, II, *Derecho de obligaciones*, 20ª ed., Madrid, 2016, 265 ss. M. ALBALADEJO GARCÍA, *Pago de lo indebido*, in *Revista de derecho privado*, 2007, 5 ss., L. DÍEZ PICAZO, A. GULLÓN, *Sistema de derecho civil*, 9ª ed., II, Madrid, 2001, 530 ss.

Rimanendo sempre nel caso del perimento del bene, il quadro muta se il soggetto che l'ha ricevuto era in buona fede. L'art. 2037, comma 3, c.c. lo solleva dalle conseguenze della distruzione, o del semplice deterioramento, ancorché dipenda da fatto proprio, se non nei limiti del suo arricchimento. Si ha innanzitutto l'esclusione del rischio in analisi rispetto al percipiente; ciò vale anche nel caso in cui costui abbia provocato l'estinzione della cosa per consumazione o, più in generale, per una qualunque sua trasformazione.

L'attuale configurazione della fattispecie ha indotto la dottrina a ritenere che il legislatore non abbia accolto completamente la concezione reale. Diversamente, le conseguenze della distruzione sarebbero state interamente a carico del *solvens*; ma così non è. L'obbligo di restituire solo il vantaggio economico eventualmente conseguito, difatti, risponde più alla concezione patrimoniale dell'arricchimento, giacché non si ha riguardo al bene in sé e per sé, oppure ai suoi sostituti, e, in generale alle vicende che lo riguardano, bensì alle conseguenze che l'indebito provoca nel patrimonio del ricevente²²⁶.

In Germania sembra vigere un sistema più vicino alla concezione reale, anche se non del tutto. Se la cosa perisce presso colui che l'ha (indebitamente) ricevuta in buona fede, il § 818, comma 2, BGB gli impone la restituzione del valore. Tuttavia, il successivo comma 3 aggiunge che tale obbligazione è esclusa se l'arricchimento è venuto meno in capo a chi l'aveva conseguito.

Ancora più vicino alla concezione reale, per dir così, sembra il sistema francese. Colui che riceve una cosa, come visto, risponde del deterioramento o della distruzione, ma l'art. 1352-1, nella sua ultima parte, aggiunge "à moins qu'il ne soit de bonne foi et que celles-ci ne soient pas dues à sa faute".

Il perimento, dunque, se ricorre la buona fede e non è dovuto a fatto proprio del possessore, è interamente a carico del *solvens*, che sopporterà le conseguenze dell'evento. Si ricordi che l'art. 2037, comma 3, c.c., esclude la responsabilità anche nel caso di fatto proprio dell'*accipiens*. Questa pare una differenza significativa tra il nostro sistema e quello francese.

²²⁶ Questo è il pensiero di P. TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, cit., 117 ss., al quale aderisce E. MOSCATI, *Del pagamento dell'indebito*, cit., 480 ss. Il secondo Autore aggiunge anche che chi abbia ricevuto in buona fede la cosa non è tenuto a restituire l'arricchimento superiore al valore della medesima. Difatti, se costui fosse obbligato a rendere l'arricchimento che superi detto valore, sarebbe paradossalmente esposto a una responsabilità maggiore di colui che si trovava in mala fede, il quale, a norma dell'art. 2037, comma 2, c.c., in caso di perimento deve restituire solo il valore della cosa.

Il sistema spagnolo, invece, presenta i tratti caratteristici dell'italiano. L'art. 1897 c.c. spagnolo afferma innanzitutto che "el que de buena fe hubiera aceptado un pago indebido de cosa cierta y determinada, sólo responderá de las desmejoras o pérdidas de ésta y de sus accesiones"; ma prosegue "en cuanto por ellas se hubiese enriquecido". Come accade presso di noi, dunque, la responsabilità del percipiente sussiste solo nel caso in cui, per un qualunque evento riguardante la cosa, egli abbia ricevuto un arricchimento.

I brevi riferimenti che precedono dimostrano che, salvo alcune sfumature, i codici civili di Francia e Spagna, al pari del nostro, distinguono il perimento della cosa consegnata indebitamente in relazione all'atteggiamento psicologico di colui che la riceve. In ogni caso, è sempre previsto, per dir così, un "sostituto" sul quale il legittimo proprietario può rifarsi. Questo sarà costituito dal valore del bene, se chi l'ha ricevuto era in mala fede, oppure dall'arricchimento conseguito, nei limiti di cui si è detto, se era in buona fede.

Prima di verificare se i meccanismi qui considerati (perimento e consumazione) possono essere effettivamente inquadrati nella surrogazione reale, è opportuno soffermarsi su un altro caso, non meno importante, come quello dell'alienazione del bene.

L'ipotesi è presa in considerazione dall'art. 2038 c.c., il quale distingue, al comma 1, la buona fede e, al comma 2, la mala fede dell'accipiente. Colui che riceve indebitamente la cosa in mala fede deve innanzitutto ricuperarla per renderla esattamente al *solvens*; oppure potrà corrispondere il suo valore. L'art. 2038, comma 2, c.c. sembrerebbe stabilire una vera e propria opzione. Un'autorevole voce della nostra civilistica, facendo leva sul dato letterale della disposizione, ritiene infatti che si tratti di un'obbligazione alternativa²²⁷. Come si vede, ricorre qui la concezione c.d. reale dell'arricchimento, poiché oggetto della restituzione è in ogni caso la cosa originaria, o il suo valore.

²²⁷ Ritiene P. RESCIGNO, *op. loc. cit.* che, qualora il *solvens* non esiga il corrispettivo, facoltà che gli è accordata dall'art. 2038, comma 2, seconda parte, c.c., resta a carico dell'*accipiens* l'obbligazione alternativa di restituire la cosa o il valore. *Contra* E. MOSCATI, *Del pagamento dell'indebito*, cit., 483, secondo il quale fintantoché è possibile ricuperare il bene in natura tale soluzione è da preferire, per cui chi ha ricevuto l'indebito non può liberarsi qualora si limiti solo a versare l'equivalente pecuniario del bene. Aderisce a questa ricostruzione anche U. BRECCIA, *La ripetizione dell'indebito*, cit., 415. Più sfumata la posizione di P. GALLO, *Arricchimento senza causa e quasi contratti*, cit., 147, il quale si limita solo a riportare l'alternativa che si presenta all'accipiente, senza specificare se ci sia un rapporto di sussidiarietà tra consegna dell'esatta cosa o del valore.

Sul punto i codici civili di Germania, Francia e Spagna prevedono tutti la medesima soluzione: colui che era in mala fede dovrà rendere il bene, oppure il suo equivalente pecuniario²²⁸.

Un ritorno della concezione c.d. patrimoniale, invece, anche se non completamente, si ha nel caso di alienazione in buona fede²²⁹. Qui il contenuto dell'obbligo di restituzione è costituito dal corrispettivo ricevuto (art. 2038, comma 1, c.c.), da un elemento, cioè, non necessariamente corrispondente al valore della *res*, tanto in positivo, quanto in negativo.

La soluzione della corresponsione del prezzo, anziché del valore, per il caso in analisi, è diffusa anche negli altri sistemi europei più rappresentativi. In Germania, a norma del § 816, comma 1, BGB, chi dispone, senza essere legittimato, di un bene con un atto efficace nei confronti di chi lo sarebbe stato, è tenuto a restituire a quest'ultimo ciò che ha conseguito, ovvero il corrispettivo. Parimenti in Francia, dove, in virtù del già richiamato art. 1352-2, egli "ne doit restituer que le prix de la vente". L'art. 1897 *Código civil* non si discosta dai precedenti: chi ha ricevuto la cosa indebita in buona fede "si la hubiese enajenado, restituirá el precio o cederá la acción para hacerlo efectivo".

Si ritiene generalmente che il percipiente possa dedurre da quanto deve rendere a colui che ha pagato l'indebitato tutto ciò che costituisce un miglioramento apportato alla cosa o una "spesa", comprese quelle, ad esempio, relative all'esecuzione del contratto con il quale la medesima è stata alienata²³⁰. Per questa ragione, non potendosi ravvisare un'esatta corrispondenza ed equivalenza tra il *quantum* da restituire e la cosa originaria,

²²⁸ Per la Germania si veda ancora il § 818, comma 2, BGB, a norma del quale se l'arricchito non può provvedere alla restituzione - per esempio in seguito all'alienazione - dovrà rimborsare il valore. In Francia occorre guardare all'art. 1352-2, per cui chi ha venduto in mala fede la cosa è obbligato a rendere il valore, ma solo se superiore al prezzo di vendita. Per la Spagna, infine, l'art. 1896 c.c. spagnolo regola solo il caso dell'alienante in buona fede, obbligato alla restituzione del prezzo; per la mala fede, invece, sebbene manchi appunto una previsione specifica, generalmente si ritiene che vada riconsegnato il valore (Cfr. C. LASARTE, *Principios de derecho civil*, II, cit., 265 ss.).

²²⁹ Secondo U. BRECCIA, *La ripetizione dell'indebitato*, cit., 412 ss., spec. 413, testo e nota 18, il credito del *solvens* deve essere valutato alla luce appunto della concezione patrimoniale dell'arricchimento.

²³⁰ P. TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, cit., 126 ss., annovera tra quelle detraibili dalla somma da rendere al *solvens* le spese per il trasporto, le imposte, l'organizzazione della vendita, il compenso per l'agente, il commissionario o il mediatore e persino il compenso per l'attività svolta dall'alienante medesimo, se economicamente valutabile. Nello stesso senso E. MOSCATI, *Pagamento dell'indebitato*, cit., 488.

si preferisce collocare l'alienazione della *res indebita* in buona fede nella concezione patrimoniale dell'arricchimento.

5.1. Obbligo di restituire il valore oppure il corrispettivo

Nelle pagine che precedono si è visto come, in base al disposto degli artt. 2037 e 2038 c.c., a seconda della buona o mala fede del soggetto che riceve indebitamente la cosa, egli è tenuto a corrispondere, rispettivamente, il corrispettivo ricevuto in seguito all'alienazione oppure il valore della medesima. In entrambi i casi, il diritto alla restituzione non si estingue puramente e semplicemente al verificarsi degli eventi contemplati dalle richiamate disposizioni – acquisto da parte del terzo o perimento – bensì esso prosegue, per dir così, su uno dei suddetti elementi. Per questa ragione, considerato che alla cosa non più recuperabile si sostituisce una somma di danaro, si potrebbe ipotizzare nell'ipotesi in analisi un caso di surrogazione reale.

Si ricordi che l'art. 2038 c.c., secondo quella che pare l'opinione prevalente, può essere considerato come una generalizzazione di altre previsioni più specifiche, ovvero gli artt. 66, 535, comma 2, e 1776 c.c., già analizzati in precedenza²³¹.

Relativamente all'indebito di cosa determinata, in considerazione della sua maggiore importanza, anche applicativa, rispetto agli altri casi più particolari, si riscontrano numerosi contributi che hanno analizzato la fattispecie, tra i quali diversi hanno ammesso la possibilità che qui si realizzi una surrogazione reale. Occorre però vagliare le singole ipotesi prospettabili.

Movendo dal caso più semplice, ovvero l'alienazione in buona fede della cosa indebita, non si può non considerare l'opinione della più autorevole voce della nostra civilistica, secondo la quale opera il meccanismo surrogatorio nel caso in cui l'*accipiens* aliena a titolo oneroso il bene (art. 2038, comma 1, c.c.): in particolare, l'oggetto dell'obbligo di restituire l'indebito subisce un mutamento, poiché passa appunto dalla cosa al corrispettivo²³². Questa

²³¹ Per tutti si segnala ancora U. BRECCIA, *La ripetizione dell'indebito*, cit., 59. Ravvisa un collegamento anche P. SCHLESINGER, voce *Arricchimento (azione di)*, in *Noviss. dig. it.*, I, 2, Torino, 1958, 1009. Entrambi gli Autori non richiamano l'art. 66 c.c., ma, in considerazione delle numerose similitudini con le altre disposizioni, si può includere in tale gruppo il caso del ritorno del morto presunto.

²³² Il riferimento è alle illuminanti parole di P. RESCIGNO, voce *Ripetizione dell'indebito*, cit., 1235. Per chiarezza si ritiene necessario riportare un passaggio del Maestro: l'*accipiens*, "se

impostazione è stata successivamente accolta da un altro esponente della nostra dottrina, il quale ha convenuto sul fatto che, nel momento in cui alla cosa dovuta originariamente si sostituisce il prezzo, si realizza una surrogazione reale²³³.

Gli Autori appena richiamati, sebbene abbiano analizzato tutte le ipotesi prospettabili nell'indebito di cosa determinata, ravvisano il meccanismo surrogatorio solo in relazione a quella riferita pocanzi. Tuttavia, in considerazione del fatto che anche negli altri casi l'oggetto dell'obbligazione muta nel valore del bene (artt. 2037, comma 2, e 2038, comma 2, c.c.), o nella somma corrispondente all'arricchimento (art. 2037, comma 3, c.c.), si potrebbe ragionevolmente ritenere che in esse si verifichi, allo stesso modo, una surrogazione reale²³⁴. D'altra parte, si ha sempre una successione del *pretium*, o del valore, alla *res*.

Con riferimento al trasferimento avvenuto in mala fede, il *tradens* dovrà rendere, stando almeno alla lettera dell'art. 2038, comma 2, c.c., alternativamente la cosa in natura o il suo valore. La seconda parte della disposizione aggiunge però che il *solvens* può operare una scelta, ovvero pretendere il corrispettivo dell'alienazione (quando superiore al valore, evidentemente). Ciò significa che il contenuto dell'obbligo di restituzione è subordinato, per dir così, al volere di quest'ultimo soggetto, al quale si presenta un'alternativa: pretendere l'equivalente monetario del bene, o il

ha alienato la cosa a titolo oneroso prima di conoscere l'obbligo di restituirla, è tenuto alla restituzione del corrispettivo conseguito: si verifica una ipotesi di surrogazione reale, sostituendosi alla cosa il prezzo come oggetto dell'obbligazione di restituire l'indebito". Tuttavia, non si può non tenere conto di una voce altrettanto autorevole, ossia P. SIRENA, *La gestione di affari altrui*, Torino, 1999, 119 ss., secondo il quale la ricostruzione in termini di surrogazione reale non sarebbe soddisfacente, poiché l'alienante è tenuto a restituire, oltre al valore oggettivo e attuale della *res*, anche il profitto netto dell'operazione, ma quest'ultimo non può essere considerato come un surrogato della cosa, in quanto è il prodotto dell'iniziativa dell'alienante medesimo.

²³³ E. MOSCATI, *Del pagamento dell'indebito*, cit., 478; egli, tuttavia, alle pagine 486 ss., esprime qualche perplessità sul fatto che il corrispettivo rappresenti *sic et simpliciter* il surrogato della cosa, poiché, secondo la sua opinione, esso deve essere restituito al netto delle eventuali spese sostenute dall'*accipiens*. Di conseguenza, il prezzo rappresenterebbe piuttosto l'arricchimento effettivamente conseguito dal percipiente. Come si vedrà più avanti, l'Autore, in un'opera più recente, sembrerebbe aver abbandonato la tesi della surrogazione reale: si veda infatti *infra* nota 242. Nella dottrina tedesca si veda W. FLUME, *Der Wegfall der Bereicherung in der Entwicklung vom römischen zum geltenden Rech*, cit., 129.

²³⁴ L'opinione dell'illustre Autore è rimasta costante negli anni. Anche in opere successive, egli ha continuato ad affermare che nel caso dell'art. 2038 c.c. – senza operare distinzioni – si verifica la surrogazione reale: P. RESCIGNO, voce *Obbligazioni (nozioni)*, cit., 200 ss.; e ID., *Manuale di diritto privato*, cit., 224.

prezzo dell'alienazione, ma non anche la cosa specifica, poiché in questo caso la legge pare rimettere al percipiente l'opzione di decidere (costui "è obbligato a restituirla in natura o a corrisponderne il valore"). Se il *solvens* non si esprime per l'uno o per l'altro, sarà allora l'*accipiens* a poter scegliere se procedere alla restituzione in natura o per equivalente²³⁵. Qualora, invece, la cosa perisca, anche per caso fortuito, il percipiente in mala fede dovrà rendere il valore (art. 2037, comma 2, c.c.); quello in buona fede, solo la somma pari al proprio arricchimento, ancorché abbia causato lui l'evento (comma 3).

Sin qui, eccetto il caso in cui il bene possa essere restituito esattamente, gli elementi in analisi "rappresentano" tutti, almeno in gran parte, la cosa oramai acquistata dal terzo o non più esistente. Il diritto consistente nella restituzione sembra subire perciò un mutamento nel suo contenuto, poiché consisterà in seguito a tale vento in una pretesa pecuniaria, il cui ammontare²³⁶, come appena visto, varia a seconda delle circostanze.

Per il caso di trasferimento a titolo gratuito, occorre distinguere. Il comma 1 dell'art. 2038 c.c. pone l'obbligo di restituzione in capo al terzo, ma sempre nei limiti dell'arricchimento conseguito. Non sembrerebbe realizzarsi, in questo caso, una surrogazione reale, giacché il rapporto tra l'*accipiens* in buona fede e il *solvens* non prosegue su alcun nuovo oggetto, potendosi quest'ultimo rivolgere direttamente al terzo. Parimenti si deve ritenere per il trasferimento gratuito in mala fede, quando "l'alienante sia stato inutilmente escusso" (art. 2038, comma 2, ultima parte, c.c.), poiché, anche qui, chi ha pagato l'indebito può agire contro il terzo.

Non sembra perciò del tutto condivisibile l'opinione di chi ha ravvisato una surrogazione reale nelle ipotesi appena illustrate, in virtù del fatto che si avrebbe il subentro del danaro alla cosa, nell'ambito del medesimo rapporto giuridico²³⁷. Non sembra difatti possibile affermare che il terzo faccia parte di

²³⁵ Sembra perciò più convincente l'opinione di P. RESCIGNO, voce *Ripetizione dell'indebito*, cit. 1236, che discorre di obbligazione alternativa per l'*accipiens*, che potrà scegliere se rendere la cosa oppure il valore, rispetto a quella di E. MOSCATI, *Del pagamento dell'indebito*, cit., 483 ss., il quale invece ritiene che la restituzione in natura sia sempre da preferire fintantoché possibile.

²³⁶ Si esprime in questi termini, ravviando nel caso in analisi un'ipotesi di surrogazione reale, M. ESU, voce *Surrogazione reale*, cit., 7; Nello stesso senso L.V. MOSCARINI, voce *Surrogazione reale*, cit., 972.

²³⁷ Secondo L.V. MOSCARINI, *op. loc. cit.*, in tutti i casi di alienazione della cosa a titolo gratuito si realizza il meccanismo surrogatorio, poiché una somma di danaro si sostituisce alla cosa, nell'ambito di quello che - in senso descrittivo, specifica l'Autore - deve considerarsi il medesimo rapporto giuridico.

quest'ultimo, nemmeno in senso descrittivo, come affermato da chi ha sostenuto la tesi in esame, giacché egli è del tutto estraneo al precedente rapporto tra *solvens* e *accipiens* nell'ambito del quale s'è verificato l'indebito, venendo in rilievo solo nel momento in cui è chiamato a restituire l'eventuale arricchimento, talvolta, come nel caso della mala fede, persino in via subordinata rispetto al percipiente. Il meccanismo surrogatorio, che nella specie andrebbe individuato nella permanenza del medesimo rapporto su un bene diverso, si realizza invece in seguito alla restituzione del suo valore da parte di chi l'ha in mala fede ceduto gratuitamente.

Come si è avuto modo di notare in precedenza, uno dei principali sostenitori della surrogazione reale per i casi in analisi, in un'opera più recente, sembrerebbe aver mutato opinione. Secondo il pensiero di questo illustre Autore, l'art. 2038 c.c., al pari di tutte le sue sottospecie (artt. 66, 535, comma 2, e 1780, comma 2), non sarebbe nient'altro che una riproduzione del principio di cui all'art. 1259 c.c., operante nei casi in cui l'obbligo di restituire una cosa determinata sia divenuto impossibile²³⁸. Si tratterebbe, dunque, non di un mutamento dell'oggetto dell'obbligazione, bensì di una successione nel lato attivo del rapporto obbligatorio, laddove il creditore, *ex art. 1259 c.c.*, subentra nel diritto che il debitore ha verso il terzo in dipendenza del fatto che ha causato l'impossibilità. La tesi appena esposta pare condivisibile solo in parte, ovvero laddove il prezzo non sia stato ancora pagato. Qui, effettivamente, il *solvens* si sostituisce all'*accipiens* nella pretesa del corrispettivo nei confronti del terzo, per cui è senza dubbio corretto discorrere di mutamento nel lato soggettivo del rapporto²³⁹. Negli artt. 535, comma 2, 1776 e 2038 c.c., difatti, per questo caso in particolare, si stabilisce che il l'erede, o il *solvens*, "subentra" nel diritto a conseguire il prezzo, evidentemente nei confronti del terzo acquirente. Tuttavia, se quest'ultimo ha pagato il corrispettivo, non risulta ben chiaro come possa realizzarsi una successione nel lato attivo del rapporto obbligatorio, visto che il *solvens* nulla può vantare contro di lui, ma solo pretendere una cosa diversa (il prezzo) dallo stesso soggetto (l'*accipiens*) verso il quale prima poteva rivendicare in natura il proprio bene.

²³⁸ Si tratta di E. MOSCATI, *La disciplina generale delle obbligazioni*, cit., 356

²³⁹ Almeno in questa parte, E. MOSCATI, *op. loc. cit.*, sembra riprendere il pensiero già espresso a suo tempo da O. BUCCISANO, *La surrogazione per pagamento*, cit., 112, il quale discorreva di surrogazione personale nella titolarità di un diritto altrui, avendo però cura di specificare che si riferiva a quelle parti degli artt. 66 e 535 c.c. in cui si stabilisce il subentro del creditore nel diritto a pretendere (dal terzo) il prezzo o il corrispettivo, se ancora dovuti.

Rimane da verificare, poi, se effettivamente si realizzi un'impossibilità sopravvenuta della prestazione (di restituzione), nel caso di trasferimento della cosa altrui, come vorrebbe la tesi in discorso. Anche questo aspetto, come peraltro osservato recentemente²⁴⁰, non risulta del tutto condivisibile, giacché lo stesso Autore al quale si deve la sua formulazione in altra occasione ha rilevato come l'obbligo di restituzione in natura non si estingua quando trattasi di alienazione in mala fede, poiché l'*accipiens* sarebbe tenuto a rendere l'esatto bene²⁴¹. Tra le due ricostruzioni elaborate dallo stesso Autore, dunque, benché anche quella più recente sia stata elegantemente formulata e presenti senza dubbio spunti interessanti, pare preferibile accogliere la prima, ovvero quella che ricostruisce il fenomeno in analisi in termini di surrogazione reale.

Riassumendo, dunque, se la cosa esce dal patrimonio del percipiente e costui riceve un corrispettivo al suo posto, quest'ultimo la sostituisce, dando luogo al meccanismo surrogatorio; anche qualora non si tratti del corrispettivo, ma, ad esempio, del risarcimento del danno, oppure di un altro bene, si avrebbe allo stesso modo un'applicazione del medesimo meccanismo²⁴².

In linea generale si può affermare che il modello restitutorio delineato dal sistema italiano è simile a quello vigente in Francia e in Spagna. Anche qui vige, per dir così, una *summa divisio* tra atti dispositivi in buona o in mala fede, dalla quale dipende l'entità dell'obbligo di restituzione. Il *solvens*, ignaro dell'indebito, che si libera a titolo oneroso della cosa, deve restituire solo il prezzo ricevuto (art. 1897, ultima parte, c.c. spagnolo e art. 1352-2, comma 1, c.c. francese). Colui, invece, che ne era conoscenza, dovrà, a norma dell'art. 1352-2, comma 2, c.c. francese, rendere il valore, qualora superiore al prezzo. In Spagna, il *Código civil* non considera la mala fede, ma si ammette

²⁴⁰ Il riferimento è a L. BALLERINI, *Patrimoni separati e surrogazione reale. Il patto di sostituzione*, cit., 188 ss.

²⁴¹ Anche a seguito dell'atto dispositivo con il quale si cede la cosa altrui, dunque, il cedente in mala fede (*l'accipiens*) è comunque tenuto a riconsegnare la cosa in natura, per cui non può dirsi che tale obbligazione si sia estinta per il solo fatto dell'alienazione. Si veda ancora E. MOSCATI, *Del pagamento dell'indebito*, cit., 484 ss.

²⁴² Cfr. P. TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, cit., 118, che riconduce questo caso alla concezione "reale" dell'arricchimento, poiché gli elementi qui considerati non sarebbero nient'altro che "sostituti" della cosa originaria. Si veda inoltre P. GALLO, *Arricchimento senza causa e quasi contratti*, cit., 83 e 147, secondo il quale "in applicazione dei principi sulla surrogazione reale", in caso di alienazione del bene, subentra l'obbligo di rendere il corrispettivo. Per la Spagna si segnala, nello stesso senso, R.M. ROCA SASTRE, *La subrogación real*, cit., 288. Per la Francia, invece, E. SAVAUX-B. GRIMONPREZ, *op. loc. cit.*

comunemente che in questo caso sia dovuto il valore della cosa, come accade in Francia e presso di noi²⁴³.

La codificazione tedesca non prende espressamente in considerazione l'atteggiamento psicologico di colui che riceve la cosa indebita. I § 816 e 818 BGB, difatti, non menzionano né l'una, né l'altra, per cui, a norma del primo, l'*accipiens* è sempre responsabile nella misura di quanto ha ottenuto (*Erlangten*); a norma del secondo, poi, deve restituire i frutti percepiti e ciò che abbia acquistato in base a un diritto conseguito, oppure a titolo di risarcimento per la distruzione, danneggiamento o sottrazione della cosa. In altri termini, nel tentativo di esemplificare, se il percipiente si libera a titolo oneroso di una cosa altrui, dovrà restituire tutto quanto ha ricevuto: il prezzo, se trattavasi di danaro, oppure la cosa, se trattavasi ad esempio di permuta (entrambe le ipotesi sono coperte dal § 816, comma 1, BGB). Nel caso in cui, infine, quanto ricevuto in cambio non sia più disponibile, perché magari consumato o reinvestito, dovrà rimborsare al *solvens* il valore (§ 818, comma 2, BGB).

Per l'*accipiens* di mala fede, si prospetta una situazione differente. In virtù del combinato disposto dei §§ 819, comma 1, e 818, comma 4, BGB, egli risponde secondo le regole generali ("nach den allgemeinen Vorschriften"), anziché secondo quelle più miti poste dal § 818, comma 3, BGB. Difatti, come autorevolmente rilevato, si tratta di una responsabilità restitutoria aggravata (*verschärfte Haftung*)²⁴⁴.

5.2. Restituzioni nel diritto inglese. Il *tracing*

Sino ad ora sono stati presi in considerazione i sistemi europei maggiormente rappresentativi, che però appartengono tutti alla medesima tradizione giuridica continentale. Il breve confronto che precede, difatti, come d'altra parte era prevedibile, considerata la comune origine romanistica di detti sistemi, non ha rivelato divergenze macroscopiche, ma solo lievi sfumature. In generale, dunque, si può affermare che in caso di alienazione da parte di un soggetto non legittimato, la cosa trasferita è "rappresentata" dal corrispettivo oppure dal valore, a seconda dell'atteggiamento psicologico,

²⁴³ Cfr. S. TAMAYO HAYA, *sub* art. 1896, cit., 1351, e L. DÍEZ PICAZO, A. GULLÓN, *Sistema de derecho civil*, cit., 535. Entrambi gli Autori specificano poi che, se il valore è nel frattempo aumentato, il percipiente di mala fede dovrà restituire anche tale incremento.

²⁴⁴ In dottrina, per tutti, si veda P. SIRENA, *Arricchimento ingiustificato e restituzioni: una prospettiva di diritto europeo*, in *Rass. Dir. civ.*, 2018, 677, testo e nota 99.

rispettivamente, di buona o mala fede del disponente. Tutto ciò in virtù del fatto che il terzo acquirente – salvo circostanze particolari – diviene proprietario del bene. Stando alla formulazione letterale delle disposizioni richiamate in precedenza, comprese quelle straniere, non è dato sapere cosa accadrebbe qualora colui che ha ricevuto la *res indebita* se ne liberi e acquisti in sostituzione un'altra cosa. Solo per un caso piuttosto specifico, a quanto consta, nei codici civili italiano, francese e spagnolo si prende in considerazione un'ipotesi del genere. Il riferimento è al soggetto di cui è stata dichiarata la morte presunta che ricompare e recupera i beni nello stato in cui si trovano, il prezzo di quelli conseguiti, o appunto ciò in cui questo sia stato reinvestito²⁴⁵. Il BGB, da parte sua, oltre a prevedere numerosi casi specifici di "sostituzione" di una cosa all'altra, detta una disposizione più generale, ovvero il § 818, rubricato *Umfang des Bereicherungsanspruchs*, in virtù del quale l'obbligazione di restituzione comprende, tra le altre cose, ciò che l'arricchito acquista in base a un diritto conseguito, ovvero a titolo di risarcimento per la distruzione, danneggiamento o sottrazione della cosa. Una previsione, dunque, che sembrerebbe regolare anche l'ipotesi formulata in precedenza.

Nelle pagine che precedono si è volutamente tralasciato il riferimento al diritto inglese, poiché esso presenta numerose peculiarità quanto ai rimedi restitutori e, per questa ragione, è opportuno procedere a una trattazione separata, per quanto consentito dai limiti del presente scritto. Se si domandasse a un giurista di *common law*, sia consentita la genericità delle espressioni, cosa accadrebbe nel caso in cui chi ha ricevuto indebitamente una cosa l'abbia ceduta e magari ne abbia acquistata una diversa in sostituzione, quasi certamente risponderrebbe che la soluzione al problema deve essere ricercata nel *following* e nel *tracing*.

Occorre però fare un passo indietro e quantomeno tentare di inquadrare il problema delle restituzioni nel sistema d'oltre Manica, nel caso in cui trattasi di indebito di cosa determinata. Le ipotesi qui considerate vengono solitamente analizzate nell'ambito dell'*unjust enrichment*, quando esso consiste appunto nella consegna di una *res indebita*, dalla quale il ricevente ha tratto un vantaggio, poiché, ad esempio, l'ha consumata, oppure l'ha trasferita ad altri²⁴⁶. In generale, nel sistema inglese, si distinguono due tipi azioni che un

²⁴⁵ Si tratta degli artt. 66 c.c., 130 c.c. francese e 197 c.c. spagnolo.

²⁴⁶ La letteratura inglese in tema di arricchimento ingiustificato è vastissima, perciò si possono richiamare, senza voler fornire un elenco esaustivo, solo i contributi più autorevoli e

soggetto può esercitare, corrispondenti – sia consentita ancora l'estrema generalizzazione – alle nostre azioni personali o reali. La *summa divisio*, per dir così, è costituita da *personal* o *proprietary claims*. Ad esse, ovviamente, è impossibile attribuire un ambito di applicazione specifico o ben individuato e, di conseguenza, procedere a un'elencazione dettagliata di quando si debba ricorrere all'una o all'altra, data l'infinità di fattispecie alle quali, in astratto, possono essere applicate. Per quanto qui interessa, occorre sottolineare come alle suddette *claims* si può ricorrere anche nelle ipotesi formulate in precedenza. Bisogna avere perciò ben presente che le stesse non si riferiscono esclusivamente all'indebito di cosa determinata, ma tale ambito costituisce solo uno dei tanti di loro applicazione.

Con *personal claim* si identifica la pretesa pecuniaria rivolta all'arricchito, corrispondente al valore del beneficio che costui ha ricevuto a detrimento dell'impoverito. Con *proprietary claim*, invece, ci si riferisce all'azione volta alla restituzione di un bene specifico. Nel sistema inglese, tale azione si articola, per dir così, in due passaggi consequenziali: in primo luogo, la dichiarazione che l'attore è proprietario della cosa; in secondo luogo, l'ordine emesso dal giudice di rilasciare la medesima²⁴⁷. Il primo passaggio presuppone ovviamente la prova che il *claimant* abbia un *proprietary interest* sul bene che intende rivendicare²⁴⁸. Come si diceva, può accadere che un soggetto trasferisca a un altro una determinata cosa, senza esservi però tenuto; oppure, che il titolo di tale attribuzione sia, per una qualunque ragione, venuto meno successivamente al trasferimento. Dei numerosi problemi che si pongono in un caso del genere, è opportuno soffermarsi qui su uno in particolare, ovvero quello relativo all'individuazione del bene che deve essere restituito. La questione, evidentemente, assume rilevanza solo qualora chi ha pagato l'indebito abbia dimostrato che effettivamente ha consegnato indebitamente la

recenti. Si vedano: C. MITCHELL, P. MITCHELL e S. WATTERSON, *Goff & Jones The law of unjust enrichment*, 9^a ed., Londra, 2016; J. EDELMAN, E. BANT, *Unjust enrichment*, 2^a ed., Oxford-Portland, 2016; G. VIRGO, *The principles of the law of restitutions*, Oxford, 2015, 45 ss.; A.V.M. LODDER, *Enrichment in the law of unjust enrichment and restitution*, Oxford, 2012; P. BIRKS, *Unjust enrichment*, 2^a ed., Oxford, 2005.

²⁴⁷ Questa suddivisione è efficacemente illustrata da C. MITCHELL, P. MITCHELL e S. WATTERSON, *Goff & Jones The law of unjust enrichment*, cit., 195.

²⁴⁸ Non è qui possibile ripercorrere compiutamente la natura dei *personal* o *proprietary restitutionary remedies*, ma si può comunque affermare che, in generale, ad essi corrispondono ovviamente basi diverse. La loro distinzione risiede nel fatto che mentre i primi sono fondati sulla *obligation to pay*, i secondi sulla *continuing ownership*. Cfr. G. VIRGO, *The principles of the law of restitutions*, cit., 557 ss.

cosa; dovrà dunque individuare la medesima nel patrimonio del ricevente, oppure il suo sostituto.

Per stabilire quale sia il bene da restituire, nel diritto inglese si ricorre a due procedimenti, noti come *following* e *tracing*²⁴⁹. Un'efficace definizione, così come alcune delle differenze che intercorrono tra i due, può essere rintracciata in una delle opinioni rese nel *leading case Foskett v McKeown*²⁵⁰. In considerazione della chiarezza e della sinteticità delle parole di Lord Millett, può tornar utile riportare un estratto della sua *opinion*: "Following is the process of following the same asset as it moves from hand to hand. Tracing is the process of identifying a new asset as the substitute for the old. Where one asset is exchanged for another, a claimant can elect whether to follow the original asset into the hands of the new owner or to trace its value into the new asset in the hands of the same owner [...] tracing is thus neither a claim nor a remedy. It is merely the process by which a claimant demonstrates what has happened to his property, identifies its proceeds and the persons who have handled or received them, and justifies his claim that the proceeds can properly be regarded as representing his property. Tracing is also distinct from claiming. It identifies the traceable proceeds of the claimants' property. It enables the claimant to substitute the traceable proceeds for the original asset as the subject matter of his claim. But it does not affect or establish his claim"²⁵¹.

²⁴⁹ Nel diritto inglese il più ampio lavoro avente ad oggetto il *tracing* è quello di L.D. SMITH, *The Law of Tracing*, Oxford, 1999. I suoi principali ambiti di applicazione sono proprio l'arricchimento ingiustificato e il *trust*. È nei contributi relativi a questi ultimi che l'istituto è stato studiato. Per alcuni riferimenti bibliografici sull'*unjust enrichment*, si veda retro nota 246; per il *trust*, invece si segnalano: J. GARTON, G. MOFFAT, G. BEAN e R. PROBERT, *Moffat's Trust Law*, Cambridge, 2015, 665 ss.; A. HUDSON, *Equity and Trusts*, 8^a ed., Londra, 2015, 865 ss.; E. O'DELL, *Tracing*, in 21 *Dublin U. L.J.* 131 (1999); P. BIRKS, *Trusts in the recovery of misapplied assets: tracing, trusts and restitution*, in *Commercial Aspects of Trusts and Fiduciary Obligations*, Oxford, 1992, 149 ss.; F.H. LAWSON-B. RUDDEN, *The law of property*, 2^a ed., Oxford, 1982, 54 ss.

²⁵⁰ *Foskett v McKeown*, [2000] UKHL 29. Il caso riguarda un *trustee* che aveva utilizzato un milione di sterline, provenienti da un'assicurazione sulla vita e facenti parte del *trust* da lui amministrato, per acquistare – evidentemente in violazione dei suoi doveri – un'altra polizza a favore proprio e dei figli. La *House of Lords* ha stabilito che "Where a trustee wrongfully uses trust money to provide part of the cost of acquiring an asset, the beneficiary is entitled at his option either to claim a proportionate share of the asset or to enforce a lien upon it to secure his personal claim against the trustee for the amount of the misapplied money. It does not matter whether the trustee mixed the trust money with his own in a single fund before using it to acquire the asset, or made separate payments (whether simultaneously or sequentially) out of the differently owned funds to acquire a single asset".

²⁵¹ Come riferisce J. EDELMAN, *Understanding Tracing Rules*, in 16 *Qut L. Rev.* 1 (2016), 2, la prima decisione moderna in tema di *tracing* è il caso *Taylor v Plumer*, [1815] EWHC KB

Con il consueto pragmatismo anglosassone, in poche righe sono state condensate tutte le questioni più rilevanti. In particolare, quella relativa all'individuazione del bene che "rappresenta" la proprietà trasmessa e successivamente scambiata o comunque trasformata, in violazione di una disposizione giuridica, che impediva al ricevente di disporne liberamente²⁵². Difatti - applicando così la regola in analisi alle ipotesi prospettate in precedenza -, se un soggetto impiega una cosa di un altro, senza il suo consenso, per acquistarne una nuova, egli si arricchisce ingiustamente. Si è fatto notare che "the acquisitive opportunities inherent in the original asset are attributed in law to its owner, and the acquisition is unjust by reason of the want of his consent"²⁵³.

La scelta di ricorrere al *following* oppure al *tracing*, come insegna la dottrina inglese, non segue delle regole ben specifiche, ma è evidentemente imposta dalle circostanze del caso concreto e, inoltre, dalla convenienza, per dir così, di "seguire" il bene originario, o pretendere i suoi sostituti²⁵⁴. Nell'esempio che precede, atteso che anche in Inghilterra il *bona fide purchaser* - per utilizzare l'espressione anglosassone che li identifica il terzo ignaro dell'altruità della cosa che gli viene venduta - acquista validamente il bene, non si potrà certamente ricorrere al *following*, ma non per questo sarà impossibile pretendere il valore di detto bene, o, mediante il procedimento del *tracing*, ciò che sia stato acquistato in sua sostituzione²⁵⁵.

Nell'ambito dell'istituto in analisi, generalmente si distinguono due specie di *substitution* del bene: *clean* e *mixed*. La *clean substitution* - la più semplice - ricorre quando si ha la vendita della cosa originaria e l'acquisto di un'altra: il proprietario potrà pretendere quest'ultima, se, come visto, gli

J84, nel quale il *broker* di Lord Taylor, dopo aver ricevuto ordine dal medesimo di acquistare titoli per ventiduemila sterline, preferì investire diversamente il danaro, comprando tutto il necessario per una fuga in America, essendo oberato dai debiti. Sennonché, fu bloccato proprio sulla nave e successivamente citato in giudizio dai creditori. La questione che si pose riguardava sostanzialmente il concorso tra Lord Taylor, interessato a recuperare quanto acquistato dal *broker* con il suo danaro, e gli altri creditori, i quali reclamavano per loro tali cose, al fine di sottoporle all'esecuzione. In ultima istanza il nobile inglese ebbe la meglio, poiché fu riconosciuto che i nuovi *assets* non erano nient'altro che i "sostituti" dei precedenti.

²⁵² Indipendentemente dalla causa, il trasferimento del bene deve essere avvenuto contro la volontà del proprietario. Cfr. A. HUDSON, *Equity and Trusts*, cit., 889.

²⁵³ Si esprimono in questi termini MITCHELL, P. MITCHELL e S. WATTERSON, *Goff & Jones The law of unjust enrichment*, cit., 200.

²⁵⁴ Per tutti G. VIRGO, *The principles of the law of restitutions*, cit. 607 ss.

²⁵⁵ Per un'analisi delle circostanze nelle quali conviene ricorrere al *tracing* o al *following*, si veda L.D. SMITH, *The Law of Tracing*, 130 ss.

risulta più conveniente. La *mixed substitution*, invece, ricorre sempre nel caso di cessione del bene e acquisto di uno nuovo, ma quest'ultimo viene pagato anche con danaro proprio del soggetto che ha disposto illegittimamente della cosa originaria, per cui quella nuova la "rappresenta" solo in parte. Tuttavia, poiché il *tracing* non è un rimedio in senso proprio, bensì solo un processo di "identificazione" della cosa da recuperare²⁵⁶, non è grazie ad esso che si giustifica la pretesa avanza in giudizio da chi intende avvalersene, poiché costui dovrà innanzitutto provare la base giuridica della medesima²⁵⁷. Di conseguenza, colui che ha indebitamente trasmesso la cosa è legittimato a recuperare l'equivalente, oppure quanto sia stato acquistato in ragione di essa – ferma restando la restituzione in natura, laddove ancora possibile –, non semplicemente invocando il *tracing*, bensì dimostrando che qualcun altro si è arricchito a suo detrimento.

Il diritto inglese, dunque, riconosce espressamente la possibilità di ottenere i *substitute assets*, a condizione ovviamente che siano collegati (*causal link*) a quello originario, nel senso che quest'ultimo deve essere stato acquisito, a qualunque titolo, in virtù del primo. Il rapporto di "derivazione causale" – per utilizzare un'espressione impropria, a fini meramente esplicativi – può anche essere indiretto. Nel caso *Menelaou v Bank of Cyprus UK Ltd* è stato addirittura riconosciuto un ingiustificato arricchimento per il semplice fatto che due coniugi avevano potuto acquistare un immobile a seguito della rinuncia della banca a un'ipoteca iscritta sulla loro proprietà²⁵⁸. L'istituto bancario, pur non avendo erogato in quella fattispecie specifica alcun credito per il nuovo acquisto, è riuscito a far riconoscere il suo *proprietary interest* sul

²⁵⁶ Secondo P. BIRKS, *Trusts in the recovery of misapplied assets: tracing, trusts and restitution*, cit., 157, "tracing should be understood as a process of identification and no more. It is not in itself a remedy". Il *tracing*, dunque, in sé e per sé, non è utile ai fini della qualificazione della pretesa dell'attore. Anche qualora costui riuscisse ad identificare il bene da recuperare, non è detto che abbia un diritto sul medesimo e che perciò pretendere che gli venga riconsegnato. Per tale ragione, "there is no necessary link between tracing and proprietary claims" (Cfr. ancora P. BIRKS, *Trusts in the recovery of misapplied assets: tracing, trusts and restitution*, cit., 158).

²⁵⁷ Affinché il *tracing* vada a buon fine, devono ricorrere tre elementi: in primo luogo, l'acquisizione di un nuovo bene; in secondo luogo, quest'ultimo deve essere stato acquistato a seguito della vendita di quello "originario"; infine, il soggetto che ha venduto il primo e acquistato il secondo deve essere il medesimo. Cfr. L.D. SMITH, *The Law of Tracing*, cit., 134.

²⁵⁸ *Menelaou v Bank of Cyprus UK Ltd*, [2015] UKSC 66.

bene “nuovo”, peraltro intestato a un soggetto terzo rispetto a tutta l’operazione²⁵⁹.

La particolarità dell’istituto in analisi, del quale, a quanto consta, non sembrano esistere corrispondenti diretti nel diritto europeo continentale, risiede proprio nel fatto che al proprietario privato della cosa viene riconosciuto tale *proprietary interest* su di un bene, quello “sostituto”, sul quale non aveva alcun diritto in precedenza²⁶⁰. Dunque, per riprendere un’altra efficace espressione di Lord Millett, “the claimant claims the new asset because it was acquired in whole or in part with the original asset. What he traces, therefore, is not the physical assets itself but the value inherent to it”²⁶¹.

Gli ambiti di applicazione dell’istituto in analisi sono innumerevoli e non riguardano certamente solo la consegna di una *res* non dovuta. Anzi, la casistica dimostra il contrario, poiché si ricorre al *tracing* soprattutto quando trattasi di impiego del danaro altrui, o di violazione del *fiduciary duty* da parte del *trustee*.

A questo punto, i riferimenti al valore del bene e al concetto di “sostituzione” con un altro da esso “derivato” non possono che richiamare l’idea della surrogazione reale. Prima però di soffermarsi su questo profilo, è opportuno dar conto brevemente di un’altra questione. È controverso se il diritto sul *substitute asset* sorga immediatamente e semplicemente in virtù dell’indebita disposizione della proprietà altrui, o solo in seguito a un riconoscimento operato in giudizio. Dall’interrogativo dipende, in sostanza, la

²⁵⁹ I fatti del caso citato alla nota precedente sono piuttosto articolati. In breve, i coniugi Menelaou volevano regalare alla figlia un immobile, ma per acquistarlo dovevano necessariamente vendere il loro gravato da ipoteca. La banca ha accettato di rinunciare alla garanzia, a condizione di un pagamento parziale del debito e dell’iscrizione di un’altra ipoteca sul bene nuovo. Dopo l’operazione, si scopre che la figlia – intestataria dell’immobile – non aveva mai sottoscritto la costituzione di detta garanzia, la quale risultava perciò invalida. L’istituto ha agito contro la famiglia, asserendo che la ragazza si era ingiustamente arricchita a suo danno, poiché aveva beneficiato della predetta rinuncia. Un’analisi del caso e delle questioni più rilevanti in esso contenute è compiuta da MITCHELL, P. MITCHELL e S. WATTERSON, *Goff & Jones The law of unjust enrichment*, cit., 200. Altre brevi osservazioni si trovano anche in J. EDELMAN, E. BANT, *Unjust enrichment*, cit., 116.

²⁶⁰ Si ritiene che sia soggetto a restituzione il bene “nuovo” anche qualora abbia subito un aumento di valore. Ad esempio, come riporta N. MCBRIDE, *Restitution for wrongs*, in *The Restatement Third: Restitution and Unjust Enrichment. Critical and Comparative Essays*, Oxford-Portland, 2013, 268, se taluno impiega del danaro altrui per acquistare delle azioni che, al momento del giudizio, valgono di più della somma investita inizialmente, esse vanno comunque rese al soggetto il cui danaro è stato usato, poiché esse appartengono a quest’ultimo, in quanto “rappresentano” lo rappresentano.

²⁶¹ Il passaggio riportato è ripreso dall’*opinion* resa nel caso *Foskett v McKeown* cit.

possibilità di reclamare immediatamente il bene sostituto, oppure innanzitutto quello “originario” e, solo in caso d’impossibilità o infruttuosità dell’azione, in subordine, ciò che ne abbia preso il posto. Come già osservato in precedenza, generalmente è il *claimant* a scegliere se “tracciare” l’uno o l’altro, a seconda delle circostanze, anche se la dottrina inglese più recente riferisce che la questione è tutt’ora controversa, potendosi riscontrare decisioni che si esprimono tanto in un senso quanto nell’altro²⁶². L’interrogativo – *mutatis mutandis* – non è molto differente da quello che si è posto presso di noi, relativamente all’operatività immediata del meccanismo surrogatorio.

5.3. *Tracing* e surrogazione reale. Alcuni punti di contatto

Nel paragrafo che precede si è analizzato uno dei possibili rimedi, nel diritto inglese, in caso di alienazione di una cosa determinata da parte di un soggetto non legittimato. L’istituto del *tracing* meriterebbe ben altri approfondimenti e indagini, ma si è voluto quantomeno delinearne i suoi caratteri essenziali, dai quali emergono non pochi punti di contatto con la surrogazione reale.

Nella dottrina inglese, come si è cercato di illustrare sommariamente, il concetto di *substitute asset*, che, per dir così, rappresenta quello indebitamente trasferito, sembra trovare alcuni equivalenti anche presso di noi. Prima però di rivelare di quali si tratti, è opportuno segnalare che le numerose corrispondenze tra *tracing* e surrogazione reale non sono passate inosservate alla dottrina inglese e, più in generale, al mondo di *common law*.

Nel primo capitolo si è visto che nel linguaggio giuridico d’oltre Manica l’espressione *real subrogation* è piuttosto inusuale, tanto è vero che in una delle maggiori trattazioni sul diritto di proprietà – che, allo stesso tempo, è anche una delle poche, o forse persino l’unica, a contenere un riferimento alla surrogazione reale – si è ritenuto necessario specificare che il termine *real*,

²⁶² Si veda ad esempio G. VIRGO, *The principles of the law of restitutions*, cit. 611. L’Autore ritiene che, innanzitutto, qualora l’*original asset* non sia più “rintracciabile”, il diritto del proprietario si estingua e si trasferisca su quello sostitutivo. Se, invece, entrambi gli *assets* (originario e nuovo) sono ancora disponibili, l’attore potrà scegliere (*elect*) liberamente di reclamare l’uno o l’altro. Tuttavia, se egli opta per quello sostituto, la sua scelta provocherà l’estinzione del suo diritto sull’originario. Questo spiegherebbe per quale ragione non è possibile reclamare entrambi al medesimo tempo. L’Autore, infine, conclude con un’affermazione che a noi potrebbe apparire singolare, ovvero che “the claimant has a power to shift the proprietary interest from the original property to its substitute”.

quando precede *subrogation*, sta ad indicare la sostituzione non di una persona, bensì di una cosa. Tuttavia – la circostanza appare invero curiosa e, per certi versi, persino esemplificativa – gli Autori di questa medesima opera, dopo aver proceduto a una precisazione che a noi potrebbe apparire superflua e banale, rilevano altresì che “it would be convenient if the term (real subrogation, ndr.) was naturalized and regularly used to express a process which is indeed much more generally applied in England than on the Continent”; il riferimento è senza dubbio al *tracing*²⁶³. L’affermazione appare condivisibile. Effettivamente, nel diritto inglese, il principio surrogatorio, malgrado sia presente sotto un altro nome, riceve un’applicazione piuttosto estesa – basti considerare l’ampia trattazione che viene riservata al *tracing* nelle opere sulla proprietà e sul *trust*, necessaria conseguenza di un evidente e diffusissima applicazione pratica –, che va ben oltre la nostra. Eppure, l’espressione alla quale noi facciamo ricorso (*subrogation réelle*), che si attribuisce generalmente ai giuristi francesi del diciassettesimo secolo, oltre Manica necessita, come visto, di un chiarimento.

Quanto alla frequenza con la quale si ricorre al principio della surrogazione reale, si può concordare con i due Autori inglesi. È innegabile che presso di noi l’istituto in analisi venga sempre percepito come un tema esclusivamente “manualistico” – probabilmente un po’ *démodé* –, che ha un’applicazione marginale e, secondo l’opinione comune, del tutto eccezionale. Nonostante la poca familiarità non con l’istituto, bensì con l’espressione europea continentale che lo identifica, si possono comunque rinvenire alcuni contributi di autori ascrivibili – sia consentita la generalizzazione – ai sistemi di *common law*, che hanno rilevato un parallelismo tra la surrogazione reale e il *tracing*. Questi riguardano in genere il problema della separazione patrimoniale, che nel sistema inglese assume rilevanza in relazione al *trust*. Qui – è stato affermato – la surrogazione reale ha un duplice ruolo. Da un lato, in caso di scambio lecito dei beni sottoposti al *trust*, perché così previsto dall’atto costitutivo, rende possibile la permanenza

²⁶³ F.H. LAWSON, B. RUDDEN, *The law of property*, cit., 60, nota 13, difatti, formulano l’osservazione riportata nel testo nell’ambito della disamina del *trust* e degli atti di disposizione dell’amministratore non autorizzati, che, come visto, sono una delle principali ipotesi in cui si ricorre al *tracing* per sottoporre al medesimo regime il corrispettivo dei beni venduti, o quanto sia stato acquistato in loro sostituzione. Rileva la poca familiarità con l’espressione in analisi dei pratici del diritto inglesi anche A.M. HONORÉ, *Trusts: the inessentials*, in *Trusts e att. fid.*, 2003, 4, 497 ss.

di tale vincolo anche ai beni acquistati in sostituzione; dall'altro, in caso di scambio non autorizzato, consente di "tracciare" le cose che ne facevano parte sotto forma dell'equivalente o di quanto sia stato acquistato in sostituzione²⁶⁴. Poiché però la relazione tra il meccanismo surrogatorio e la conservazione del "vincolo" che da un bene si trasferisce all'altro sarà oggetto di considerazioni più approfondite nel prosieguo, per il momento è sufficiente dare atto della consapevolezza di parte della dottrina inglese dell'esistenza dell'istituto in analisi e del fatto che esso trova un corrispondente presso di loro.

Taluno, forse operando in questo senso un'eccessiva generalizzazione, ha affermato che "'Tracing' means real subrogation"²⁶⁵. Questa esatta equiparazione senz'altro rende l'idea delle similitudini che intercorrono tra gli istituti; tanto è vero che chi ha concentrato i propri sforzi sul primo, nel tentativo di giustificarne alcune particolarità, allargando la visuale al diritto europeo continentale, in particolare quello francese, ha trovato nella seconda il giusto termine di paragone²⁶⁶. Sebbene i punti di contatto siano numerosi, si possono anche riscontrare opinioni di diverso indirizzo, come ad esempio quella di chi tende a ridimensionare la sovrapposibilità del *tracing* con la surrogazione reale, in quanto quest'ultima va al di là della mera identificazione del bene da recuperare²⁶⁷.

Effettivamente, il *tracing*, come visto, non è un istituto in virtù del quale si può ottenere il riconoscimento di un diritto su un determinato bene, bensì solo un processo con cui si determina la cosa che deve essere restituita, sotto forma dell'equivalente o di quella nuova. La pretesa di chi reclama quest'ultima – generalmente a seguito di arricchimento ingiustificato o *breach*

²⁶⁴ Il riferimento è ancora a B. RUDDEN, *Things as Thing and Things as Wealth*, in 14 *Oxford J. Legal Stud.* 81 (1994), 91. L'affermazione si inserisce in un più ampio lavoro nel quale i riferimenti alla surrogazione reale riguardano anche la sostituzione di una cosa con il prezzo e viceversa. L'Autore prospetta l'ipotesi per la quale quando trattasi di beni considerati unicamente per il valore che hanno, o che potrebbero avere, essi sono considerati per le opportunità che offrono, come ad esempio un investimento. Di conseguenza, quando il bene è trattato appunto come *wealth*, e non come *thing*, esso ben può essere convertito in danaro o scambiato con un altro.

²⁶⁵ L'affermazione è di G.L. GRETTON, *Constructive Trusts: I*, in 1 *Edinburgh L. Rev.* 281 (1997), 291. Altri riferimenti alla surrogazione reale si trovano in ID., *Trusts without Equity*, in *Trusts without Equity*, in 49 *Int'l & Comp. L.Q.* 599 (2000), 610 ss.

²⁶⁶ Si veda, a questo proposito, L.D. SMITH, *Tracing into the Payment of a Debt*, in 54 *Cambridge L.J.* 290 (1995), 302 ss. e ivi tutti i riferimenti al diritto e alla dottrina francesi.

²⁶⁷ Cfr. M. RACZYNSKA, *Parallels between the civilian separate patrimony, real subrogation and the idea of property in a trust fund*, in *The worlds of the trust*, a cura di L. Smith, Cambridge, 2013, 454 ss., spec. 469.

of trust – è poi subordinata alla dimostrazione in giudizio dei presupposti per il suo esercizio. La surrogazione reale, invece, talvolta si ritiene possa essere invocata immediatamente per azionare una determinata pretesa, almeno in tutte le ipotesi in cui essa è espressamente prevista dalla legge (come, ad esempio, nel caso dell’art. 2742 c.c.). Ad ogni modo, al di là delle distinzioni che senza dubbio sussistono, anche negli ordinamenti c.d. misti, come il Sudafrica, il Québec e la Louisiana, non è mancato chi ha ravvisato similitudini tra la surrogazione reale e altri istituti²⁶⁸. Nella regione canadese il meccanismo surrogatorio è stato individuato, oltre che nel *tracing*, nei commi 1 e 3 dell’art. 2674 c.c. quebecchese. Il primo stabilisce che “l’hypothèque qui grève une universalité de biens subsiste mais se reporte sur le bien de même nature qui remplace celui qui a été aliéné dans le cours des activités de l’entreprise”; il secondo invece “si aucun bien ne remplace le bien aliéné, l’hypothèque ne subsiste et n’est reportée que sur les sommes d’argent provenant de l’aliénation, pourvu que celles-ci puissent être identifiées”²⁶⁹. In Louisiana non ci si è discostati da quanto già visto in relazione al *trust*²⁷⁰.

6. Impossibilità sopravvenuta della prestazione avente ad oggetto una cosa determinata

Nelle pagine che precedono si è potuto analizzare il modo di operare di diverse disposizioni legislative, tra le quali sembra sussistere un intimo collegamento, essendo tutte sussumibili sotto l’art. 2038 c.c., che, sia consentita la generalizzazione, potrebbe costituire la previsione generale delle varie specie viste in precedenza. Al di là della ricostruzione in termini di surrogazione reale, che può risultare più o meno condivisibile, anche a

²⁶⁸ Per il Sudafrica si segnalano i contributi di M.J. DE WAAL, *The core elements of the trust: aspects of the English, Scottish and South African trusts compared*, in 117 *S. African L.J.* 548 (2000), 564 ss.; ID., *In search of a model for the introduction of the trust into a civilian context*, in 12 *Stellenbosch L. Rev.* 63 (2001), 66 ss.

²⁶⁹ Per alcune osservazioni, anche in riferimento alla surrogazione reale, si veda L.D. SMITH, *Unauthorized dispositions of trust property: tracing in Quebec Law*, in 58 *McGill L.J.* 795 (2013), 797 ss., spec. 802 ss. Nella letteratura canadese si segnala, inoltre, sempre per un confronto tra il principio surrogatorio e il *tracing*, L.A. WRIGHT, *Trusts and the Civil Law – A comparative study*, in 6 *W. Ontario L. Rev.* 114 (1967), 115 ss.

²⁷⁰ A.N. YIANNPOULOS, *Trust and the Civil Law: The Louisiana Experience*, in V.V. PALMER (a cura di), *Louisiana: Microcosm of a Mixed Jurisdiction*, Durham, 1999, 221. Per altri brevi cenni alla surrogazione reale, nell’ambito di un più ampio lavoro sulla surrogazione (personale) nel codice civile della Louisiana, si veda S. LUTVINOFF, *Subrogation*, in 50 *La. L. Rev.* 1143 (1990), 1151 ss.

seconda, come si vedrà, dell'estensione che si vuole attribuire a tale istituto, pare possibile ravvisare un nesso che collega le fattispecie analizzate. Esse sarebbero, secondo autorevole dottrina, a loro volta inquadrabili in un più ampio schema, ovvero quello delineato dall'art. 1259 c.c.²⁷¹, a norma del quale, se la prestazione che ha per oggetto una cosa determinata è divenuta impossibile, in tutto o in parte, il creditore subentra nei diritti spettanti al debitore in dipendenza del fatto che ha causato l'impossibilità, e può esigere dal debitore la prestazione di quanto questi abbia conseguito a titolo di risarcimento.

L'individuazione di questo rapporto deriva dal fatto che gli artt. 66, 535, comma 2, 1776, 1778, 2037 e 2038 c.c., sempre secondo l'opinione appena richiamata, non integrerebbero nient'altro che casi di impossibilità sopravvenuta della prestazione avente ad oggetto la restituzione di una cosa determinata, ossia quella alienata indebitamente dal soggetto non proprietario. Anche questo più ampio collegamento sembra sussistere; ma, prima di soffermarsi sulla possibilità e opportunità di inquadrare l'art. 1259 c.c. nel novero delle ipotesi di surrogazione reale, è opportuno spendere qualche parola sulle peculiarità della disposizione.

Già il Codice Napoleone, all'art. 1303, nella formulazione originaria, stabiliva che "lorsque la chose est périe, mise hors du commerce ou perdue, sans la faute du débiteur, il est tenu, s'il y a quelques droits ou actions en indemnité par rapport à cette chose, de les céder à son créancier"²⁷². Come prevedibile, il principio è passato immutato alle codificazioni preunitarie, le quali prevedevano tutte, seguendo il modello francese, la cessione delle azioni al creditore²⁷³. Quanto al Codice Pisanelli, leggendo la corrispondente disposizione, sembrerebbe trattarsi di uno di quei casi in cui i redattori della prima codificazione nazionale hanno scelto di riprodurre letteralmente, salvo minime variazioni lessicali, il sistema d'oltralpe. L'art. 1299 c.c. abr. prevedeva difatti che "allorché la cosa è perita, posta fuori di commercio o smarrita senza

²⁷¹ Il riferimento è sempre a E. MOSCATI, *La disciplina generale delle obbligazioni*, cit., 355 ss.

²⁷² A seguito della riforma del diritto delle obbligazioni, il principio è passato ora al nuovo art. 1351-1 c.c. francese, in particolare al suo secondo comma, a norma del quale, nel caso in cui l'impossibilità d'eseguire la prestazione è dovuta alla perdita della cosa, il debitore "est cependant tenu de céder à son créancier les droits et actions attachés à la chose".

²⁷³ Nella legislazione preunitaria ci si limitò a una traduzione letterale del vecchio art. 1303 c.c. francese. Si vedano, a questo proposito, gli artt. 1362 c.c. estense, 1284 c.c. parmense, 1257 c.c. Regno delle Due Sicilie e 1394 c.c. sabauda.

colpa del debitore, i diritti e le azioni che gli spettavano riguardo alla medesima, passano al suo creditore”²⁷⁴. Il soggetto passivo doveva dunque cedere a quello attivo quanto avesse conseguito in seguito al fatto che aveva provocato l’impossibilità. Questo sistema della cessione delle azioni, tuttavia, al momento del passaggio alla nuova codificazione, non fu ritenuto pienamente soddisfacente, in quanto troppo “lento” e fu quindi sostituito con un meccanismo più adeguato alla nuova realtà, ovvero l’attuale subingresso *ex lege* del creditore nelle medesime azioni²⁷⁵.

La regola in analisi, come detto, è di derivazione francese e conta numerosi corrispondenti all’estero. Oltre al già richiamato art. 1351-1 c.c. francese, come riformulato dalla recente riforma del diritto delle obbligazioni²⁷⁶, si può altresì segnalare l’art. 1186 c.c. spagnolo²⁷⁷. In area germanica, invece, il giusto riferimento è costituito dal § 285 BGB, a norma del quale, se il debitore, a seguito del verificarsi di un evento per cui, in virtù del § 275 BGB (*Ausschluss der Leistungspflicht*), non è più tenuto ad adempiere, ha ottenuto un risarcimento o un diritto al risarcimento, il creditore può chiedere quanto costui abbia ricevuto, oppure la cessione dell’azione per quest’ultimo.

Tradizionalmente si ritiene che la regola contenuta nell’art. 1259 c.c. sia espressione del principio del *commodum repraesentationis*, in virtù del quale il soggetto attivo del rapporto, rimasto insoddisfatto a causa della sopravvenuta impossibilità non imputabile a quello passivo, ha facoltà di ottenere ciò che sia entrato nel patrimonio di quest’ultimo in dipendenza del fatto che ha originato tale impossibilità. Si discorre, a questo proposito, di elementi “rappresentativi” o “surrogati” della cosa che formava oggetto della

²⁷⁴ Per una disamina delle principali problematiche poste dall’art. 1299 c.c. abr., si segnala il contributo di D. MANDRIOLI, *Commodum Repraesentationis*, in *Riv. dir. civ.*, 1928, 417 ss.

²⁷⁵ Così la *Relazione al Re*, n. 790 ss., come riferisce P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall’adempimento*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, sub art. 1230-1259, Bologna-Roma, 1975, 521.

²⁷⁶ La codificazione napoleonica ha poi indirettamente influenzato anche alcune compilazioni d’oltreoceano, tra le quali l’attuale codice civile del Québec. Quest’ultimo, all’art. 1701, comma 2, stabilisce che “if the property has perished by superior force, however, the debtor is exempt from making restitution, but he shall then transfer to the creditor, where applicable, the indemnity he has received for the loss of the property or, if he has not already received it, the right to the indemnity. If the debtor is in bad faith or the cause of the restitution is due to his fault, he is not exempt from making restitution unless the property would also have perished if it had been in the hands of the creditor”.

²⁷⁷ La codificazione spagnola, rispetto alla francese e alla nostra, prevede il principio in maniera più sintetica: “extinguida la obligación por la pérdida de la cosa, corresponderán al acreedor todas las acciones que el deudor tuviere contra terceros por razón de ésta”.

prestazione, il cui adempimento non è più possibile²⁷⁸. La disposizione si riferisce espressamente alla cosa determinata e questa circostanza ha creato non poche difficoltà per coloro che hanno tentato di delinearne l'ambito applicativo. In particolare, due grandi questioni hanno occupato la dottrina.

In primo luogo, l'esatta individuazione del genere di cosa oggetto dell'obbligazione, giacché la disposizione si riferisce esplicitamente a quella di specie. Ci si è perciò domandati se fosse applicabile anche alla *res* rientrante in un *genus limitatum*²⁷⁹. In secondo luogo, è discusso se, oltre alle obbligazioni di dare, l'art. 1259 c.c. sia applicabile anche a quelle di fare o non fare²⁸⁰. In ogni caso, al di là delle predette questioni, come autorevolmente rilevato, indipendentemente dall'oggetto dell'obbligazione o dal suo tipo, il creditore, laddove siano identificabili "elementi rappresentativi" della prestazione mancata, deve sempre poterli ottenere²⁸¹, anche in considerazione del fatto che la disposizione in esame non è connotata dal carattere dell'eccezionalità²⁸².

Questa è senza dubbio la soluzione più condivisibile, rispondente, peraltro, a una delle *rationes* che guida l'istituto, individuabile, oltre che nel già richiamato principio del *commodum repraesentationis*, anche nel divieto di ingiustificato arricchimento. Una prova di quanto precede può essere

²⁷⁸ L'opinione è pressoché unanime in dottrina. Per tutti, si veda P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, cit., 523.

²⁷⁹ La *Relazione al Re*, al n. 577, specifica che si è voluto lasciare alla giurisprudenza "di applicare secondo le circostanze, all'infuori delle prestazioni di cose determinate" il principio in analisi. Difatti, nonostante le poche pronunce rinvenibili sul punto, così è accaduto. Cass., 15 novembre 1955, n. 3740, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, 208 ss., ha applicato l'art. 1259 c.c. a un caso di perimento nell'ambito di una compravendita di un *genus limitatum*.

²⁸⁰ Sembra escludere l'applicabilità dell'art. 1259 c.c. alle obbligazioni di non fare L. MOSCO, voce *Impossibilità sopravvenuta della prestazione*, in *Enc. del dir.*, Milano, 1970, 434 ss. Più sfumata, ma in senso favorevole all'estensione, la posizione di G. SANTUCCI, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione*, in *Trattato delle obbligazioni*, diretto da L. Garofalo e M. Talamanca, III, *I modi di estinzione*, a cura di A. Burdese ed E. Moscati, Padova, 2008, 699. Neutrale, invece, A. DE MAURO, *Dell'impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile al debitore*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, continuato da F.D. Busnelli, sub Art. 1259, Milano, 2011, 184 ss.

²⁸¹ Secondo P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, cit., 525, sebbene possa risultare più difficile individuare nel patrimonio del debitore l'elemento rappresentativo dell'oggetto della prestazione di fare o non fare divenuta impossibile, non è da escludere, in linea di principio, l'applicabilità della regola del *commodum repraesentationis* a tali obbligazioni. Si segnala però Trib. Milano, 24 febbraio 1982, in *Foro it.*, Rep. 1982, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1531, la quale ha affermato che il subingresso del creditore nei diritti spettanti al debitore in dipendenza del fatto che ha causato l'impossibilità della prestazione, previsto dall'art. 1259 c.c. per le prestazioni aventi per oggetto una cosa determinata, non è estensibile alle obbligazioni di fare.

²⁸² Su questo profilo in particolare, si veda ancora E. MOSCATI, *La disciplina generale delle obbligazioni*, cit., 344.

rintracciata nel § 1447 del Codice civile universale austriaco per il Lombardo-Veneto, nel quale si leggeva che, in caso di perimento fortuito della cosa determinata, il debitore “è sempre tenuto come un possessore di buona fede a restituire o a bonificare tutto quanto ha ricevuto in causa dell’obbligazione da adempirsi, di modo che non ritragga dal danno altrui verun profitto”. Se al soggetto passivo fosse concesso di trattenere il “surrogato” della prestazione non più eseguibile e, al medesimo tempo, essere liberato da ogni responsabilità per l’impossibilità, egli trarrebbe senza dubbio un indebito vantaggio²⁸³.

Questa è una delle prospettive dalla quale osservare il fenomeno in analisi, anche se ovviamente non l’unica. Non a caso, come in tutte le altre ipotesi precedentemente considerate, anche nell’art. 1259 c.c. taluno ha intravisto gli elementi propri della surrogazione reale. Si avrebbe, difatti, una successione di una somma di danaro alla cosa dovuta in origine, laddove quest’ultima, per una qualunque ragione, sia venuta a mancare (*pretium succedit in locum rei*).

Oltre ai riferimenti dottrinali che seguono, non si può fare a meno di richiamare quanto scritto nella Relazione del Guardasigilli al Progetto ministeriale delle obbligazioni, nella quale si legge, relativamente a quello che diverrà poi l’art. 1259 c.c., che “l’art. 178 non prevede soltanto questo subingresso, ma anche la surrogazione reale; in modo che, al posto della cosa dovuta, è dovuto l’importo dell’indennità conseguita dal debitore a titolo di risarcimento. Trova, in tal modo, generalizzazione il principio dell’art. 1951 cod. civ., che un’autorevole corrente considerava eccezionale”²⁸⁴. L’art. 1951 c.c. abr., come si vedrà diffusamente nella parte del presente lavoro dedicata al perimento della garanzia, costituisce l’antesignano dell’art. 2742 c.c. e il parallelismo tra l’art. 1259 c.c. e quest’ultimo, oltre che alla stessa Relazione, non è sfuggito alla più attenta dottrina²⁸⁵. Per il momento basti osservare come il testo riportato poc’anzi costituisce un forte elemento che depone a favore di coloro che ritengono possibile il meccanismo surrogatorio anche nei rapporti obbligatori, oltre che nei diritti reali.

²⁸³ P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall’adempimento*, cit., 530 discorre a questo proposito di manifesta “iniquità”.

²⁸⁴ Il testo della relazione al progetto ministeriale è riportato da G. PANDOLFELLI, G. SCARPELLO, M. STELLA RICHTER e G. DALLARI, *Codice civile. Libro delle obbligazioni, Illustrato con i lavori preparatori e disposizioni di attuazione transitorie*, Milano, 1942, 109.

²⁸⁵ Cfr. *infra* nota 292.

Tornando alla disposizione in analisi, il risarcimento del danno è l'unico elemento da essa considerato espressamente; ma non è da escludere che l'eventuale indennizzo corrisposto da una compagnia d'assicurazioni, così come l'indennità per l'esproprio²⁸⁶, prendano il posto della *res* che formava oggetto del rapporto.

Occorre però procedere con ordine. Premesso che la riconducibilità dell'art. 1259 c.c. all'ambito del meccanismo surrogatorio non è idea affatto nuova²⁸⁷, per chiarezza, conviene muovere dall'analisi delle posizioni di coloro che negano un collegamento tra detta disposizione e la surrogazione reale. Innanzitutto, secondo una prima e risalente tesi, non si avrebbe in questo caso alcuna sostituzione di una cosa all'altra, poiché la surrogazione reale opererebbe solo nell'ambito dei diritti reali o delle qualità giuridiche particolari di una cosa (si pensi al tradizionale esempio del bene dotale, sottoposto alla relativa disciplina). È evidente che, seguendo questa linea di pensiero, l'operatività del meccanismo surrogatorio sarebbe da escludere *a priori* nei rapporti obbligatori, per dir così, semplici, ossia quelli in cui manca la possibilità di far valere una prelazione o l'attributo della realtà, essendo piuttosto confinata ai predetti ambiti²⁸⁸.

Proseguendo sulla scia di quanto appena illustrato, si è poi aggiunto che il subingresso del creditore non costituisce una vicenda modificativa dell'oggetto del rapporto, per il semplice fatto che quest'ultimo s'è estinto nello stesso momento in cui è venuto meno tale oggetto. In breve, i diritti spettanti al debitore verso il terzo autore del fatto subirebbero una modificazione piuttosto sotto l'aspetto soggettivo (e non oggettivo), giacché passano al creditore che subisce le conseguenze di tale evento²⁸⁹.

²⁸⁶ Anzi, questo sarebbe, secondo l'opinione di L. MOSCO, voce *Impossibilità sopravvenuta della prestazione*, cit., 435, il più sicuro e principale ambito di applicazione della disposizione.

²⁸⁷ Si vedano, ad esempio, sotto l'imperio del Codice Pisanelli, le osservazioni di F. SANTORO-PASSARELLI, *La surrogazione reale*, cit., 434 ss., a coloro che già avevano ipotizzato, sempre nell'ambito della surrogazione reale, un collegamento tra gli artt. 1299 e 1951 c.c. abr.

²⁸⁸ Questa è l'opinione di G. ANDREOLI, *Note critiche in tema di subingresso ex art. 1259 c.c.*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1953, 421 ss., spec. 423. Si deve segnalare che l'Autore accoglie dichiaratamente la ricostruzione - invero non più molto attuale, poiché ancora basata sull'espedito della *fictio iuris* - della surrogazione reale operata da F. SANTORO-PASSARELLI, *La surrogazione reale*, cit., 31 ss., in termini di finzione legale.

²⁸⁹ Cfr. P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, cit., 537. Più recente, nello stesso senso, G. SANTUCCI, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione*, cit., 697.

Infine, sempre nel tentativo di escludere che si tratti di surrogazione reale, è stato negato il collegamento tra la cosa oramai perita e quanto dovuto dal terzo. I diritti spettanti al debitore in dipendenza del comportamento di quest'ultimo, difatti, sarebbero del tutto autonomi e indipendenti rispetto al rapporto originario tra il primo e il creditore²⁹⁰.

Al di là di questi specifici argomenti, peraltro provenienti da autorevoli voci, in generale si ritiene che vi sia un'incompatibilità – quasi logica, vien fatto di dire – tra il meccanismo surrogatorio e l'impossibilità sopravvenuta della prestazione, di cui l'art. 1259 c.c. va a comporre la disciplina, per cui al perimento della cosa dovuta non può che seguire automaticamente e semplicemente l'estinzione dei diritti che ineriscono alla medesima, primo tra tutti quello del creditore che la doveva ricevere. Per questa ragione, non è mancato il tentativo di conciliare la distruzione e la conseguente "perdita" dei diritti con la surrogazione reale. Inizialmente, difatti, un illustre Autore ha ipotizzato, al ricorrere di tale evento, una "conversione" dell'obbligazione, nel senso che il creditore ha appunto il subingresso legale nei diritti spettanti al debitore verso i terzi²⁹¹. Tale conversione, evidentemente, stava a rappresentare una sorta di automatismo in virtù del quale il debitore era obbligato a consegnare al creditore, anziché la cosa precedente perita, quella "nuova" ricevuta dal terzo (risarcimento, indennizzo, ecc.). Questa "trasformazione", comportante il suddetto automatismo, tuttavia, fu poco dopo aspramente criticata da un'altra autorevole voce, secondo la quale era del tutto fuori luogo far ricorso a tale concetto. Il motivo di questo rifiuto consisteva in una diversa lettura dell'art. 1259 c.c., il quale – secondo la tesi in discorso – avrebbe invece lasciato al creditore una vera e propria alternativa, consistente nel subire passivamente, per dir così, il perimento della cosa, o attivarsi per subentrare e sostituire il debitore nel rapporto verso il terzo, responsabile della distruzione²⁹². Non un automatismo, dunque, bensì

²⁹⁰ In questi termini, N. DI PRISCO, *I modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, 2ª ed., in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, IX, *Obbligazioni e contratti*, I, Torino, 1999, 454, nota 41.

²⁹¹ Discorreva di "conversione" F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, II, 2, 8ª ed., Milano, 1952, 399 ss., lasciando comunque intendere che nel caso dell'art. 1259 c.c. non si potesse ravvisare una vera e propria estinzione dell'obbligazione per impossibilità sopravvenuta.

²⁹² Si vedano le osservazioni di E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, 2, *Vicende dell'obbligazione*, e IV, *Difesa preventiva e successiva dell'obbligazione*, Milano, 1955, 242 ss., spec. 243, nota 12, il quale, peraltro, rimproverava al Messineo l'inesattezza di una sua espressione,

un'opzione. La critica deve aver colto nel segno, tant'è che nella successiva edizione dell'opera nella quale il primo Autore aveva ricostruito la fattispecie in termini di "conversione" dell'obbligazione, il riferimento a quest'ultima scompare. Ad essa si preferirà la "derivazione" del diritto del creditore verso il terzo da quello che aveva nei confronti del debitore²⁹³.

Ad ogni modo, sebbene i concetti di conservazione e derivazione siano stati elaborati proprio nel tentativo di appianare il contrasto logico, oltretutto, secondo alcuni, giuridico, tra perimento della cosa dovuta e surrogazione reale, essi hanno ricevuto ulteriori osservazioni critiche nel corso del tempo²⁹⁴. In particolare, occorre dare atto dell'opinione di coloro che si sono spesi per dimostrare come l'art. 1259 c.c., malgrado la sua collocazione tra le disposizioni sull'impossibilità sopravvenuta della prestazione per causa non imputabile al debitore, in realtà vada a disciplinare una fattispecie che si colloca prima di tale impossibilità. È nel momento compreso, appunto, tra la distruzione della cosa e l'irrealizzabilità della prestazione per mancanza dell'oggetto che opera appieno il meccanismo surrogatorio. Su questo punto, una delle più autorevoli figure della nostra civilistica ha proposto un interessante e suggestivo parallelismo tra gli artt. 2742 e 1259 c.c., che non risulta, a quanto consta, essere stato successivamente ripreso o approfondito, salvo un caso del tutto isolato²⁹⁵. Per la chiarezza e la profondità del pensiero, è opportuno riportare testualmente quanto affermato da Emilio Betti: "in modo analogo come nell'ipotesi dell'art. 2742 al perimento della cosa sopravvive un residuo che ne prende il posto, così nell'ipotesi dell'art. 1259 al vincolo che legava il debitore al creditore rispetto alla cosa perita sopravvive

ovvero il *commodum surrogationis*. Affermava l'Autore che sarebbe più corretto discorrere di *commodum subrogationis*.

²⁹³ Discorre di "diritto derivato" (corsivo dell'Autore) F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, 9^a ed., Milano, 1959, 521. Egli, inoltre, dopo aver rilevato un'analogia con l'art. 2038 c.c., afferma che il secondo inciso dell'art. 1259 c.c. è da ricondurre al principio generale della surrogazione reale, laddove il creditore ha diritto di ottenere dal debitore quanto quest'ultimo abbia percepito in ragione dell'evento. Alla pagina 520, l'Autore provvede a correggere l'espressione secondo quanto indicatogli in precedenza da E. BETTI, *op. loc. cit.*

²⁹⁴ Ma anche qualche adesione. Si veda ad esempio M. ESU, *op. loc. cit.*, secondo la quale al creditore, in virtù del subingresso, fa capo un rapporto giuridico nuovo, derivato da quello preesistente, di cui svolge la stessa funzione.

²⁹⁵ Oltre alla Relazione del Guardasigilli già richiamata, solo A. MAGAZZÙ, *Il perimento della cosa e la teoria dell'efficacia giuridica*, in *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, I, 2, Milano, 1978, 1203 ss., a quanto consta, ha tentato di inquadrare quanto affermato da E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., 64 ss. nell'ambito del meccanismo surrogatorio.

nel potere di appropriazione un virtuale « *commodum repraesentationis* », destinato a compensare della perdita il creditore deluso; sopravvive, a guisa di un anello di congiunzione nell'intervallo fra il rapporto obbligatorio estinto e il nuovo". È senza dubbio significativo, poi, che lo stesso illustre Autore, nel fornire la distinzione tra i mezzi di difesa dell'obbligazione "preventivi" e "successivi" all'inadempimento, collochi l'art. 1259 c.c. e la relativa disamina tra i primi anziché tra i secondi²⁹⁶, lasciando forse intendere che tale disposizione operi nel momento precedente all'irrealizzabilità della prestazione.

Al di là della divisibilità, o meno, della surrogazione reale nell'ambito dei rapporti obbligatori, alla quale non pare che Emilio Betti abbia fatto espressamente riferimento, in ogni caso costui ha avuto il merito di aver quantomeno offerto degli spunti per escludere la tradizionale, diretta e immediata sequenza tra perimento della cosa e impossibilità sopravvenuta. Difatti, non c'è voluto molto, poi, prima che qualcuno tentasse di dimostrare l'inesattezza di questa automaticità, proprio mediante il ricorso al meccanismo surrogatorio, il quale esplica appieno – si è detto – la sua funzione nelle ipotesi in cui il bene oggetto della prestazione è andato distrutto o comunque non è più disponibile siccome sottratto, espropriato per pubblico interesse e via discorrendo, e al suo posto è possibile individuare un "sostituto".

Con riserva di approfondire questi aspetti nel prosieguo, si segnala comunque un'osservazione assolutamente interessante, secondo la quale "si tratta di salvaguardare l'aspettativa di soddisfacimento del creditore nelle ipotesi in cui essa può rimanere delusa, di apprestare allo stesso creditore un rimedio che consenta comunque la realizzazione del suo interesse tipico; e la soluzione si ispira ad una delle esigenze fondamentali della comunità, la conservazione dei beni e più generalmente dei valori giuridici"²⁹⁷. Tale soluzione sarebbe rappresentata, secondo l'opinione appena riportata, proprio dall'art. 1259 c.c., per cui ogniqualvolta residua alcunché dalla distruzione della cosa, il debitore si libera dall'obbligazione solo dopo aver eseguito la prestazione del residuo, che ben può essere rappresentato dal risarcimento dovuto dal terzo o dall'indennizzo corrisposto dalla compagnia d'assicurazioni.

²⁹⁶ E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., 143 ss.

²⁹⁷ Cfr. A. MAGAZZÙ, *Il perimento della cosa e la teoria dell'efficacia giuridica*, cit., 1290 ss.

Prima, tuttavia, di poter affermare con certezza che la surrogazione reale, nell'ambito qui in analisi, costituisca quel meccanismo per il quale si consente la conservazione dell'interesse del creditore anche a fronte della "perdita" della cosa dovuta, e che, dunque, non è di per sé inconciliabile con l'impossibilità della prestazione, occorre comunque dare atto del fatto che non è affatto isolata l'idea per la quale nell'art. 1259 c.c. ricorra il meccanismo surrogatorio²⁹⁸.

Se si accoglie l'impostazione per la quale la surrogazione reale ha una funzione precipuamente conservativa del rapporto giuridico – nei limiti in cui sussista un qualcosa sul quale farlo proseguire –, non sorprende allora che taluno abbia collocato l'art. 1259 c.c. tra le disposizioni che regolano l'adempimento parziale della prestazione. La disposizione, in breve, sancirebbe il diritto "ai residui della cosa dovuta"²⁹⁹. Occorre però distinguere, al pari di quanto già chiarito per tutte le ipotesi analizzate in precedenza, il caso in cui il creditore subentri al debitore nei diritti verso il terzo (art. 1259, prima parte, c.c.), da quello in cui si rivolga direttamente al soggetto passivo per pretendere "quanto egli abbia conseguito a titolo di risarcimento" (art. 1259, ultima parte, c.c.). Nel primo caso la surrogazione riguarda evidentemente i soggetti; nel secondo, l'oggetto, poiché, invece della cosa originaria, sarà dovuta quella "sostituta".

Poiché la disamina delle ipotesi tradizionalmente ricondotte alla surrogazione reale non è ancora conclusa, dovendosi necessariamente dare atto dall'altra disposizione cardine in tema, ovvero l'art. 2742 c.c., non è possibile, per il momento, formulare una conclusione certa e definitiva in proposito.

²⁹⁸ Per l'Italia, si vedano L.V. MOSCARINI, voce *Surrogazione reale*, cit., 973; M. ESU, voce *Surrogazione reale*, cit., 6 ss.; A. MAGAZZÙ, *La surrogazione reale*, cit., 12 ss.; seppur *incidenter tantum*, GIORGIANNI, *Dichiarazione di morte presunta*, cit., 150; C. TOMASSETTI, *La surrogazione reale*, cit., 823. Nella manualistica: F. GAZZONI, *op. loc. cit.*; P. RESCIGNO, *Manuale di diritto privato*, cit., 224; e A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, 48^a ed., Padova, 2017, 842. Più sfumata la posizione di A. GIANOLA, voce *Surrogazione reale*, cit., 240, il quale si limita a riferire che l'art. 1259 c.c. sarebbe un'ipotesi "discussa" di surrogazione reale, senza prendere posizione sul punto. Per la Spagna, con riferimento all'art. 1186 c.c. spagnolo, si veda J. ROCA JUAN, *Sobre la imposibilidad de la prestacion por perdida de la cosa debida*, in *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Federico De Castro*, II, Madrid, 1976, 523 ss. Per la Francia, si segnala M. MALAURIE, *Les restitutions en droit civil*, cit., 114 ss.

²⁹⁹ Il riferimento è a M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, Milano, 1959, 18 ss. Residui che, quantomeno in senso descrittivo, possono essere equiparati a quelli di cui all'art. 2742 c.c.

Capitolo III

La surrogazione nei diritti reali

SOMMARIO: 1. Introduzione. Perimento materiale o giuridico della cosa quali eventi che determinano la “trasformazione” della componente materiale del diritto

1. Introduzione. Perimento materiale o giuridico della cosa quali eventi che determinano la “trasformazione” della componente materiale del diritto

Nel capitolo precedente sono state illustrate le principali ipotesi di “sostituzione” di una cosa con un’altra nell’ambito dei rapporti obbligatori e, più precisamente, quando trattasi di restituire una cosa determinata, venuta a mancare per perimento o per trasferimento da parte di un soggetto non legittimato.

È ora il momento di passare alla disamina dei casi in cui si prevede l’applicazione del meccanismo surrogatorio a cose che costituiscono oggetto di un diritto reale, tanto di godimento, quanto di garanzia. Il primo e più evidente problema che si pone è, ancora una volta, quello della compatibilità tra l’evento del perimento, materiale o giuridico, della *res* e la “continuità” dell’originario diritto su quanto viene individuato dalla legge quale suo “sostituto”. Qualora si dovesse formulare una risposta positiva a questo interrogativo, ci si dovrebbe poi domandare se, proprio in quanto qui si tratta di diritti reali, sia possibile trasportare l’attributo della realtà *sic et simpliciter* alla cosa nuova. In altri termini, ammesso che alla distruzione non segua immediatamente la “perdita” del diritto e considerato che il bene “sostituto” potrebbe appartenere a una *species* diversa da quella della cosa venuta a mancare (*pretium succedit il locum rei*), occorre stabilire come si pone la funzione conservativa del meccanismo surrogatorio in relazione all’eventuale incompatibilità tra *res* nuova e diritto originario.

Senza voler qui anticipare i risultati dell’indagine, ai quali non si può pervenire se non dopo aver, almeno sommariamente, illustrato il modo d’operare di certe disposizioni, anche nel confronto con gli ordinamenti esteri più rappresentativi, si possono ora formulare alcune osservazioni in

prospettiva storica, poiché l'attuale legislazione sul tema qui in analisi è il risultato di un'elaborazione che affonda le proprie radici lontano nel tempo.

Innanzitutto, come si è potuto osservare nel capitolo primo, per secoli il problema del perimento della componente materiale del diritto reale non ha destato alcun problema, almeno dalla prospettiva del (destino del) diritto medesimo. Era difatti pacifico – e così è stato almeno sino al Codice Napoleone – che il venir meno della cosa comporta automaticamente e immediatamente l'estinzione di tutti i diritti che ineriscono alla medesima. Questo principio era un assioma indiscutibile, un vero e proprio dogma, tanto che nessuno, a quanto consta, nemmeno per assurdo, ha mai provato a metterlo in discussione³⁰⁰. Eppure oggi si contano una serie di disposizioni dall'inegabile intento "conservativo" di fronte al perimento materiale o giuridico del bene, tra le quali si possono richiamare gli artt. 1017 e 2742 c.c., solo per citare gli esempi più evidenti. Ciò significa che nei circa due secoli che separano la prima grande codificazione europea e il presente sono intervenuti dei mutamenti che hanno condotto a riconsiderare la portata del suddetto assioma. Anzi, a ben vedere, almeno con riferimento all'Italia, le disposizioni codicistiche che prendono in considerazione la rovina totale o parziale della cosa quasi sempre stabiliscono la continuità del diritto su quanto residua da tale evento o, nel caso in cui non sia rimasto alcunché, individuano un bene "sostituito"³⁰¹.

Si sarebbe allora portati a pensare che il tradizionale automatismo tra perimento ed estinzione del diritto non sia più un principio base dell'ordinamento, ma che, al contrario, tale principio abbia forse subito un'inversione³⁰². L'attuale legislazione, difatti, ha introdotto delle significative novità in tema di "trasferimento" del diritto reale da un bene a un altro, proseguendo una tendenza già in parte inaugurata dal Codice Pisanelli, se confrontato con il modello francese, ancora legato alla tradizione romanistica sul punto. L'obiettivo del legislatore, che emerge con assoluta chiarezza dalla

³⁰⁰ Per ulteriori osservazioni circa il perimento della cosa, si rinvia *retro* cap. I, par. 5.

³⁰¹ Oltre ai già richiamati artt. 1017 e 2742 c.c., si segnalano gli artt. 954, comma 3, 1016, 1018, 1019, 1020, 1128, comma 3 e 2878, n. 4, c.c. Di tutti si darà ampiamente conto nel prosieguo.

³⁰² In realtà, a ben vedere, già sotto la vigenza del Codice Pisanelli, taluno aveva tentato di sottoporre a revisione critica l'automatismo in virtù del quale al perimento della cosa segue l'estinzione del diritto. Si tratta di G. DONADIO, voce *Perimento*, cit., 462 ss. Il tentativo dell'Autore, tuttavia, a quanto consta, è rimasto isolato e peraltro mai ripreso dalla successiva dottrina.

semplice lettura degli artt. 1017 ss. c.c., è senza dubbio quello di garantire la continuità della situazione giuridica originaria, malgrado il verificarsi di accadimenti che ne fanno venir meno la componente materiale. Tale intento trova conferma già in una semplice considerazione, ovvero il netto cambiamento introdotto dalle disposizioni appena richiamate se confrontate con quelle proprie della codificazione abrogata, per cui si è passati dall'automatismo tra distruzione ed estinzione del diritto - sotto il codice previgente -, a un sistema esattamente inverso. Quanto precede vale soprattutto per l'usufrutto, poiché un principio simile a quello dell'art. 2742 c.c. era già presente nella prima codificazione nazionale, anche se, come si vedrà di seguito, esso incontrò numerose opposizioni e fu sempre percepito, dalla quasi totalità della dottrina, come una regola del tutto eccezionale.

Ad ogni modo, il problema del perimento della cosa riguarda indistintamente tanto i diritti reali di garanzia quanto quelli di godimento. In linea di principio, dunque, non v'è necessità di distinguere gli uni dagli altri, tanto è vero che il legislatore predispone per entrambi il medesimo meccanismo, ovvero il "trasferimento" del diritto su quella che genericamente chiama indennità, dovuta dall'assicuratore, dallo Stato e talvolta persino dal terzo responsabile per la distruzione. Non tutti i diritti reali si possono però trasferire su una somma di danaro, per cui si tratta di verificare se e quando tale "trasferimento", in chiave evidentemente conservativa, è conciliabile con le facoltà che il diritto attribuiva al titolare. A titolo meramente esemplificativo, si segnala il caso dell'abitazione: già a una prima e superficiale analisi, appare chiaro come tale diritto non possa proseguire su un indennizzo, poiché esso perseguiva determinate finalità che non sono affatto raggiungibili per equivalente, per dir così, sul danaro. Diversamente, invece, per l'ipoteca. Se quest'ultima - sia consentita per ora la generalizzazione - attribuisce al creditore preferito, tra le altre cose, la precedenza sugli altri per conseguire un determinato valore, è ammissibile che alla cosa originaria venga sostituito il danaro, poiché su questo si può ancora realizzare il fine cui mira il diritto reale di garanzia in discorso. Di tutto questo, in ogni caso, si darà conto più avanti. Per ora interessa solo premettere le vicende storiche che hanno riguardato la questione del perimento della cosa oggetto del diritto reale.

È possibile riassumere, con riserva di fornire maggiori dettagli nel prosieguo, le tappe di questo percorso evolutivo come segue. Innanzitutto, la nascita del problema nella pratica. Quando - all'incirca durante la rivoluzione

industriale – si diffonde l'assicurazione per l'incendio sugli immobili, ci si inizia a domandare se, nel caso in cui sul bene penda un diritto reale, il titolare del medesimo possa soddisfarsi sull'indennità dovuta in luogo dell'edificio perito. In assenza di una specifica disposizione legislativa, con particolare riferimento all'ipoteca, diviene sempre più comune, soprattutto in Francia, l'inserimento nei contratti per la sua costituzione di una particolare clausola, mediante la quale il creditore viene indicato dall'assicurato (debitore) come destinatario dell'eventuale indennizzo in caso di sinistro. Successivamente, proprio a fronte del successo di tali clausole, i legislatori nazionali iniziano a rendersi conto dell'esistenza del problema relativo al rapporto tra creditore garantito, perdita della garanzia e assicuratore, con la conseguenza che, all'incirca dalla metà del diciannovesimo secolo in poi, si assiste a una vera e propria proliferazione, in alcuni degli ordinamenti europei più rappresentativi, di legislazioni speciali, che, nei più svariati settori, prevedono la surrogazione dell'indennità alla cosa. In altri sistemi, invece, come si vedrà, il principio viene introdotto direttamente nella codificazione. A titolo meramente esemplificativo, si vedano l'*Allgemeines Landrecht* prussiano e il codice civile estense, che consentivano il "trasferimento" della garanzia dal bene perito all'indennità³⁰³.

Non molto diversamente accade per l'usufrutto. La questione si pone inizialmente per l'espropriazione per pubblica utilità: da un lato, si prospettava la liquidazione di due indennizzi, uno per il nudo proprietario e uno per l'usufruttuario, ma ciò presupponeva la complicata quantificazione monetaria del diritto di ciascuno; dall'altro, l'attribuzione di un'unica somma, sulla quale ognuno avrebbe continuato a esercitare il proprio diritto.

In questo articolato panorama, tuttavia, il Codice Napoleone – senza dubbio il più autorevole modello della sua epoca –, taceva del tutto sul punto e perciò lasciava come unica via quella dell'applicazione del principio tradizionale di origine romanistica: al perimento, materiale o giuridico, della cosa segue l'estinzione del diritto. Il silenzio del codice civile francese fu decisamente criticato, poiché imponeva una soluzione anacronistica per allora, in aperto contrasto con le esigenze della società industriale e del credito fondiario. Il legislatore d'oltralpe, seguito poi quelli degli altri sistemi

³⁰³ Cfr. *infra* nota 364, quanto alla regola contenuta nell'ALR prussiano, e la sez. II del presente capitolo, par. 6, per il testo dell'art. 2115 c.c. estense, il primo, a quanto consta, ad aver introdotto il principio della surrogazione dell'indennità alla cosa nella penisola italiana.

dell'Europa continentale, fu costretto a introdurre il principio surrogatorio solo pochi anni dopo l'entrata in vigore del *Code*, dovendo però ripiegare, come si vedrà, sulla legislazione speciale.

Infine, dopo che la surrogazione dell'indennità alla cosa ha finalmente trovato spazio nella legge, il dibattito si è spostato sul suo fondamento e sulla possibilità di estendere la regola a casi da essa non contemplati.

Questa sommaria esposizione delle tappe fondamentali lascia intuire l'indirizzo assunto dalle legislazioni europee e non solo, che si sono sempre più orientate verso la conservazione del diritto reale, ogniqualvolta, in caso di perimento, è possibile individuare un bene nuovo sul quale far proseguire il diritto medesimo. È sufficiente, per avere conferma di questa tendenza, volgere lo sguardo ai recenti esempi di codificazione, come il già richiamato *Código civil y comercial* argentino del 2015, il quale, all'art. 2194, dispone che "la garantía se traslada de pleno derecho sobre los bienes que sustituyen a los gravados, sea por indemnización, precio o cualquier otro concepto que permite la subrogación real". L'ultima parte della disposizione, in particolare, come si vedrà, presenta dei caratteri di indubbia novità e costituisce un passaggio fondamentale di un'evoluzione che sembra tuttora *in fieri*. Per tale ragione, quando s'accostano i concetti di diritto reale e perimento, sembra corretto esprimersi in termini di "trasformazione" della componente materiale della situazione giuridica in virtù del meccanismo surrogatorio, e non ricorrendo più al tradizionale assioma dell'estinzione.

Con riserva di specificare meglio questo passaggio nel prosieguo, si può affermare che la surrogazione dell'indennità alla cosa determina appunto un fenomeno di trasformazione, nel senso che il bene originario assume una veste diversa e viene "rappresentato" da quello nuovo, fermo restando il requisito del collegamento causale tra l'uno e l'altro, nel senso che il secondo deve essere subentrato in ragione del primo.

Sezione I

Diritti reali di godimento

SOMMARIO: 2. Surrogazione dell'indennità alla cosa usufruttuata: dal perimento quale causa automatica di estinzione del diritto al godimento "economico" della cosa - 3. Trasformazioni "economiche" della cosa oggetto dell'usufrutto - 4. Natura del diritto dell'usufruttuario sulla cosa "nuova" - 5. Applicabilità della disciplina sul perimento della cosa ai diritti di uso e abitazione

2. Surrogazione dell'indennità alla cosa usufruttuata: dal perimento quale causa automatica di estinzione del diritto al godimento "economico" della cosa

Nell'ambito dei diritti reali di godimento, come si diceva, uno dei problemi che ha occupato i giuristi di tutte le epoche è quello relativo agli eventi che colpiscono la cosa sulla quale tale diritto si esercita, in particolare quelli che ne provocano un mutamento oppure la distruzione. Per lungo tempo è sembrato naturale - forse, persino ovvio - che al venir meno dell'oggetto conseguisse automaticamente l'estinzione della relativa situazione giuridica. Il principio è rimasto costante per secoli, idealmente - sia consentita la generalizzazione - dal diritto romano sino all'epoca della codificazione napoleonica. La semplice idea che l'usufrutto, ad esempio, si potesse trasferire su una cosa nuova e che, dunque, nonostante l'evento distruttivo, esso continuasse a persistere immutato, risultava contraria ai più basilari principi di diritto. Da un certo momento storico, invece, si assiste a una progressiva erosione di questo postulato, prima da parte della dottrina, che si interroga, come si vedrà, su specifici casi, e poi del legislatore, che interverrà a sancire il trasferimento del diritto da una cosa a un'altra, al ricorrere di determinati eventi.

Prendendo come modello l'esempio italiano, si può osservare come nell'attuale codificazione vi siano una serie di ipotesi regolate espressamente dalla legge che costituiscono invero una fondamentale novità rispetto alla precedente. Il riferimento è agli artt. 1017, 1018, 1019 e 1020 c.c., che stabiliscono il trasferimento del diritto d'usufrutto dal bene originario a una

serie di “sostituti”, principalmente indennità – per utilizzare l’espressione del legislatore –, che possono essere dovute dal responsabile del danno, dall’assicuratore, oppure dalla pubblica amministrazione per l’esproprio. Tutte le richiamate disposizioni non trovano alcun antecedente diretto nel Codice Pisanelli e costituiscono, invero, un’inversione di tendenza dell’intero sistema, il quale è passato dall’automatismo tra perimento ed estinzione del diritto, al meccanismo opposto, per il quale ogniqualvolta è identificabile un “sostituto” del bene, il diritto prosegue su quest’ultimo.

Prima di soffermarsi sulle nuove regole dettate in occasione dell’attuale codificazione, è opportuno ripercorrere brevemente l’evoluzione storica che ha portato alla loro affermazione. Come si diceva, vengono qui in considerazione alcune vicende, come quelle di trasformazione o perimento della cosa, la quale, in seguito all’azione di fattori o agenti esterni, umani o naturali, può subire uno stravolgimento tale da sconvolgerne la funzione e, dunque, rendere la medesima non più utilizzabile, almeno con riferimento allo scopo per la quale era stata concepita. In senso naturalistico – e lo si è visto nel capitolo primo – non può mai discorrersi di distruzione vera e propria della cosa, nel senso accolto dalla scienza fisica, poiché in natura, in virtù del principio di conservazione della massa, nulla si crea, nulla si distrugge, ma tutto si trasforma³⁰⁴. Dal punto di vista giuridico, diversamente, l’ordinamento considera alcuni eventi che possono invece alterare, più o meno incisivamente, la funzione della *res*, sino ad escluderla del tutto. In altri termini, il sistema giuridico prende in considerazione determinati accadimenti che, appunto, incidono sulla cosa che costituisce l’elemento materiale del diritto, per cui, talvolta, essa, “mutata” a seguito di tali accadimenti, non è più suscettibile di costituire l’oggetto della situazione giuridica originaria.

Che il perimento del bene provochi l’estinzione del diritto è un’osservazione che non abbisognava di spiegazioni, tant’è che dal diritto romano sino alla codificazione napoleonica nessuno ha mai tentato, nemmeno per assurdo, di sottoporre a riflessione critica tale principio. La forza e la costanza di questo postulato sono facilmente comprensibili, per almeno due ragioni. In primo luogo, l’influenza esercitata dalle fonti e dai giuristi romani per i secoli seguenti. L’evento della distruzione della cosa era considerato un’ipotesi talmente scontata, quasi “scolastica”, di estinzione del diritto che

³⁰⁴ Si veda *retro* cap. I, par. 5.

per lungo tempo non si è nemmeno ritenuto necessario formulare delle riflessioni in proposito. Non è possibile in questa sede ripercorrere e ricostruire la concezione romana dell'*ususfructus*, ma si può comunque accennare al fatto che, soprattutto grazie alle elaborazioni di Ulpiano, l'usufrutto era inteso come il diritto di godere della cosa solamente nell'ambito della sua attuale e presente destinazione economica. Di conseguenza, anche la mera *rei mutatio* provocava inevitabilmente l'estinzione del diritto, poiché, appunto, la cosa "trasformata" - e, a maggior ragione, quella perita - aveva perso la sua destinazione originaria³⁰⁵. In secondo luogo, come si vedrà immediatamente, almeno sino alla metà del diciannovesimo secolo, non era diffuso il contratto d'assicurazione sugli immobili, sicché nella maggior parte dei casi di distruzione del bene per un evento naturale veniva a mancare la cosa "nuova" - oggi rappresentata dall'indennità³⁰⁶ - sulla quale, in ipotesi, trasferire e far proseguire l'usufrutto. Difatti, le prime riflessioni sul punto non si sono concentrate sul caso appena riportato, bensì sull'ipotesi del danno provocato dal terzo, essendo stato individuato il bene "sostituto", sul quale far idealmente continuare l'usufrutto, sul risarcimento da costui dovuto.

Il principio romanistico, sopra sommariamente riportato, è stato accolto dai redattori del Codice Napoleone, il quale, all'art. 624, comma 1, tuttora prevede che "si l'usufruit n'est établi que sur un bâtiment, et que ce bâtiment soit détruit par un incendie ou autre accident, ou qu'il s'écroule de vétusté, l'usufruitier n'aura le droit de jouir ni du sol ni des matériaux". Come si legge, anche nel caso in cui rimanga alcunché della cosa originaria, come potrebbero essere, ad esempio, i residui dell'edificio distrutto, magari in parte ricuperabili in vista di una nuova edificazione, è sancita l'estinzione in ogni caso del diritto, non potendo l'usufruttuario usufruire dei medesimi. È chiara la concezione

³⁰⁵ In generale, sull'istituto dell'usufrutto nel diritto romano, si segnala N. SCAPINI, voce *Usufrutto (dir. rom.)*, in *Enc. del dir.*, XLV, Milano, 1992, 1088 ss. Per un breve confronto tra il diritto romano e la legislazione del Regno d'Italia, si veda G. GROSSO, *Usufrutto e mutamenti della cosa*, in *Riv. dir. comm.*, 1944, II, 53 ss. Per alcune osservazioni sulla regola di diritto romano e l'attuale codificazione, invece, si segnala G. PUGLIESE, *Usufrutto, uso e abitazione*, 2ª ed., in *Trattato di diritto civile*, diretto da F. Vassalli, IV, 5, Torino, 1972, 612 ss.

³⁰⁶ Come rilevato da L. BIGLIAZZI GERI, *Usufrutto, uso e abitazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, XI, 1, Milano, 1979, 262, il termine "indennità", utilizzato indistintamente agli artt. 1017, 1019 e 1020 c.c. non risulta sempre preciso, poiché solo nell'ultima disposizione esso assume un significato tecnico (indennità d'esproprio); negli altri, invece, è evidente che si riferisca, rispettivamente, al risarcimento del danno o al *quantum* dovuto dall'assicuratore.

romanistica dell'evento in discorso: venuta meno la cosa nella sua conformazione originaria, il diritto è inesorabilmente perduto.

Quanto precede trova conferma nel comma 2 dell'art. 624 c.c. francese, laddove si prevede che "si l'usufruit était établi sur un domaine dont le bâtiment faisait partie, l'usufruitier jouirait du sol et des matériaux". Il *Code* distingue così l'ipotesi in cui l'usufrutto gravi su un edificio, oppure su un'area di cui il medesimo costituisce una parte. Nel primo caso, avendo il diritto ad oggetto esclusivamente la struttura, venuta meno quest'ultima non v'è possibilità alcuna di proseguire nella fruizione della stessa, nemmeno se rappresentata dai residui. Nel secondo, invece, la costruzione è solo una parte dell'oggetto dell'usufrutto, sicché il suo perimento non impedisce di continuare a godere di quanto sia rimasto, ovvero l'area e i materiali, come fosse un caso di perimento parziale.

La soluzione francese non parve però del tutto soddisfacente. Ad esempio, il Codice civile sabauda, entrato in vigore trentaquattro anni dopo quello d'oltralpe, già si discostava nettamente dalla soluzione adottata da quest'ultimo. L'art. 535 c.c. albertino, difatti, prevedeva il principio esattamente opposto per il caso in cui oggetto dell'usufrutto fosse solo l'edificio e non l'area. In questa ipotesi, l'usufruttuario aveva diritto di godere dell'area e dei materiali; il proprietario, tuttavia, aveva la facoltà di ricostruire il bene, ma avrebbe dovuto pagare, per la durata dell'usufrutto, gli interessi del valore dell'area e dei materiali³⁰⁷. Questa innovazione non fu però accolta da tutte le codificazioni preunitarie. I codici estense, parmense e del Regno delle Due Sicilie erano ancora fedeli alla regola francese e impedivano, sempre per il caso dell'usufrutto sul solo edificio, che l'usufruttuario continuasse a godere del residuo³⁰⁸.

Il quadro precedente al 1865, dunque, si presentava fortemente disomogeneo. La nuova codificazione nazionale, invece, ha messo ordine nella

³⁰⁷ L'art. 535, comma 1, c.c. albertino stabiliva che "se l'usufrutto è costituito sopra una possessione della quale faccia parte un edificio e questo venga distrutto da un incendio o da altro accidente, ovvero rovini per vetustà, l'usufruttuario avrà diritto di godere dell'area e dei materiali". Il comma secondo proseguiva con: "lo stesso sarà se l'usufrutto non è costituito che sopra un edificio: in tale caso però, ove il proprietario intenda di ricostruire altro edificio avrà questi il diritto di occupare l'area e di valersi dei materiali, pagando all'usufruttuario, durante il suo usufrutto, gli interessi del valore dell'area e dei materiali".

³⁰⁸ Si vedano gli artt. 496 c.c. estense, 479 e 480 c.c. parmense e, infine, 549 c.c. Regno delle Due Sicilie, i quali presentavano tutti una formulazione pressoché sovrapponibile a quella dell'art. 624 c.c. francese.

materia e si è discostata dal modello franco, per preferire quello del regno sabauda. È significativo che, nonostante un precedente di indubbia autorevolezza, quale il Codice Napoleone, si decise di consentire anche all'usufruttuario del solo edificio di continuare a godere dell'area e dei materiali. È altresì significativo che, per la prima volta, almeno su scala nazionale, all'evento del perimento della cosa non viene riconnessa *sic et simpliciter* la terminazione del diritto che aveva per oggetto la medesima, ma si prevede che all'usufruttuario spetti comunque un qualcosa, nonostante l'evento distruttivo.

I tempi però non erano ancora del tutto maturi per stabilire il trasferimento del diritto d'usufrutto da una cosa all'altra, come potrebbe essere, ad esempio, dal bene originario all'indennizzo assicurativo o al risarcimento del danno dovuto dal terzo. Ciò, tuttavia, non impedì alla dottrina più attenta dell'epoca di rilevare l'inadeguatezza delle scelte operate dai redattori del Codice Pisanelli, i quali si erano preoccupati di regolare, sempre nell'ambito della disciplina dell'usufrutto, persino il caso dei pali per le vigne (art. 489 c.c. abr.), o delle pelli degli animali (art. 513 c.c. abr.), ma avevano completamente tralasciato il rapporto tra l'usufruttuario e l'assicuratore³⁰⁹. Eppure, come dimostra l'indagine storica, al tempo della prima codificazione nazionale, la civilistica francese s'era già posta il problema della distruzione dell'immobile oggetto d'usufrutto da parte di un soggetto e aveva fornito una soluzione sorprendentemente innovativa, almeno per l'epoca, e simile a quella dell'attuale legislazione italiana. Il riferimento è al Proudhon, il quale, malgrado non abbia affrontato la questione in termini generali, si interrogò sul caso dell'incendio dell'immobile in seguito a fatto del terzo³¹⁰. L'illustre giurista francese immaginava due possibili soluzioni. Da un

³⁰⁹ La grave lacuna della prima codificazione nazionale è messa in rilievo da N. STOLFI, *Diritto civile*, II, 2, *I diritti reali di godimento*, Torino, 1928, 82 ss., anche con una certa ironia, almeno laddove l'Autore contrappone le disposizioni sui pali per le vigne e le pelli per gli animali – minuziosamente descritte dal Codice Pisanelli – al caso del perimento della cosa usufruttuata, del tutto ignorato, nonostante la sua innegabile maggior importanza.

³¹⁰ J.B.V. PROUDHON, *Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie*, IV, Digione, 1824, 35 ss., il quale si interrogava sulla soluzione da adottare in caso di perimento della cosa usufruttuata a causa di un terzo. L'Autore si prospettava la seguente alternativa: valutare il valore del diritto di proprietà e di usufrutto e liquidare ai rispettivi titolari il risarcimento, oppure corrispondere a costoro un'unica somma, sulla quale l'usufruttuario avrebbe continuato a esercitare il proprio diritto. Egli concludeva per la seconda soluzione, in quanto "le prix représente la chose, et qu'en conséquence il doit être admis (l'usufruttuario) à exercer sur l'un le même droit qu'il exerçait sur l'autre".

lato, la divisione tra nudo proprietario e usufruttuario della somma dovuta dall'autore del danno, in proporzione ai rispettivi diritti; dall'altro, l'assegnazione di tale somma al secondo dei predetti soggetti, di modo che potesse goderne in sostituzione dell'edificio perito, per tutta la durata residua del diritto. È significativa l'affermazione per cui, a questo proposito, "le prix représente la chose [...] il y a seulement novation dans l'objet de ce droit; donc il doit jouir du prix"³¹¹. Sebbene in forma, per dir così, ancora embrionale, nel pensiero in analisi si possono individuare almeno due innovazioni. In primo luogo, il rifiuto dell'automatismo tra distruzione della cosa e estinzione del diritto; in secondo luogo, la "novazione" dell'oggetto del diritto nel caso in esame, che potrebbe essere letta, ai fini che qui interessano, come una surrogazione appunto dell'oggetto. Poiché, tuttavia, l'opinione in discorso fu espressa successivamente all'entrata in vigore del Codice Napoleone, il legislatore francese poté tenerne conto solo nella legislazione speciale. Il principio secolare, d'origine romanistica, contenuto nel *Code*, in base al quale al perimento dell'immobile segue l'estinzione del diritto, fu disatteso quaranta anni dopo la sua consacrazione nella prima codificazione del diciannovesimo secolo. Un esempio di quanto qui si sostiene si può rinvenire nell'art. 39 della *loi* 3 maggio 1841 sull'*expropriation pour cause d'utilité publique*, il quale prevedeva un indennizzo unico (*une seule indemnité est fixée*), sul quale nudo proprietario e usufruttuario avrebbero dovuto esercitare i loro diritti, al posto del bene espropriato (*nu-propriétaire et l'usufruitier exercent leurs droits sur le montant de l'indemnité, au lieu de l'exercer sur la chose*)³¹².

È pur vero che l'espropriazione costituisce un caso di perimento giuridico e non materiale del bene, ma, se si fosse applicata la rigida regola del diritto romano, all'usufruttuario non sarebbe spettato alcunché, anche nel caso di un provvedimento ablatorio, in quanto il suo diritto aveva ad oggetto una particolare destinazione dell'immobile, che non poteva certo trovare un equivalente – secondo la visione "tradizionale" dell'epoca – in una somma di danaro.

³¹¹ J.B.V. PROUDHON, *Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie*, cit., 37. L'Autore prosegue affermando che, nel caso in cui il proprietario voglia ricostruire l'edificio, la somma dovuta dal terzo dovrebbe essergli attribuita a tale scopo, a condizione che corrisponda annualmente gli interessi della medesima all'usufruttuario. Una soluzione piuttosto simile a quella dettata ora dall'art. 1018, comma 2, c.c.

³¹² Il testo della legge è riportato da V.H. SOLON, *Commentaire de la loi sur l'Expropriation pour cause d'utilité publique*, Parigi, 1850, 80 ss.

Ad ogni modo, per quanto qui interessa, occorre mettere in luce la “crisi” del principio del diritto romano classico, iniziata nella metà del diciannovesimo secolo, che ha condotto la successiva dottrina francese, e non solo, ad affermare comunemente che la perdita della cosa non estingue il diritto d’usufrutto, ma ne muta l’oggetto³¹³. Come si diceva, il Codice Pisanelli non tenne affatto conto dei risultati raggiunti dalla dottrina e dalla legislazione speciale francesi, nonostante alcune codificazioni preunitarie avessero invece seguito l’esempio d’oltralpe. Allo stesso modo, fu tralasciato il caso relativo al perimento della cosa assicurata. Tali omissioni non furono affatto casuali, ma addirittura volontarie.

Occorre però fare un passo indietro. L’art. 606 del Progetto Cassinis prevedeva la seguente alternativa: il trasferimento dell’usufrutto sull’indennizzo, oppure, qualora quest’ultimo fosse stato impiegato per ricostruire l’edificio, la reviviscenza del diritto sul bene nuovo³¹⁴. Tuttavia, alcune circostanze indussero alla soppressione dell’articolo e poi all’abbandono totale di quel progetto. Da un lato, come riferito da illustri Autori, l’assicurazione sugli edifici non era una pratica diffusa al tempo della prima codificazione, sicché “mancavano esempi legislativi e studi e dispute forensi, che indicassero al legislatore la via da seguire”; dall’altro, in sede di lavori preparatori, furono avanzati numerosi dubbi sulla disposizione, in particolare sul rapporto tra il nudo proprietario che avesse speso una cifra superiore all’indennizzo e l’usufruttuario³¹⁵. Per queste ragioni, la regola non vide mai la luce, ma ciò non impedì alla dottrina di giungere comunque alla sua elaborazione, proprio in virtù del principio della surrogazione reale, per

³¹³ Per alcuni riferimenti agli autori francesi dell’epoca in esame, che hanno affermato quanto riportato nel testo, si segnala la raffinata e compiuta analisi condotta da R. CATERINA, *I diritti sulle cose limitati nel tempo*, Milano, 2000, 273 ss., spec. 287 ss.

³¹⁴ Il Progetto Cassinis fu successivamente scartato perché troppo simile al codice civile albertino. L’art. 606, comma 2, di tale progetto era formulato come segue: “Se l’edificio assicurato venga in seguito in tutto od in parte distrutto, l’usufrutto si trasferisce sulla somma dovuta dall’assicuratore, ove il proprietario costituito in mora non riedifichi la casa distrutta. In quest’ultimo caso l’usufrutto riviverà nell’edificio ricostruito; ma il proprietario non sarà tenuto ad impiegare nella ricostruzione una somma maggiore di quella proveniente dall’assicurazione”.

³¹⁵ Le vicende storiche della disposizione sono ricostruite da N. STOLFI, *Diritto civile*, II, 2, cit., 83. Riferisce l’Autore che fu suggerito di aggiungere un terzo comma all’art. 606 del Progetto Cassinis, in virtù del quale il diritto dell’usufruttuario era sostanzialmente limitato a quello originario, per cui il nudo proprietario che avesse ricostruito un edificio più esteso avrebbe avuto diritto a tenere per sé l’eccedenza. Tuttavia, si decise di sopprimere per intero l’articolo.

effetto del quale la somma pagata dall'assicuratore, si diceva già all'epoca, "starà in luogo della cosa"³¹⁶.

La tormentata genesi del principio in analisi è testimoniata, inoltre, dalla sua presenza in alcune delle codificazioni meno vicine, in senso temporale, a quella napoleonica, a riprova del fatto che esso impiegò diversi decenni prima di affermarsi compiutamente. Come visto, il codice civile abrogato rifiutò di recepire il trasferimento del diritto sulla cosa nuova. Il codice civile portoghese del 1867, invece, coevo al nostro, sembrerebbe, a quanto consta, il primo ad aver stabilito in termini generali il trasferimento dell'usufrutto sull'indennizzo corrisposto dall'assicuratore³¹⁷. Successivamente, nei codici di *fin de siècle* è possibile riscontrare la sua presenza: si segnalano, a titolo meramente esemplificativo, gli artt. 517 ss. c.c. spagnolo e 750, comma 3, ZGB³¹⁸, nonché i §§ 1045 e 1046 BGB.

Questo breve inquadramento storico-comparatistico illustra l'evoluzione seguita dai sistemi europei continentali più rappresentativi, nei quali si è passati dall'estinzione automatica del diritto, a fronte del perimento della *res*, a un sistema che consente la prosecuzione del medesimo su una nuova componente materiale. Si può discorrere, a questo proposito, di godimento "economico" della cosa, con ciò intendendosi la maniera in cui l'usufruttuario continua a trarre utilità non da quella originaria, bensì dal suo sostituto, rappresentato dall'indennizzo dovuto dall'assicurazione, dallo stato o dal terzo. È giunto perciò il momento di soffermarsi sull'attuale conformazione della nostra legislazione e tratteggiare le caratteristiche di tale particolare godimento.

³¹⁶ Discorre di surrogazione reale N. STOLFI, *Diritto civile*, II, 2, cit., 84. Per alcuni riferimenti alle opere di autori che ammettevano il trasferimento del diritto sul risarcimento del danno dovuto dal terzo, invece, si veda F. DE MARTINO, *Usufrutto, uso, abitazione*, 4^a ed., in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, sub Art. 1017, Bologna-Roma, 1978, 342, nota 1.

³¹⁷ Si trattava dell'art. 2246, comma 2, c.c. portoghese del 1867.

³¹⁸ L'art. 750, comma 2, ZGB presenta, tra quelli segnalati, la formulazione più ampia. Esso difatti stabilisce che "quando in luogo della cosa perita ne sia fornita un'altra, come nei casi di espropriazione o d'assicurazione, l'usufrutto continua sulla cosa sostituita". I codici civili spagnolo e tedesco, invece, si riferiscono direttamente e immediatamente all'indennizzo dell'assicuratore, senza premettere una formulazione generale come quello svizzero.

3. Trasformazioni “economiche” della cosa oggetto dell’usufrutto

Tra le cause che provocano l’estinzione del diritto d’usufrutto, l’art. 1014, n. 3, c.c. annovera il perimento totale della cosa sulla quale è costituito. Quella che potrebbe sembrare una disposizione ovvia, già a una prima e superficiale analisi, è smentita, per dir così, da due circostanze ricavabili immediatamente dalla completa lettura della disposizione medesima e di quelle che la seguono. Innanzitutto, il numero 3 dello stesso art. 1014 c.c. specifica che la perdita deve essere appunto completa e difatti esso va letto e coordinato con il successivo art. 1016 c.c., a norma del quale, se residua alcunché dalla distruzione, l’usufrutto prosegue su ciò che è rimasto. Inoltre, agli artt. 1017 ss. c.c. si trovano una serie di disposizioni che stabiliscono il “trasferimento” del diritto in discorso su un’altra cosa, per i casi di perimento materiale o giuridico del suo oggetto.

Il sistema delineato dal codice civile, dunque, si presenta fortemente innovativo rispetto a quello – sia consentita l’espressione – più semplicistico delle prime codificazioni ottocentesche. Tuttavia, a questa apprezzabile innovazione, proprio alla luce di quanto appena osservato, non è seguito un impiego corretto della terminologia giuridica. Difatti, è stata rilevata un’inesattezza tecnica contenuta nell’art. 1014 c.c., laddove esso non ha considerato tutte le dette ipotesi di “trasferimento” del diritto, il quale non costituisce assolutamente un caso di estinzione a seguito della perdita della cosa. Con una proposta senza dubbio condivisibile, s’è detto che sarebbe stato necessario aggiungere al numero 3 dell’art. 1014 c.c. un’ultima parte, per specificare che l’estinzione del diritto non si verifica tutte le volte in cui si ha la “trasformazione”, appunto, per trasferimento da un oggetto all’altro³¹⁹. In altre occasioni, il legislatore è stato effettivamente più attento a curare la forma delle espressioni e la coerenza del sistema, come, ad esempio, nell’art. 2878 c.c., quando ha puntualizzato che il perimento del bene estingue l’ipoteca solo quando non opera il meccanismo dell’art. 2742 c.c.

a) perimento dell’edificio per colpa o dolo di terzi

³¹⁹ Cfr. D. BARBERO, *L’usufrutto e i diritti affini*, Milano, 1952, 505 ss., secondo il quale se si trattasse effettivamente di perimento (della cosa) ed estinzione (del diritto), non si potrebbero spiegare gli artt. 1017, 1019 e 1020 c.c., nei quali si realizza in realtà un trasferimento (o “trasformazione”, per utilizzare la sua espressione) dell’usufrutto, unico meccanismo in grado di spiegare la “reviviscenza” o la “prosecuzione” del diritto su di un bene nuovo.

La prima disposizione che stabilisce il trasferimento dell'usufrutto su un'altra cosa è l'art. 1017 c.c., a norma del quale se il perimento del bene non è conseguenza di caso fortuito, il diritto si trasferisce sull'indennità dovuta dal responsabile del danno. L'introduzione di una siffatta regola è stata imposta dalla lacuna del precedente codice, sotto il vigore del quale si riteneva dovessero applicarsi i principi generali della responsabilità civile qualora il terzo, mediante fatto proprio, avesse danneggiato parzialmente o totalmente la cosa, arrecando un nocumento al nudo proprietario e all'usufruttuario. Parte della dottrina, molto probabilmente sulla scia della legislazione speciale francese poc'anzi riportata, aveva sostenuto che, pur in mancanza di una disposizione specifica, l'usufrutto sarebbe proseguito sul valore della cosa e sul risarcimento del danno³²⁰. Tuttavia, come si vedrà soprattutto con riferimento all'art. 2742 c.c., la più rigida dogmatica rifiutava nettamente soluzioni di questo genere, poiché i concetti di perimento e "trasferimento" o "sopravvivenza", che dir si voglia, del diritto risultavano del tutto incompatibili tra loro e ciò diede adito a forti dibattiti sul punto, tanto da indurre il legislatore a dover prevedere nella nuova codificazione una regola *ad hoc*.

È opinione comune che la *ratio* dell'art. 1017 c.c. sia da rinvenire nella continuazione dell'usufrutto sino a quando vi siano delle possibilità economiche di godimento e sfruttamento, poiché si realizza semplicemente un fenomeno di trasformazione della ricchezza³²¹. Non si tratta di una conversione immediata e diretta del bene in una somma di danaro, poiché è sempre richiesto l'accertamento della responsabilità del terzo e, soprattutto, la corresponsione da parte sua del risarcimento sul quale esercitare l'usufrutto. Ad ogni modo, la mancata immediatezza del trasferimento non esclude affatto l'evidente effetto conservativo voluto dal legislatore, il quale consente

³²⁰ La soluzione, che ora trova riscontro nell'art. 1017 c.c., fu avanzata sotto l'imperio del Codice Pisanelli da G. VENEZIAN, *Dell'usufrutto, dell'uso e dell'abitazione*, 2^a ed., II, Napoli-Torino, 1936, 152 ss.

³²¹ Per tutti, G. PUGLIESE, *Usufrutto, uso e abitazione*, cit., 617 ss., e F. DE MARTINO, *op. loc. cit.* Aderiscono a questa condivisibile analisi A. GUARNERI, D. TESSERA, *Dell'usufrutto, dell'uso e dell'abitazione*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, continuato da F.D. Busnelli, sub Artt. 978-1026, Milano, 2017, 914, e A. PALERMO, C. PALERMO, *Usufrutto. Uso - abitazione*, in *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, fondata da W. Bigiavi, 2^a ed., Torino, 1978, 501.

l'ulteriore realizzazione della situazione giuridica su una cosa diversa, malgrado il perimento³²².

b) perimento dell'edificio e residui materiali

L'art. 1017 c.c. è seguito da una serie di disposizioni di contenuto analogo, che prendono in considerazione però altri "sostituti". Tra queste v'è l'art. 1018 c.c., che regola due distinte ipotesi, a seconda che oggetto del diritto sia un fondo del quale fa parte un edificio (primo comma), oppure soltanto una costruzione (secondo comma). In entrambi i casi l'usufruttuario ha diritto di godere dell'area e dei materiali. Sul contenuto della regola di cui al primo comma si è già detto: essa è assimilabile a un perimento parziale, che riguarda un accessorio (l'edificio) e non la cosa principale (il fondo) sulla quale pende l'usufrutto; non sorprende perciò che all'usufruttuario sia riservato il godimento del residuo.

Più problematica pare, invece, la previsione del secondo comma, laddove assegna a quest'ultimo l'area e i materiali, sempreché il proprietario intenda riedificare, nel qual caso egli dovrà corrispondere gli interessi sulla somma corrispondente al valore di dette rimanenze, reimpiegate nella nuova costruzione. Ci si domanda, in altri termini, per quale ragione il legislatore abbia riservato all'usufruttuario il godimento di queste ultime, persino sotto forma del loro valore. Come visto, il caso in analisi era risolto dal Codice Napoleone con la presa d'atto dell'impossibilità di proseguire nella fruizione del bene (dei suoi sostituti o dei residui), in quanto inesorabilmente trasformato per effetto della distruzione. Il Codice Pisanelli (art. 520, comma 2, c.c. abr.) aveva però accolto un principio inverso. La ragione è da rintracciare nella volontà del legislatore di conservare la situazione giuridica, almeno finché sussiste, al pari dell'art. 1017 c.c., un qualcosa che abbia un valore economico e sia in qualche modo sfruttabile³²³. Così, l'usufruttuario potrà continuare a godere dell'area, traendo utilità dalla medesima, nonché dei materiali, evidentemente qualora voglia egli stesso procedere alla riedificazione³²⁴.

³²² In questi termini, A. MAGAZZÙ, voce *Surrogazione reale*, cit., 1503.

³²³ Si veda ancora G. PUGLIESE, *Usufrutto, uso e abitazione*, cit., 614, il quale formula principio in virtù del quale l'usufrutto "continua su ciò che residua dopo il perimento o la prestazione, sempre che abbia valore".

³²⁴ Sono discusse le conseguenze della ricostruzione dell'edificio da parte dell'usufruttuario nel caso in cui l'usufrutto gravasse solo su quest'ultimo. Secondo F. DE

L'art. 1018, comma 2, c.c. rimette però la facoltà di scegliere se procedere alla ricostruzione prima di tutto al proprietario. È stata accordata in questo senso una preferenza all'interesse sociale ed economico alla riparazione di un bene distrutto. Al nudo proprietario, dunque, si presenta un'alternativa: da un lato, l'inerzia, che consentirà all'usufruttuario di godere dell'area e dei materiali o di procedere a una nuova costruzione; dall'altro, procedere egli stesso all'edificazione, a patto però che paghi al titolare del diritto reale di godimento, per tutta la sua durata, gli interessi sulla somma corrispondente al valore di detti beni.

In ogni caso, si realizza una trasformazione della cosa oggetto del diritto d'usufrutto, che passa, evidentemente, dall'originario edificio all'area e ai materiali. Questi ultimi possono essere goduti dall'usufruttuario direttamente, qualora non si proceda alla nuova costruzione, oppure – come efficacemente affermato – indirettamente, ovvero tramite la percezione dei suddetti interessi. È per questa ragione che la facoltà del proprietario di cui al secondo comma dell'art. 1018 c.c. non integra affatto un potere unilaterale di cessazione del diritto, poiché costui è comunque tenuto a corrispondere gli interessi³²⁵.

Riassumendo, dunque, l'art. 1018 c.c., almeno dalla prospettiva che qui interessa, appare significativo per due ragioni. In primo luogo, serve a circoscrivere il principio in virtù del quale al perimento del bene consegue l'estinzione del diritto. In secondo luogo, laddove dispone la modificazione della cosa sulla quale si esercita l'usufrutto, dimostra che le vicende riguardanti la medesima (vedi la distruzione), non incidono sulla continuità della situazione giuridica, poiché il diritto dell'usufruttuario permane su una cosa diversa, essendogli comunque consentito di trarre dalla medesima (ovvero l'area, i materiali o gli interessi sul valore di questi ultimi) tutte le possibili utilità, in conformità proprio all'essenza del diritto d'usufrutto³²⁶.

MARTINO, *Usufrutto, uso, abitazione*, cit., 345, nota 3, l'usufruttuario che riedifica la struttura sarebbe da considerarsi, ai sensi dell'art. 936 c.c., costruttore di mala fede e perciò non avrebbe diritto a recuperare le spese dell'opera. Di diverso avviso sono G. PUGLIESE, *Usufrutto, uso e abitazione*, cit. 615 e D. BARBERO, *L'usufrutto e i diritti affini*, cit., 479 ss., ai quali pare più corretto, invece, considerare il caso in analisi come un'aggiunta di cui all'art. 986 c.c., con la conseguenza che, essendo il nuovo edificio un'aggiunta all'area, a costui spetterà il diritto al rimborso, purché, chiaramente, egli abbia interpellato il proprietario, il quale non abbia deciso di esercitare la sua facoltà di ricostruzione, in questo caso prevalente.

³²⁵ L'osservazione è di A. MAGAZZÙ, *Il perimento della cosa e la teoria dell'efficacia giuridica*, cit., 1253.

³²⁶ Cfr. ancora MAGAZZÙ, *Il perimento della cosa e la teoria dell'efficacia giuridica*, cit., 1254; concetto ribadito in ID., voce *Surrogazione reale*, cit., 1504. Chiarisce l'Autore – si ritiene a

c) perimento dell'edificio assicurato dall'usufruttuario ed espropriazione per pubblica utilità

Il quadro appena rappresentato, relativo alle trasformazioni economiche dell'oggetto del diritto reale di godimento, è completato dagli artt. 1019 e 1020 c.c., riguardanti sempre il caso del perimento, rispettivamente, materiale e giuridico della cosa, alla quale subentra l'indennità d'assicurazione o d'esproprio. Anche queste disposizioni costituiscono un'assoluta novità rispetto la precedente codificazione³²⁷. L'art. 1019 c.c., al primo comma, richiede un presupposto per l'operatività del trasferimento dell'usufrutto dalla cosa perita all'indennità, ovvero che l'assicurazione sia stata stipulata dall'usufruttuario, o che costui abbia provveduto al pagamento dei premi³²⁸. Il comma seguente, poi, regola l'ipotesi in cui con la somma corrisposta dall'assicuratore il nudo proprietario intenda riedificare: l'usufrutto, in questo caso, si trasferisce sull'edificio ricostruito. Se però il danaro impiegato nella ricostruzione è superiore a quello spettante in usufrutto, il diritto dell'usufruttuario sul nuovo bene è limitato in proporzione di quest'ultimo³²⁹.

Ancora una volta, prevale l'interesse al ripristino di un edificio distrutto, poiché, come si evince chiaramente dalla disposizione, l'usufruttuario non può opporsi alla scelta del nuovo proprietario, ma, anzi, deve liberare l'area e rilasciare il possesso dei materiali (residui), per consentire i lavori³³⁰. Il titolare del diritto di godimento, in ogni caso, non

ragione - che le vicende qui in analisi sono solo ed esclusivamente modificative (della componente materiale) dell'usufrutto, poiché il bene in senso giuridico, ossia lo sfruttamento di tutte le utilità che la *res* può dare, rimane identico.

³²⁷ In assenza di una regola specifica, era dibattuto cosa sarebbe accaduto all'usufrutto qualora l'edificio fosse andato distrutto. La soluzione più innovativa per l'epoca, nel senso di consentire all'usufruttuario di trasferire il proprio diritto sull'indennità in caso di sinistro, era sostenuta da G. VENEZIAN, *Dell'usufrutto, dell'uso e dell'abitazione*, cit., 151 ss., ma solo a condizione che - specificava l'Autore - costui avesse pagato i relativi premi.

³²⁸ Si deve dunque ritenere che se l'usufruttuario non ha provveduto alla stipula della polizza o al pagamento dei premi, qualora essa sia stata conclusa dal nudo proprietario, egli non avrà diritto alcuno sull'indennità. Per tutti, F. DE MARTINO, *Usufrutto, uso, abitazione*, cit., 346.

³²⁹ Nell'ipotesi inversa, ovvero qualora sia impiegata una somma minore per riedificare, l'usufruttuario avrà diritto all'usufrutto sulla nuova struttura e la somma residua. Cfr. D. BARBERO, *L'usufrutto e i diritti affini*, cit., 493 ss.

³³⁰ Nel periodo compreso tra il perimento e la ricostruzione si verifica una compressione dei diritti dell'usufruttuario, poiché egli non può né godere dell'area, evidentemente occupata dal cantiere, né percepire i frutti dell'indennità, in quanto reinvestita nella nuova opera. Si tratta, come rileva giustamente G. PUGLIESE, *Usufrutto, uso e abitazione*,

rimarrà insoddisfatto. Come l'indennizzo è sottoposto all'usufrutto, così lo sarà anche la nuova struttura, realizzata con l'impiego di quest'ultimo³³¹.

La disposizione non stabilisce un termine entro il quale assumere la decisione relativa all'impiego dell'indennizzo e ciò potrebbe tradursi in un danno per l'usufruttuario, rimesso indefinitamente alla volontà del nudo proprietario. Si ritiene, per tale ragione, che una volta riscossa la somma, ovvero quando sia stata messa a disposizione dall'assicuratore, il proprietario dovrebbe nel minor tempo possibile operare una scelta³³². Qualora la somma in discorso sia divenuta (nuovo) oggetto dell'usufrutto e si sia perciò stabilizzato, per dir così, il diritto, il titolare della cosa perita non potrà più variare a piacimento la situazione che si è venuta a creare³³³.

A chiusura delle disposizioni che stabiliscono il trasferimento del diritto sull'indennità, si trova quella per il caso dell'espropriazione per pubblica utilità. Contrariamente a quanto accaduto in relazione alle fattispecie esaminate sino ad ora, l'art. 1020 c.c. conta un antecedente storico, tuttavia non nel Codice Pisanelli, bensì nella legislazione speciale, ovvero nella legge n. 2359 del 1865³³⁴. La previsione in analisi senza dubbio facilitò il compito degli interpreti chiamati a stabilire le conseguenze del provvedimento della pubblica amministrazione sul diritto reale di godimento. La dottrina più attenta, movendo dalla suddetta previsione, riconosceva "la surrogazione dell'indennità di spropriazione", sulla quale "si trasportano" i diritti dell'usufruttuario³³⁵.

In giurisprudenza, invece, sempre sotto l'imperio del codice abrogato, la questione era risolta talvolta consentendo la prosecuzione dell'usufrutto sul prezzo che ne rappresenta l'equivalente, mediante la percezione degli

cit., 621, di un "sacrificio inevitabile", dettato dalla necessità di favorire l'interesse generale alla ricostruzione di un bene distrutto.

³³¹ Ciò significa che la decisione del nudo proprietario di procedere alla riedificazione non sacrifica affatto il diritto dell'usufruttuario. Cfr. G. PUGLIESE, *Usufrutto, uso e abitazione*, cit., 620 ss.

³³² Potrebbe infatti darsi che il tempo impiegato a prendere la decisione posticipi quello dell'inizio dei lavori, con il risultato che la ricostruzione si concluda, ad esempio, dopo la scadenza dell'usufrutto.

³³³ D. BARBERO, *L'usufrutto e i diritti affini*, cit., 491.

³³⁴ Si trattava, in particolare, dell'art. 52, comma 2, a norma del quale "pronunciata l'espropriazione, tutti i diritti anzidetti si possono far valere non più sul fondo espropriato, ma sull'indennità che lo rappresenta". Tra i diritti elencati al primo comma figuravano le azioni di rivendicazione, d'usufrutto e d'ipoteca.

³³⁵ Sono queste le parole di G. VENEZIAN, *Dell'usufrutto, dell'uso e dell'abitazione*, cit., 156, secondo il quale tale soluzione si ricavava "implicitamente" dal dettato della legge.

interessi, talaltra assegnando direttamente all'usufruttuario la parte di detto prezzo, in proporzione al valore del suo diritto. Si registravano, in breve, decisioni dal contenuto contrastante – nonostante la legge richiamata in precedenza –, anche se sembrava prevalere la prima delle soluzioni riportate³³⁶.

L'art. 1020 c.c. ha posto definitivamente fine alla diatriba, sancendo una volta per tutte il trasferimento dell'usufrutto sull'indennità d'espropriazione o requisizione. La dottrina è unanime nel ravvisare un parallelismo tra la disposizione in discorso e l'art. 1017 c.c., laddove stabilisce che il diritto reale di godimento prosegue sul risarcimento dovuto dal terzo. In altri termini, la *ratio* che ispira le disposizioni è esattamente la medesima, in quanto si ha in entrambi i casi una trasformazione della cosa in una somma di danaro dovuta o dal responsabile del danno o dall'amministrazione espropriante³³⁷.

Questa circostanza trova adeguata conferma nei lavori preparatori del codice, avendo il Guardasigilli Grandi affermato che "lo stesso trasferimento (dell'art. 1017 c.c., *ndr*) si opera se la cosa sia requisita o espropriata per pubblico interesse"³³⁸.

4. Natura del diritto dell'usufruttuario sulla cosa "nuova"

Dopo aver esaminato sommariamente le disposizioni che stabiliscono il trasferimento del diritto d'usufrutto su una delle indennità anzidette, è il momento di soffermarsi sul meccanismo che permette tale trasferimento. Gli artt. 1017 ss. c.c., come si è cercato di dar conto, hanno avuto una genesi travagliata, tanto che il legislatore ha evidentemente sentito il bisogno di porre delle regole specifiche e determinate per risolvere le questioni sorte in loro assenza. È tuttavia significativo che, data una pluralità di possibili alternative, si sia deciso di scegliere per quelle ricordate in precedenza e, soprattutto, di stabilire appunto detto "trasferimento". Le altre soluzioni, difatti, spaziavano

³³⁶ Per un'efficace sintesi degli orientamenti contrapposti dell'epoca, si segnala A. GIAQUINTO, *Dei diritti dell'usufruttuario sul fondo espropriato*, in *Riv. crit. dir. e giur.*, 1905, II, 65 ss. L'Autore si dichiarava favorevole alla tesi della continuità dell'usufrutto sul bene nuovo, ovvero l'indennizzo. Un cenno alla divergenza di soluzioni si rinviene anche in G. PUGLIESE, *Usufrutto, uso e abitazione*, cit., 623.

³³⁷ In questo senso A. GUARNERI, D. TESSERA, *Dell'usufrutto, dell'uso e dell'abitazione*, cit., 952; G. PUGLIESE, *Usufrutto, uso e abitazione*, cit., 622; D. BARBERO, *L'usufrutto e i diritti affini*, cit., 494.

³³⁸ Così la *Relazione al Re*, n. 486.

dall'estinzione pura e semplice del diritto, quale conseguenza del perimento della *res*, sino all'attribuzione all'usufruttuario di una parte della somma dovuta dal terzo, dall'assicuratore o dall'amministrazione, al nudo proprietario. A queste due soluzioni - l'una già fatta propria dalla codificazione napoleonica e l'altra avanzata in dottrina - è stata però preferita, per dir così, una terza via, che, sia consentita la generalizzazione, consiste nella "conservazione" del medesimo diritto su una cosa diversa. Talvolta, quest'ultima può essere della stessa specie di quello venuto a mancare, come nel caso regolato dall'art. 1019, comma 2, c.c., ovvero la ricostruzione dell'edificio perito³³⁹. Talora, invece, la cosa "nuova" assume le forme di una somma di danaro, sulla quale il diritto sarà esercitato secondo l'art. 1000 c.c.

All'usufruttuario spetta perciò non il capitale in sé e per sé, bensì il capitale in quanto produttivo d'interessi. Egli potrà soddisfarsi con il godimento del reddito prodotto dalla somma, per tutta la durata residua del diritto, indipendentemente dal fatto che essa sia dovuta in virtù del danno provocato dal terzo, del contratto d'assicurazione o dell'espropriazione³⁴⁰. Proprio in relazione a quest'ultima ipotesi, taluno ha sostenuto l'inesattezza del termine "trasferimento", impiegato dal legislatore negli artt. 1017 ss. c.c., poiché - si è detto - in realtà vi sarebbe un'estinzione dell'usufrutto come diritto reale e la contestuale sua conversione in usufrutto di credito, ossia un diritto personale³⁴¹.

Da un punto di vista strettamente formale, il rilievo appena riportato è senz'altro divisibile. D'altra parte, appare impossibile equiparare un bene immobile a una somma di danaro. Tuttavia, come si vedrà immediatamente, l'intenzione del legislatore, come risulta sia dalla terminologia impiegata che dal confronto con altre disposizioni, è quella di dare continuità alla situazione giuridica riconosciuta all'usufruttuario e di non sacrificare il suo diritto al verificarsi di determinati eventi. Difatti, è stato ipotizzato che le disposizioni esaminate costituiscano un'applicazione del principio surrogatorio, in virtù

³³⁹ Secondo M. ESU, voce *Surrogazione reale*, cit., 12, se sussiste l'accordo tra usufruttuario e nuovo proprietario, il diritto reale di godimento si può ricostituire sulla cosa nuova procurata dal responsabile del danno, a mo' di reintegrazione in forma specifica.

³⁴⁰ Che si debba applicare l'art. 1000 c.c. è affermazione pacifica in dottrina. Cfr. F. DE MARTINO, *Usufrutto, uso, abitazione*, cit., 343; D. BARBERO, *L'usufrutto e i diritti affini*, cit., 485; L. BIGLIAZZI GERI, *Usufrutto, uso e abitazione*, cit., 263; G. PUGLIESE, *Usufrutto, uso e abitazione*, cit., 618.

³⁴¹ L. BIGLIAZZI GERI, *Usufrutto, uso e abitazione*, cit., 262 ss., secondo la quale, per tale ragione, non sarebbe corretto discorrere di surrogazione reale.

del quale, al verificarsi di un determinato accadimento (il perimento materiale o giuridico), che rende indisponibile la cosa oggetto del diritto, quest'ultimo prosegue su una nuova, anziché estinguersi.

Innanzitutto, occorre sottolineare l'opportunità della scelta operata dal legislatore. Come si avrà modo di vedere anche in relazione all'art. 2742 c.c., se al nudo proprietario, a seguito del venir meno della componente materiale del diritto, fosse consentito di trattenere per sé una delle indennità in discorso, egli trarrebbe da tale evento un indebito vantaggio, poiché potrebbe liberamente e pienamente godere dell'equivalente di quanto è venuto a mancare³⁴². Al di là, però, di queste valutazioni sulla indubbia convenienza della regola posta dall'attuale legislazione, si ritiene di poter affermare che la vera ragione alla base delle innovazioni apportate in occasione della nuova codificazione sia da rintracciare, come autorevolmente affermato, "in un orientamento generale, ignoto ancora in massima alla precedente dottrina: quello per cui ogni qualvolta è dovuta da terzi una somma di denaro, che rappresenta il valore della cosa perita o espropriata, l'usufrutto risorge su codesto credito"³⁴³. Non si ritiene del tutto corretto discorrere di "risorgimento" del diritto, poiché tale termine lascia intendere una duplice vicenda estintivo-constitutiva, ma, ad ogni modo, le parole dell'illustre Autore consentono di escludere che al perimento della cosa segua inesorabilmente l'estinzione del diritto.

Il legislatore, in altre parole, ha chiaramente voluto regolare il rapporto tra usufruttuario e nudo proprietario in termini di continuità³⁴⁴. Ciò risulta da almeno due elementi. In primo luogo, l'inversione di tendenza operata con l'introduzione degli artt. 1017 ss. c.c. rispetto alla precedente codificazione. A parità di evento - il perimento -, si è passati dall'estinzione alla persistenza del diritto. In secondo luogo, è stabilito espressamente che l'usufrutto "si trasferisce" da una cosa all'altra, sicché tale termine dovrebbe condurre a

³⁴² L'osservazione è di A. GIAQUINTO, *Dei diritti dell'usufruttuario sul fondo espropriato*, cit., 67. Nel caso dell'art. 2742 c.c., il debitore avrebbe allo stesso modo un indebito vantaggio, poiché potrebbe liberamente disporre di quanto subentrato nel suo patrimonio in virtù di quello che fu l'oggetto della garanzia perita; con ulteriore beneficio per i creditori non garantiti, i quali vedrebbero aumentate le possibilità di soddisfare il loro credito sull'indennizzo che prende il posto della cosa.

³⁴³ Sono le parole di G. PUGLIESE, *Usufrutto, uso e abitazione*, cit., 623.

³⁴⁴ Anzi, a ben vedere, il legislatore ha espressamente fatto sapere, mediante la *Relazione al Re*, n. 486, in riferimento all'art. 1019 c.c., che "anche nel caso di assicurazione si applica la regola della surrogazione reale".

escludere che il diritto venga meno. L'argomento non è certo decisivo, ma costituisce uno dei tanti che consente di dubitare che si tratti di una duplice vicenda estintivo-costitutiva, come sembrerebbe invece sostenere la dottrina appena richiamata³⁴⁵. Ad ogni modo, si può affermare che all'usufruttuario continuerà a spettare il diritto di trarre dalla cosa (nuova) tutte le utilità che la medesima può dare (art. 981, comma 2, c.c.).

Non è un caso che la dottrina maggioritaria ritenga operare nelle ipotesi esaminate il meccanismo della surrogazione reale, la cui funzione è proprio quella di garantire la conservazione della situazione giuridica³⁴⁶. Occorre però ribadire che, al pari di quanto si vedrà in relazione all'art. 2742 c.c., non si realizza l'estinzione dell'originario diritto d'usufrutto e la sua ricostituzione sulla cosa nuova, bensì si ha solamente una mutazione nell'oggetto del medesimo diritto. Come è stato efficacemente dimostrato, il bene giuridico tutelato dal diritto reale in discorso consiste nella facoltà di godimento più ampia possibile, sicché quando viene a mancare la cosa e ad essa è sostituibile un'altra, si realizza un mutamento non del diritto *tout court*, nemmeno del suo

³⁴⁵ G. PUGLIESE, *op. loc. cit.*, in realtà discorre di surrogazione reale e può dunque essere annoverato tra coloro che ritengono operante in questi casi il meccanismo surrogatorio. L'Autore, tuttavia, non chiarisce espressamente se si tratti di surrogazione reale in senso stretto o in senso lato, anche se la ricostruzione in termini "risorgimento" del diritto potrebbe lasciar intendere che si riferiva alla seconda specie. Il tentativo di dimostrare la continuità del diritto, invece, escludendo dunque la vicenda estintivo-costitutiva, è di A. MAGAZZÙ, *Il perimento della cosa e la teoria dell'efficacia giuridica*, cit., 1244 ss. Per una sintesi della sua teoria, si veda ID., voce *Surrogazione reale*, cit., 1502 ss.

³⁴⁶ Tra coloro che si sono occupati dell'usufrutto, si segnalano R. CATERINA, *I diritti sulle cose limitati nel tempo*, cit., 292 ss.; ID., *Usufrutto, uso, abitazione, superficie*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, *I diritti reali*, III, Torino, 2009, 42, nota 53; G. PUGLIESE, *Usufrutto, uso e abitazione*, cit., 617; D. BARBERO, *L'usufrutto e i diritti affini*, cit., 485; F. DE MARTINO, *Usufrutto, uso, abitazione*, cit., 342; A. GENOVESE, *Il perimento della cosa. Il trasferimento del diritto di usufrutto sull'indennità dovuta dal terzo responsabile del perimento o dall'assicuratore*, in *Usufrutto, uso, abitazione*, a cura di G. Bonilini, II, Milano, 2010, 1409. A. DE CUPIS, voce *Usufrutto (dir. vig.)*, in *Enc. del dir.*, XLV, Milano, 1992, 124, pur non discorrendo espressamente di surrogazione reale, definisce i casi in analisi come vicende di modifica oggettiva del diritto. Tra coloro che, invece, hanno approfondito la surrogazione reale in generale, si vedano L.V. MOSCARINI, voce *Surrogazione reale*, cit., 974; M. ESU, voce *Surrogazione reale*, cit., 11; A. MAGAZZÙ, voce *Surrogazione reale*, cit., 1503. Più sfumata la posizione di A. GUARNERI, D. TESSERA, *Dell'usufrutto, dell'uso e dell'abitazione*, cit., 917, secondo i quali si può accogliere la spiegazione in termini di surrogazione reale solo a condizione che l'usufrutto di credito sia un vero e proprio diritto reale. *Contra* L. BIGLIAZZI GERI, *Usufrutto, uso e abitazione*, cit., 261 ss. e, soprattutto, G. DEIANA, *Surrogazione dell'indennità alla cosa in usufrutto*, in *Riv. dir. comm.*, 1946, I, 315 ss.

oggetto (il bene), bensì della sola componente materiale sulla quale esso si esercita, che verrà a “specificarsi” in una particolare utilità³⁴⁷.

La ricostruzione in termini di surrogazione reale è condivisa anche all'estero, persino presso quegli ordinamenti in cui manca una disciplina articolata come la nostra.

Il codice civile spagnolo, ad esempio, prevede il trasferimento dell'usufrutto solo per il caso in cui l'immobile è stato assicurato o espropriato per pubblica utilità, al pari degli artt. 1019 e 1020 c.c.; manca, invece, una disposizione corrispondenti all'art. 1017 c.c. In particolare, l'art. 518 c.c. spagnolo si compone di tre commi, ai quali corrispondono tre casi distinti, a seconda che al pagamento dei premi dell'assicurazione abbiano partecipato il nudo proprietario e l'usufruttuario congiuntamente, oppure solamente uno dei due³⁴⁸. Il primo comma prevede che se il proprietario, mediante il reimpiego dell'indennizzo, procede alla ricostruzione, il diritto *continuarà* sul nuovo edificio; se non conviene ripristinare l'opera, allora l'usufruttuario “percibirá los intereses del precio del seguro”. Il secondo comma regola il caso in cui solo quest'ultimo abbia provveduto all'assicurazione: egli ha diritto a percepire tutta la somma dovuta in virtù del contratto, ma è obbligato a reinvestirla “en la reedificación de la finca”³⁴⁹. Il terzo comma, infine, si occupa dell'assicurazione contratta solo dal nudo proprietario, il quale tratterrà per sé l'indennizzo, fatto salvo il diritto di cui all'art. 517 c.c. spagnolo³⁵⁰. Per quanto concerne l'espropriazione della cosa per pubblica utilità, l'art. 519 c.c.

³⁴⁷ Questa particolare utilità consisterebbe nel godimento “indiretto” della cosa (originaria) tramite i suoi frutti civili. Per questa particolare ricostruzione, si veda A. MAGAZZÙ, *Il perimento della cosa e la teoria dell'efficacia giuridica*, cit., 1263; ID., voce *Surrogazione reale*, cit., 1504.

³⁴⁸ L'art. 518 c.c. spagnolo prevede che “si el usufructuario concurririere con el propietario al seguro de un predio dado en usufructo, continuará aquél, en caso de siniestro, en el goce del nuevo edificio si se construyere, o percibirá los intereses del precio del seguro si la reedificación no convinieriere al propietario. Si el propietario se hubiera negado a contribuir al seguro del predio, constituyéndolo por sí solo el usufructuario, adquirirá éste el derecho de recibir por entero en caso de siniestro el precio del seguro, pero con obligación de invertirlo en la reedificación de la finca. Si el usufructuario se hubiese negado a contribuir al seguro, constituyéndolo por sí solo el propietario, percibirá éste íntegro el precio del seguro en caso de siniestro, salvo siempre el derecho concedido al usufructuario en el artículo anterior”.

³⁴⁹ La disposizione del secondo comma è stata duramente criticata dalla dottrina spagnola, in quanto impone all'usufruttuario un obbligo nell'esclusivo interesse del nudo proprietario, senza nemmeno considerare il caso in cui potrebbe non essere conveniente procedere a una nuova edificazione. Per alcuni rilievi critici, v. F. RIVERO HERNÁNDEZ, *Usufructo, uso y habitación*, Madrid, 2016, 689 ss.

³⁵⁰ Ossia l'usufruttuario che non ha partecipato al pagamento dell'assicurazione potrà comunque usufruire dell'area e dei materiali.

spagnolo offre al nudo proprietario un'alternativa: egli sarà obbligato a "subrogarla con otra de igual valor y análogas condiciones", oppure corrispondere all'usufruttuario "el interés legal del importe de la indemnización"³⁵¹. Nulla viene detto per il caso in cui il perimento è provocato dal terzo responsabile del danno. In assenza di una regola specifica, come accaduto anche presso di noi sotto l'imperio della precedente codificazione, inizialmente si riteneva doveroso applicare i principi generali della responsabilità civile. Tuttavia, la dottrina spagnola, anche con l'ausilio della comparazione, ha individuato nell'art. 1017 c.c. il principio da seguire ed è perciò pervenuta all'applicazione degli artt. 518 e 519 c.c. spagnolo al caso del risarcimento del danno. Oggi, difatti, si ritiene che in virtù del "principio de subrogación real [...] la indemnización por el daño en la cosa objeto de usufructo sustituiría a la cosa perdida"³⁵².

Più in generale, anche tutti gli altri casi di trasferimento dell'usufrutto sull'indennizzo dell'assicurazione o della pubblica amministrazione, nonché sull'edificio ricostruito, sono ritenuti un'applicazione del principio surrogatorio³⁵³.

Ancora più significativo appare l'ordinamento francese, presso il quale, come si è avuto modo di vedere, mancano del tutto delle disposizioni assimilabili a quelle esaminate sino ad ora³⁵⁴. Cionondimeno, le modificazioni dell'oggetto dell'usufrutto vengono spiegate mediante il ricorso alla

³⁵¹ Il testo completo dell'art. 519 c.c. spagnolo stabilisce che "Si la cosa usufructuada fuere expropiada por causa de utilidad pública, el propietario estará obligado, o bien a subrogarla con otra de igual valor y análogas condiciones, o bien a abonar al usufructuario el interés legal del importe de la indemnización por todo el tiempo que deba durar el usufructo. Si el propietario optare por lo último, deberá afianzar el pago de los réditos".

³⁵² Si esprime in questi termini F. RIVERO HERNÁNDEZ, *Usufructo, uso y habitación*, cit., 672 ss. Afferma l'Autore, inoltre, che la surrogazione reale corrisponde a un principio generale vigente nell'ordinamento spagnolo, ricavabile anche da altre disposizioni, tra le quali annovera l'art. 110 *Ley Hipotecaria*, corrispondente al nostro art. 2742 c.c.

³⁵³ Cfr. I. BELUCHE RINCÓN, *sub art. 517*, in *Código civil comentado*, diretto da A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno e R. Valpuesta Fernández, I, 2ª ed., Madrid, 2016, 2057 ss.; F. RIVERO HERNÁNDEZ, *Usufructo, uso y habitación*, cit., 669 ss.; M.L. MARÍN PADILLA, *El principio general de la subrogación real en los derechos reales de garantía y goce*, in *Revista crítica de derecho inmobiliario*, 1978, 1149 ss., spec. 1176; M.L. CHARCO GÓMEZ, voce *Subrogación real*, in *Enciclopedia jurídica*, Madrid, 2009, 12243.

³⁵⁴ A dire il vero, l'unico caso di trasferimento dell'usufrutto su un'altra cosa è regolato dalla legislazione speciale sull'espropriazione per pubblica utilità. Oltre alla legge già citata *retro nota 312*, si veda ora l'art. L321-2 del *Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique*, a norma del quale "toutefois, dans le cas d'usufruit, une seule indemnité est fixée, le nu-propriétaire et l'usufruitier exerçant leurs droits sur le montant de l'indemnité au lieu de les exercer sur la chose".

surrogazione reale. In particolare, sono state individuate tre ipotesi nelle quali l'usufrutto "est reporté [...] par le jeu de la subrogation réelle" su: l'indennità dell'assicurazione, dell'espropriazione per pubblica utilità e sul risarcimento dovuto dal terzo³⁵⁵. Nulla di diverso, nonostante la mancanza di una previsione specifica, da quanto accade negli altri ordinamenti europei più rappresentativi³⁵⁶, tra i quali merita un cenno anche la Germania.

Il § 1045 BGB, tra le codificazioni considerate sino ad ora, è l'unico, a quanto conta, a porre a carico dell'usufruttuario l'obbligo di provvedere all'assicurazione del bene per tutta la durata del diritto. Il successivo § 1046 BGB stabilisce che il diritto dell'usufruttuario graverà sull'indennizzo corrisposto dall'assicuratore al verificarsi di uno degli eventi coperti dalla polizza, ma fa altresì salva la possibilità per entrambi i soggetti della vicenda di chiedere che la somma venga impiegata nel ripristino del bene o nell'acquisto di un nuovo.

5. Applicabilità della disciplina sul perimento della cosa ai diritti di uso e abitazione

L'art. 1026 c.c. prevede l'applicazione della disciplina dell'usufrutto all'uso e all'abitazione, in quanto compatibili. È perciò legittimo domandarsi se gli artt. 1017 ss. c.c. siano applicabili anche a questi ultimi diritti reali di godimento. In linea di principio, si potrebbe rispondere affermativamente al quesito, poiché l'art. 1026 c.c. ha inteso estendere le regole sull'usufrutto anche all'uso e all'abitazione; è però necessario vagliare in concreto e caso per caso la compatibilità della normativa sull'usufrutto, se non altro in quanto gli altri richiamati diritti hanno un contenuto parzialmente diverso e attribuiscono al titolare poteri che non sempre sono esattamente sovrapponibili a quelli dell'usufruttuario.

Il quesito può essere formulato anche in altra maniera, ovvero domandandosi se le cause di estinzione dei diritti di uso e abitazione coincidono con quelle dell'usufrutto. Come si è avuto modo di vedere nei

³⁵⁵ In questi termini, A. CHAMOULAUD-TRAPIERS, voce *Usufruit*, in *Répertoire de droit civil*, XI, Parigi, 2012, 52 ss.

³⁵⁶ In Francia, la dottrina ha da tempo raggiunto risultati analoghi a quelli stabiliti dalla nostra legislazione per il caso del perimento materiale e giuridico del bene sul quale grava l'usufrutto. Per alcune interessanti considerazioni sul punto e per i riferimenti agli autori che hanno sostenuto la tesi della surrogazione reale, si veda senz'altro R. CATERINA, *I diritti sulle cose limitati nel tempo*, cit., 288 ss.

paragrafi che precedono, il venir meno della *res* non estingue automaticamente il diritto, almeno tutte le volte in cui è possibile individuare una cosa “sostituta”, sulla quale farlo proseguire. Per le ragioni che si vedranno immediatamente, tuttavia, non sembra possibile applicare il principio della surrogazione reale ai diritti di uso e abitazione.

Innanzitutto, questi ultimi non attribuiscono all’utente o all’abitatore il godimento totale della cosa, bensì solo quello limitato ai bisogni propri e della famiglia. Atteso che il reddito ricavato dall’indennità (gli interessi) rappresenta interamente la *res* ed equivale a tutti i frutti da essa prodotti, se quest’ultimo fosse riconosciuto all’utente o all’abitatore il loro diritto subirebbe un’espansione, nel senso che costoro non godrebbero più della cosa entro il predetto limite, ma in modo pieno³⁵⁷. Per questa ragione, s’è ipotizzato di ripartire gli interessi generati dalla somma tra il proprietario e il titolare del diritto di uso in ragione del criterio posto dall’art. 1025 c.c., sennonché è risultato insormontabile l’ostacolo per il quale il predetto diritto reale non può insistere su una cosa consumabile come il danaro³⁵⁸. Alla stessa conclusione deve giungersi per il diritto d’abitazione³⁵⁹. Tra l’altro, occorre rimarcare una differenza con l’usufrutto, ovvero che le indennità eventualmente sostitutive della cosa perita non possono essere soggette già in origine ai diritti reali in discorso, sicché non lo possono divenire, a maggior ragione,

³⁵⁷ Cfr. G. PUGLIESE, *Usufrutto, uso e abitazione*, cit., 856 ss.

³⁵⁸ Relativamente al diritto d’uso, in questi termini, si veda ancora G. PUGLIESE, *op. loc. cit.* e G. BONILINI, *L’estinzione del diritto d’uso*, in *Usufrutto, uso, abitazione*, cit., 1720 ss. Circa l’esclusione del diritto reale di godimento minore in discorso su una somma di danaro, si veda M. TRIMARCHI, voce *Uso (diritto di)*, in *Enc. del dir.*, XLV, Milano, 1992, 325. In Spagna, perviene alla medesima conclusione M.L. MARÍN PADILLA, *El principio general de la subrogación real en los derechos reales de garantía y goce*, cit., 1183 ss.

³⁵⁹ Secondo S. ORLANDO CASCIO, voce *Abitazione (diritto di) (dir. civ.)*, in *Enc. del dir.*, I, Milano, 1958, 101, se il titolare del diritto di abitazione ha provveduto alla assicurazione della casa, o al pagamento dei premi di assicurazione già stipulata dal proprietario, in caso di perimento della medesima il suo diritto – a differenza di quello dell’usufruttuario (art. 1019) – non si trasferisce sull’indennità dovuta dall’assicuratore, ma su tale indennità deve essere liquidato, in quanto essa è comprensiva di tutte le utilità della cosa e, quindi, anche di quelle utilità che sono state perse dall’*habitor*. Senza il consenso di quest’ultimo, il proprietario non potrebbe appropriarsi di tutta l’indennità, neppure allo scopo di procedere alla ricostruzione dell’immobile. Per queste ragioni, afferma l’Autore che l’oggetto del diritto di abitazione non ha quella “fungibilità” che il codice riconosce all’oggetto dell’usufrutto in conseguenza della particolare ampiezza di quest’ultimo diritto di godimento. Nello stesso senso si veda R. MONTINARO, *L’applicabilità, al diritto d’abitazione, delle norme sull’usufrutto*, in *Usufrutto, uso, abitazione*, a cura di G. Bonilini, cit., 1796.

successivamente³⁶⁰. Ciononostante, il venir meno della *res* non esclude affatto che l'utente o l'abitatore ricevano direttamente una parte dell'indennizzo sostitutivo della cosa, in base alla valutazione del loro diritto³⁶¹.

Potrebbe prospettarsi il caso in cui con la somma di danaro messa a disposizione dall'assicuratore o dal terzo e si proceda alla ricostruzione dell'immobile. In questa ipotesi, si deve ritenere che i diritti reali di godimento minori possano proseguire sul bene ricostruito, a condizione che, qualora sia stata contratta un'assicurazione, siano rispettate le condizioni di cui all'art. 1019 c.c.³⁶².

³⁶⁰ Sotto l'imperio del Codice Pisanelli si escludeva, come avviene ora, che uso e abitazione potessero ammettere la surrogazione dell'oggetto. Per tutti, F. SANTORO-PASSARELLI, *La surrogazione reale*, cit., 465 ss.

³⁶¹ In questi termini, G. BONILINI, *L'estinzione del diritto d'uso*, cit., 1722, e F. SANTORO-PASSARELLI, *La surrogazione reale*, cit., 466.

³⁶² Ovvero che utente e abitatore abbiano provveduto al pagamento per intero dei premi assicurativi, laddove occupino tutto l'edificio; diversamente, si ritiene ammissibile un pagamento parziale. Prospetta questa soluzione D. BARBERO, *L'usufrutto e i diritti affini*, cit., 497.

Sezione II

Diritti reali di garanzia

SOMMARIO: 6. Surrogazione dell'indennità alla cosa: dal perimento quale causa automatica di estinzione del diritto al rafforzamento della garanzia del credito - 7. Fondamento equitativo dell'istituto: critica - 8. Natura del diritto all'indennità assicurativa: impostazione del problema - 9. Tentativi di ricostruzione dell'istituto. Riparazione o ripristino della cosa data in garanzia - 10. Surrogazione dell'indennità alla cosa e costituzione del vincolo sulla somma dovuta dall'assicuratore - 11. Confronto con Spagna, Francia e Germania. Attribuzione dell'indennizzo ai creditori o estensione dell'ipoteca su quest'ultimo - 11.1 Onere di opposizione dei creditori e dovere d'informazione che grava sull'assicurazione - 11.2 Natura della copertura assicurativa - 12. Discipline particolari: espropriazione per pubblica utilità e garanzie iscritte su autoveicoli, navi e aeromobili - 13. Inesistenza nei diritti inglese e nordamericano dell'automatica surrogazione dell'indennità alla cosa - 14. Rafforzamento del meccanismo surrogatorio: il vincolo di polizza - 15. Necessità di sottoporre a revisione i tentativi di spiegazione del meccanismo surrogatorio - 16. Trasformazione "economica" della cosa e realizzazione del credito sull'indennità. Continuità del diritto reale di garanzia in funzione satisfattiva del creditore - 17. Applicabilità della surrogazione dell'indennità alla cosa al risarcimento del danno dovuto dal terzo responsabile - 18. Trasferimento dell'ipoteca su un'altra cosa o sua "risoluzione" su una somma di danaro - 16. Collocazione dell'art. 2742 c.c. tra le disposizioni generali sulla responsabilità patrimoniale. Una prima conclusione

6. Surrogazione dell'indennità alla cosa: dal perimento quale causa automatica di estinzione del diritto al rafforzamento della garanzia del credito

Nel libro VI del codice civile, tra le disposizioni generali del titolo III - la collocazione, come si vedrà, non è affatto casuale - si trova l'art. 2742 c.c., a norma del quale, se le cose soggette a privilegio, pegno o ipoteca sono perite o deteriorate, le somme dovute dagli assicuratori per l'indennità della perdita o del deterioramento sono vincolate al pagamento dei crediti privilegiati, pignoratizi o ipotecari, secondo il loro grado, salvo che le medesime vengano impiegate per il ripristino. La disposizione prosegue poi stabilendo nel dettaglio quando gli assicuratori possono considerarsi liberati ed estendendo

la disciplina anche al caso di servitù coattive, comunione forzosa o espropriazione per pubblico interesse.

Si ritiene generalmente che l'art. 2742 c.c. rappresenti il "prototipo" della surrogazione reale, se non altro in quanto è l'unica disposizione che, nella sua rubrica, fa esplicitamente riferimento all'istituto qui in analisi³⁶³. Esso, tuttavia, è anche l'applicazione più controversa del principio surrogatorio, dato che non risulta ancora chiaro se configuri una fattispecie di estinzione dell'originario diritto (di garanzia) sulla cosa e la contestuale costituzione di uno "nuovo" sulla medesima, oppure la continuità dello stesso diritto, non potendosi mai trattare di una vicenda estintiva.

Che la somma dovuta dall'assicuratore venga destinata alla soddisfazione del creditore privilegiato non è affatto scontato. Lo dimostra la difficoltà con la quale il principio venne recepito dalle normative europee e, soprattutto, la divergenza di soluzioni adottate al tempo delle prime codificazioni. Se si prendono come riferimento i codici che discendono direttamente dal modello francese, si noterà che quest'ultimo non regola la surrogazione dell'indennità alla cosa, mentre altri, come l'estense e l'italiano, invece la prevedevano. Il *Code Napoléon*, difatti, nonostante all'epoca della sua entrata in vigore già si contava almeno un precedente³⁶⁴, tralasciò il problema qui in analisi, favorendo in Francia numerosi dibattiti sulla possibilità per i creditori privilegiati di soddisfarsi - con precedenza sugli altri, ossia mantenendo la prelazione - sull'indennità, qualora la cosa data in garanzia e perita fosse assicurata.

Il caso più frequente era proprio quello dell'incendio dell'immobile ipotecato. In particolare, tra i primi casi che si posero all'epoca, si ricorda generalmente quello noto come *arrêt Pinel*, deciso dalla Corte di Rouen il 28 dicembre 1828³⁶⁵, che suscitò in Francia reazioni fortemente contrastanti. I

³⁶³ Oltre all'art. 2742 c.c. vi sono ulteriori ipotesi di surrogazione dell'indennità alla cosa stabilite per casi particolari, alcune delle quali presentano delle differenze di non poco conto rispetto a quest'ultimo. Si vedano, ad esempio, l'art. 3 r.d.l. n. 436 del 1927, gli artt. 553, 562 e 572 del c. nav. e, infine, l'art. 25 l. 327 del 2001 sull'espropriazione per pubblica utilità.

³⁶⁴ Come riferisce N. STOLFI, *Diritto civile*, II, 3, *I diritti reali di garanzia*, Torino, 1932, 412, il *Landrecht* prussiano, già all'epoca della sua entrata in vigore, ovvero l'anno 1794, stabiliva il principio della surrogazione dell'indennità alla cosa. L'Autore, tuttavia, non indica il paragrafo nel quale sarebbe contenuta la regola.

³⁶⁵ I riferimenti alla sentenza della Corte, nonché alcuni passaggi del ragionamento, si possono leggere in J. BONNECASE, *La subrogation réelle*, cit., 705 ss. Il caso sottoposto al Tribunale riguardava il signor Pinel, il quale si era riconosciuto debitore di un soggetto per la somma di quindicimila franchi. Il Pinel, a garanzia del credito, concedeva l'ipoteca sul suo

creditori chirografari del signor Pinel si rivolsero al Tribunale, per contestare la ripartizione dell'indennizzo corrisposto dall'assicurazione, in seguito alla rovina della fabbrica del medesimo, in favore di quelli privilegiati, che avevano iscritto ipoteca sul bene. Tuttavia, non riuscirono ad ottenere ragione, in quanto la Corte stabilì che il debitore era tenuto a cedere ai creditori garantiti tutte le azioni dipendenti, o comunque derivanti, dalla cosa ipotecata³⁶⁶, in virtù dell'art. 1303 c.c. francese³⁶⁷. La decisione, che sollevò all'epoca un vero e proprio scandalo, poiché, di fatto, consentiva la surrogazione dell'indennità alla cosa, malgrado il perimento del bene, fu portata infine all'attenzione della Cassazione. Le critiche mosse alla soluzione offerta dalla Corte territoriale sono sintetizzate nel verdetto della *Cour de Cassation* del 28 giugno 1831³⁶⁸, che senza alcuna esitazione la riformò interamente.

Il Supremo collegio francese respinse decisamente l'idea che l'indennizzo potesse surrogarsi alla cosa, per le seguenti ragioni. In primo luogo, si fece applicazione del tradizionale principio per cui *l'hypothéqué s'est éteinte par la perte de la chose*; in secondo luogo, fu stabilito che *la somme assurée n'est pas un prix de vente, mais le produit du contrat d'assurance, sans lequel elle ne serait pas due*³⁶⁹. Questi argomenti, senza dubbio corrispondenti alla rigorosa logica giuridica e in linea con il sistema delineato dal Codice Napoleone, anche se, sia consentita l'espressione, dal sapore decisamente dogmatico, saranno

stabilimento industriale, preventivamente assicurato per il caso d'incendio; la polizza copriva tanto l'immobile quanto i mobili destinati alla produzione. Sennonché l'edificio andò distrutto proprio a causa delle fiamme e l'assicurazione pagò regolarmente l'indennizzo, che fu inizialmente distribuito ai creditori privilegiati. Tuttavia, questa ripartizione fu contestata da quelli chirografari, che si rivolsero al Tribunale, senza però ottenere ragione.

³⁶⁶ Questa la motivazione principale addotta dalla Corte. Tra le altre, si possono richiamare quella per cui l'assicurazione era stata stipulata prima della costituzione dell'ipoteca, sicché il creditore garantito aveva fatto affidamento sulla polizza, per il caso del perimento; allo stesso modo, afferma la Corte, ricorre una "raison de justice et d'équité". Infine, viene richiamato un argomento storico, ossia la possibilità, nel diritto della Normandia precedente alla codificazione, di ipotecare le rendite al pari degli immobili; questo per escludere che vi fosse un'incompatibilità logica tra l'indennizzo (ovvero un bene mobile) e l'ipoteca.

³⁶⁷ Il testo originale dell'art. 1303 c.c. francese prevedeva che "lorsque la chose est périe, mise hors du commerce ou perdue, sans la faute du débiteur, il est tenu, s'il y a quelques droits ou actions en indemnité par rapport à cette chose, de les céder à son créancier".

³⁶⁸ La decisione della Cassazione francese, e la relativa motivazione, è riportata sempre da J. BONNECASE, *La subrogation réelle*, cit., 708 ss.

³⁶⁹ Aggiunse infine la Corte che l'art. 1303 c.c. francese non è applicabile all'indennizzo dovuto dall'assicuratore, poiché dovuto sempre in virtù del contratto d'assicurazione.

poi ripresi anche da quella parte della dottrina italiana fermamente contraria alla sostituzione dell'indennizzo alla cosa perita.

Il caso appena riportato costituisce uno dei passaggi fondamentali del dibattito sul tema in esame e rappresenta quella che era la visione pressoché unanime di dottrina e giurisprudenza, almeno sino alla metà del diciannovesimo secolo. Poiché non pareva assolutamente possibile pervenire alla surrogazione dell'indennità alla cosa senza un'esplicita previsione, già qualche decennio dopo l'entrata in vigore del *Code*, e più precisamente nel 1850, fu proposto di riformare l'art. 2095 c.c. francese³⁷⁰, nel senso di prevedere la ripartizione dell'indennizzo in favore dei creditori privilegiati, secondo il rango di ciascuno³⁷¹. La proposta andò persino oltre quanto si potesse immaginare all'epoca, giacché estendeva la surrogazione reale anche al risarcimento del danno dovuto dal terzo responsabile per la distruzione della cosa data in garanzia³⁷². Quest'ultimo aspetto, che sarà esaminato più approfonditamente nel prosieguo, è oggi ancora piuttosto dibattuto.

Il progetto di riforma, ad ogni modo, rimase tale e non fu mai trasformato in legge³⁷³. Tuttavia, esso contribuì a indirizzare il dibattito. Un esempio di questa influenza si può rinvenire nella *Loi Hypothécaire* belga, la prima³⁷⁴, a quanto consta, ad aver stabilito il principio della surrogazione dell'indennità alla cosa³⁷⁵. L'art. 10 della legge stabiliva che "toute indemnité

³⁷⁰ Il progetto di riforma porta il nome del Vatimesnil. Alcune notizie storiche sul dibattito francese dell'epoca sono riportate da L. COVIELLO, *Delle ipoteche nel diritto civile italiano*, 2ª ed., Roma, 1936, 453, e N. STOLFI, *Diritto civile*, II, 3, cit., 413.

³⁷¹ Il testo originario dell'art. 2095 c.c. francese stabiliva che "le privilège est un droit, que la qualité de la créance donne à un créancier, d'être préféré aux autres créanciers, même hypothécaires". La modifica avrebbe presumibilmente aggiunto una seconda parte, del seguente tenore: "lorsqu'un immeuble, des récoltes ou des effets mobiliers auront été assurés, soit contre l'incendie, soit contre tout autre fléau, la somme qui, en cas de sinistre, se trouvera due par l'assureur, devra, si elle n'est pas appliquée par lui a la réparation de l'objet assuré, être affectée au payement des créances privilégiées ou hypothécaires selon le rang de chacun d'elles".

³⁷² La proposta di riforma infatti prevedeva anche che "il en sera de même de toute indemnité qui serait due par des tiers a raison de la perte ou de la détérioration de l'objet grevé de privilège ou d'hypothèque".

³⁷³ C. VIVANTE, *Del contratto di assicurazione, del pegno, dei magazzini generali*, in *Il codice di commercio commentato*, VII, coordinato da L. Bolaffio e C. Vivante, 5ª ed., Milano-Napoli-Roma, 1922, 250, testo e nota 1, attribuisce il fallimento della riforma ai tumulti che precedettero la proclamazione della Seconda Repubblica francese.

³⁷⁴ Numerosi Autori concordano sul primato della legge belga. Si vedano, ad esempio, A. MAGAZZÙ, voce *Surrogazione reale*, cit., 1507, e M.L. MARÍN PADILLA, *El principio general de la subrogación real en los derechos reales de garantía y goce*, cit., 1154.

³⁷⁵ Si tratta della *loi* del 16 dicembre 1851, evidentemente ispirata dal progetto Vatimesnil.

due par des tiers, à raison de la perte, détérioration ou perte de valeur de l'objet grevé de privilège ou d'hypothèque, est affectée au paiement des créances privilégiées ou hypothécaires, selon le rang de chacune d'elles, si elle n'est pas appliquée par eux à la réparation de cet objet". Sebbene si tratti ancora di una previsione di carattere speciale, è comunque significativa l'enunciazione della regola da parte del legislatore.

Evidentemente, gli argomenti addotti in precedenza per negare la surrogazione, iniziavano a cedere il passo a considerazioni di opportunità. L'assenza di una regola in proposito e, soprattutto, la netta preclusione giurisprudenziale, difatti, rendevano assolutamente incerto il credito fondiario, poiché i creditori ipotecari erano esposti al rischio del perimento dell'immobile, senza poter fare affidamento sull'eventuale copertura assicurativa. A questo primo inconveniente si pose rimedio – sempre con riferimento alla Francia – mediante l'inserimento nei contratti di costituzione dell'ipoteca di una clausola con la quale si delegava il creditore a riscuotere l'indennità al posto del debitore³⁷⁶. Inoltre, appariva ingiusto che il soggetto passivo incassasse la somma dall'assicuratore e la trattenesse per sé, in quanto, così facendo, avrebbe paradossalmente avvantaggiato i creditori chirografari, avendo quelli privilegiati perso definitivamente la garanzia e potendosi i primi rifare su un patrimonio più consistente, ovvero aumentato del danaro ricevuto in virtù del contratto d'assicurazione. Ulteriori esigenze, poi, venivano in rilievo, poiché, ad esempio nell'assicurazione marittima, il debitore avrebbe ben potuto abbandonare la nave in caso pericolo – o persino provocarne di proposito l'affondamento in mare aperto –, per ricevere detta indennità e “frodare” così i creditori garantiti.

Queste considerazioni di opportunità, tuttavia, almeno inizialmente, si scontravano ancora con l'insormontabile regola secondo la quale i diritti reali di garanzia, proprio in quanto tali, si estinguono necessariamente ed automaticamente con il venir meno della cosa; di conseguenza, si negava con fermezza che il titolare di uno di questi potesse soddisfarsi sull'indennità, con precedenza rispetto agli altri creditori, in assenza di una specifica previsione normativa. È proprio per questo che a partire dalla legge belga del 1851 in poi si assiste, in Francia e non solo, a un vero e proprio moltiplicarsi di legislazioni speciali. Tra le più importanti si possono ricordare le seguenti: la già

³⁷⁶ Cfr. M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC e P. PÉTEL, *Droit des sûretés*, 9^a ed., Parigi, 2010, 809.

richiamata *loi* 3 maggio 1841, per la surrogazione dell'indennità d'esproprio al bene ipotecato e acquisito dalla pubblica amministrazione, l'art. 10 della *loi* 28 maggio 1858, per il deposito nei magazzini generali³⁷⁷, la *loi* 10 dicembre 1874, per l'ipoteca marittima e, infine, la *loi* 19 febbraio 1889. Quest'ultima, in particolare, sancì una volta per tutte che "les indemnités dues par suite d'assurances contre l'incendie, contre la grêle, contre la mortalité des bestiaux ou les autres risques sont attribuées, sans qu'il y ait besoin de délégation expresse, aux créanciers privilégiés ou hypothécaires suivant leur rang"³⁷⁸. Successivamente, la *loi* 17 luglio 1930 abrogò tutte le precedenti disposizioni, per stabilire una soluzione generalizzata al problema. Il principio trova attualmente espressione nell'art. 121-13 della *loi* 15 dicembre 2005, nota altresì come *Code des assurances*, secondo il quale "les indemnités dues par suite d'assurance contre l'incendie, contre la grêle, contre la mortalité du bétail, ou les autres risques, sont attribuées sans qu'il y ait besoin de délégation expresse, aux créanciers privilégiés ou hypothécaires, suivant leur rang" e, prosegue il comma 2, "néanmoins, les paiements faits de bonne foi avant opposition sont valables"³⁷⁹. L'evoluzione seguita dalla normativa francese indicò la strada da seguire, tant'è che le legislazioni della seconda metà del diciannovesimo secolo dei paesi europei più rappresentativi contengono tutte il principio in discorso.

In Spagna³⁸⁰, ad esempio, la surrogazione dell'indennità alla cosa sarà introdotta innanzitutto dalla *Ley Hipotecaria* del 1861 e successivamente il

³⁷⁷ Tale articolo stabiliva il trasferimento del diritto del portatore della nota di pegno o di deposito sulle indennità di assicurazione dovute in caso di sinistro.

³⁷⁸ Così stabiliva l'art. 2 della *loi* 19 febbraio 1889. Per ulteriori esempi nella legislazione francese si veda M.L. MARÍN PADILLA, *El principio general de la subrogación real en los derechos reales de garantía y goce*, cit., 1153 ss.

³⁷⁹ In dottrina si vedano: Y. LAMBERT-FAIVRE, L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, 14^a ed., Parigi, 2017, 453; P. SIMLER, P. DELEBECQUE, *Les suretés. La publicité foncière*, 7^a ed., Parigi, 2016, 511 ss.; M. BOURASSIN, V. BREMOND e M.N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des suretés*, 5^a ed., Parigi, 2016, 611 ss.; M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC e P. PETEL, *Droit des sûretés*, cit., 810; M. CHAGNY, L. PERDRIX, *Droit des assurances*, Parigi, 2009, 307 ss.; Y. LAMBERT-FAIVRE, *Droit des assurances*, 10^a ed., Parigi, 1998, 393 ss.; G. DURRY, *Hypothèque et assurance*, in *Revue de jurisprudence commerciale*, 1982, numero speciale 2, 27 ss.; M. PICARD, A. BESSON, *Les assurances terrestres*, 5^a ed., I, Parigi, 1982, 423 ss.; A. SEGUELA, *Nature du droit des créanciers hypothécaires sur l'indemnité d'assurance en Droit maritime*, Parigi, 1939.

³⁸⁰ Nella dottrina spagnola, si sono occupati dell'argomento: G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, *sub artt.* 109-110, in *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, 2^a ed., diretto da A.D. Luelmo, Pamplona, 2016, 1054 ss.; J.M. LLOPIS GINER, *sub art.* 1877, in *Código civil comentado*, 2^a ed., IV, diretto da A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno e R. Valpuesta Fernández, Pamplona, 2016, 1253 ss.; A. CARRASCO PERERA, E. CORDERO LOBATO e M.J. MARÍN LÓPEZ, *Tratado de los derechos de garantía*, 3^a ed., I, Pamplona, 2015, 772 ss.; F. SÁNCHEZ CALERO, *sub artt.* 40, 41 e 42, in *Ley de contrato de Seguros. Comentario a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a*

principio sarà codificato nel 1889, con l'avvento del *Código civil*, che all'art. 1877 tuttora prevede che "la hipoteca se extiende [...] al importe de las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario por los aseguradores de los bienes hipotecados, o en virtud de expropiación por causa de utilidad pública"³⁸¹. La riforma della *Ley Hipotecaria* intervenuta nel 1946 ribadirà la regola agli artt. 109 e 110, i quali stabiliscono che l'ipoteca si estende, tra le altre cose, agli indennizzi dovuti al proprietario in ragione di un evento occorso ai beni ipotecati³⁸². Infine, gli artt. 40 e 42 della *ley* n. 50 dell'otto ottobre 1980, nota altresì come *Ley de Contrato de Seguro*, disciplinano più nel dettaglio il diritto dei creditori privilegiati e la posizione al riguardo della compagnia d'assicurazione.

Nella penisola iberica, a differenza della Francia, il principio della surrogazione dell'indennità alla cosa si è affermato con minore difficoltà; questa circostanza emerge chiaramente già dai lavori preparatori della *Ley Hipotecaria* del 1861. Mentre dottrina e giurisprudenza francesi, come visto, escludevano categoricamente il "trasferimento" della garanzia sull'indennizzo, in Spagna, già dal 1855, ovvero quando iniziarono i lavori per la legge ipotecaria, in seno alla commissione incaricata di predisporre il testo,

sus modificaciones, 4ª ed., Cizur Menor, 2010, 890 ss.; C. VARGAS VASSEROT, *El seguro de la finca hipotecada*, Madrid-Barcellona, 2003; R. BALLARÍN HERNÁNDEZ, R. EVANGELIO LLORCA, *sub art. 40*, in *Comentarios a la ley de contrato de seguro*, diretto da J. Boquera Matarredona, J. Bataller Grau e J. Olavarría Iglesia, Valenza, 2002, 496 ss.; R. EVANGELIO LLORCA, *sub art. 42*, *ivi*, 533 ss.; R.M. ROCA SASTRE, L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario*, 8ª ed., VIII, Barcellona, 1998, 1 ss.; J.M. CHICO Y ORTIZ, *Estudios sobre derecho hipotecario*, 3ª ed., II, Madrid, 1994, 1398 ss.; J.B. VALLET DE GOYTISOLO, *Estudios sobre garantías reales*, 2ª ed., Madrid, 1984, 346 ss.; B. CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, *Comentarios a la legislación hipotecaria*, 3ª ed., VI, Pamplona, 1983, 496 ss.; R.M. ROCA SASTRE, *Instituciones de derecho hipotecario*, 1ª ed., III, Barcellona, 1942, 80 ss.

³⁸¹ Il principio contenuto nella prima versione della *Ley Hipotecaria* risalente al 1861 era stato in realtà già elaborato un decennio prima, ovvero nel *Proyecto de Código civil* del 1851, coevo alla legge ipotecaria belga. Per vicende che non è possibile qui ripercorrere, alla fine fu emanata prima la legislazione sull'ipoteca e poi la codificazione. Per alcuni riferimenti all'evoluzione della normativa spagnola, si vedano R. BALLARÍN HERNÁNDEZ, R. EVANGELIO LLORCA, *sub art. 40*, cit. 498.

³⁸² L'art. 109 *Ley Hipotecaria* replica esattamente l'art. 1877 *Código civil*; l'art. 110, invece, al n. 2, specifica che "las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario de los inmuebles hipotecados por razón de éstos, siempre que el siniestro o hecho que las motivare haya tenido lugar después de la constitución de la hipoteca y, asimismo, las procedentes de la expropiación de los inmuebles por causa de utilidad pública. Si cualquiera de estas indemnizaciones debiera hacerse efectiva antes del vencimiento de la obligación asegurada y quien haya de satisfacerlas hubiere sido notificado previamente de la existencia de la hipoteca, se depositará su importe en la forma que convengan los interesados o, en defecto de convenio, en la establecida por los artículos 1.176 y siguientes del Código Civil".

si affermava che “la indemnización que se da al dueño del terreno que ha sido expropiado por causa de utilidad pública, sirve de garantía al crédito que antes estaba asegurado con hipoteca sobre la finca de este modo enajenada” e coerentemente si assimilava questo caso a quello di un sinistro che avesse distrutto la cosa: “en un caso semejante, se halla la indemnización concedida o debida al propietario por los aseguradores de bienes hipotecados o de sus frutos cuando el siniestro haya tenido lugar después de constituida la hipoteca”³⁸³. Si tratta indubbiamente di un’inconsueta apertura – almeno per l’epoca – nei confronti del principio surrogatorio³⁸⁴, se si considera che all’incirca negli stessi anni in Italia si incontravano ancora forti opposizioni alla sua introduzione.

Se alla Francia si deve riconoscere il merito di aver indicato la via da seguire, all’Italia (preunitaria) se ne deve riconoscere un altro, ossia la formulazione della surrogazione dell’indennità alla cosa, per la prima volta, in termini generali in un codice, dunque non con una previsione limitata a specifici casi come nelle leggi speciali indicate in precedenza³⁸⁵. La regola, difatti, fa il suo debutto nel codice civile estense del 1852: al comma 2 dell’art. 2115 si leggeva che “il compenso d’assicurazione, per caso d’incendio, tiene luogo dell’edificio assicurato, ogniqualvolta non sia impiegato nella ricostruzione o ristaurazione dell’edificio”. Il Codice estense fu senza dubbio influenzato dalla legge ipotecaria belga dell’anno precedente, ma quando si trattò di valutare la trasposizione del principio contenuto all’art. 2115 nel

³⁸³ I passaggi riportati nel testo sono poi confluiti nella *Esposicion de motivos* della *Ley Hipotecaria*. Essi si possono leggere in M.L. MARÍN PADILLA, *El principio general de la subrogación real en los derechos reales de garantía y goce*, cit., 1157 ss.

³⁸⁴ La *Esposicion de motivos* della legge ipotecaria del 1861 ha avuto grande importanza in Spagna, tanto da assumere un ruolo di rilievo nella materia, tuttora consultata. È ritenuta una legislazione esemplare, per la novità delle soluzioni adottate, nonché per la qualità complessiva. Per la genesi della legge e alcune osservazioni in prospettiva attuale, si segnala J.M. CASTÁN VÁZQUEZ, *Notas sobre la exposición de motivos de la primera Ley Hipotecaria (su gestación y su valor permanente)*, in *Libro-Homenaje al Profesor Manuel Amorós Guardiola*, Madrid, 2006, 2149 ss.

³⁸⁵ Nessun altro codice civile conteneva un principio simile. Almeno così risulta dai raffronti pubblicati immediatamente dopo l’avvento del Codice Pisanelli. A questo proposito, si vedano A. BIANCHETTI, *Relazioni e raffronti del codice civile italiano colla legge romana e coi codici olandese, prussiano, francese, bavarese, albertino, austriaco, napoletano, parmense ed estense, con richiamo alle affini disposizioni legislative vigenti nel Regno ed alle principali massime della dottrina e della giurisprudenza*, Torino-Napoli, 1871, 490; e J. MATTEI, *Il codice civile italiano nei singoli articoli col confronto, produzione o riferimento delle leggi romane e delle disposizioni dei codici francese, sardo, napoletano, parmense, estense ed austriaco*, VI, Venezia, 1874, 237 ss. Anche F. SANTORO-PASSARELLI, *La surrogazione reale*, cit., 425 riconosce questo primato al codice civile estense.

Codice Pisanelli vi furono numerosi contrasti. Le argomentazioni contrarie a quello che diverrà l'art. 1951 c.c. abr. ricalcavano sostanzialmente quelle formulate dalla Cassazione francese nell'*arrêt* Pinel. Innanzitutto, l'obiezione più comune e, sia consentita l'espressione, persino scontata, era quella per cui la surrogazione dell'indennità alla cosa si scontra contro il basilare principio di diritto secondo il quale gli *iura in re* si estinguono con il venir meno della cosa. A ciò si aggiungeva, poi, che l'indennizzo non è affatto assimilabile al prezzo di vendita della *res*, poiché dovuto in virtù del contratto d'assicurazione, ovvero un rapporto tra terzo (l'assicuratore) e debitore, al quale il creditore privilegiato è del tutto estraneo³⁸⁶.

Tra i vari tipi di surrogazione possibili, quello meno problematico riguardava senz'altro l'espropriazione per pubblica utilità, poiché era facilmente assimilabile l'indennità d'esproprio al prezzo della vendita del bene. Difatti, la legge n. 2359 del 1865, all'art. 52, aveva disposto che il diritto d'ipoteca, tra gli altri, in caso d'espropriazione, sarebbe stato "fatto valere" sull'indennità che rappresenta l'immobile espropriato.

I più severi critici alla regola in esame contestavano, non a caso, il vincolo alla somma dovuta dall'assicuratore e, soprattutto, al risarcimento del terzo responsabile. Quest'ultimo, in particolare, previsto dall'art. 10 della legge ipotecaria belga, alla quale si sarebbero potuti ispirare i compilatori del Codice Pisanelli, non riuscì a passare il vaglio della commissione. Per questa ragione, il testo definitivo dell'art. 1951 c.c. abr. ha incluso solo i casi dell'assicurazione e dell'espropriazione. La disposizione stabiliva, al primo comma, che "se le cose soggette a privilegio od ipoteca sono perite o deteriorate, le somme dovute dagli assicuratori per indennità della perdita o del deterioramento sono vincolate al pagamento dei crediti privilegiati od ipotecari secondo il loro grado, eccetto che le medesime vengano impiegate a riparare la perdita o il deterioramento".

La soluzione adottata dalla prima codificazione nazionale, se risolse la questione legata all'ammissibilità della surrogazione del *pretium* alla *res*, non pose affatto fine al dibattito circa il meccanismo surrogatorio. Tra i tanti

³⁸⁶ Il più fermo oppositore dell'art. 1977 del progetto del codice civile (che diverrà poi l'art. 1951 c.c. abr.) fu il commissario Precerutti. Una sintesi delle osservazioni critiche formulate dal componente della commissione si può leggere in E. PACIFICI-MAZZONI, *Trattato dei privilegi e delle ipoteche*, I, Torino, 1930, 46, testo e nota 1. Cfr. anche F. SANTORO-PASSARELLI, *La surrogazione reale*, cit., 426 ss., e L. COVIELLO, *Delle ipoteche nel diritto civile italiano*, cit., 452 ss.

problemi che sorsero, due meritano di essere menzionati, poiché sono in un certo senso sopravvissuti sino ad oggi. In primo luogo, la *ratio* della disposizione; in secondo luogo, il suo carattere eccezionale, ovvero l'estensione a casi non direttamente contemplati.

Quanto al primo profilo, era opinione diffusa rinvenire il fondamento dell'art. 1951 c.c. abr. nell'equità. Premesso che anche all'epoca le ipotesi in analisi erano annoverate nella surrogazione reale, tale surrogazione era motivata per impedire il vantaggio che il debitore - e, di riflesso, i creditori chirografari - avrebbe conseguito se avesse trattenuto per sé l'indennizzo dell'assicurazione o dello Stato³⁸⁷. Anche coloro che in seno alla commissione ministeriale sostenevano l'introduzione dell'art. 1951 c.c. abr. attribuivano alla surrogazione reale un fondamento equitativo e fu proprio questa la ragione che si rivelò decisiva per la sua approvazione nel testo definitivo³⁸⁸.

Ad ogni modo, oltre alla questione circa fondamento, si discuteva poi su quella della natura eccezionale del principio. L'opinione prevalente era senza dubbio nel senso di escludere l'applicazione analogica della surrogazione dell'indennità alla cosa. L'art. 1951 c.c. abr. era talmente percepito come una deroga ai principi generali tanto da far scrivere a un illustre Autore dell'epoca che si trattava di "un principio di natura eccezionale, che non risponde alla rigorosa logica giuridica"³⁸⁹. Altri, allo stesso modo, si domandava se fosse "strettamente conforme alla severità dei principii giuridici che i diritti reali di privilegio o d'ipoteca sopravvivano alla perdita totale della cosa", per poi risponderci - senza nemmeno porsi il problema dell'innovazione apportata dall'art. 1951 c.c. abr. - che il principio in virtù del quale il diritto s'estingue con il venir meno della cosa è "un assioma di indiscutibile verità", con la conseguenza che la surrogazione era da

³⁸⁷ Faceva notare E. PACIFICI-MAZZONI, *Trattato dei privilegi e delle ipoteche*, cit., 47, che il debitore non può trarre dall'evento del perimento un beneficio a danno dei creditori privilegiati. Sempre nel senso dell'equità, per la Francia, si veda H. CAPITANT, *Essai sur la subrogation réelle*, cit., 390; per la Spagna, la *Esposicion de motivos* della *Ley Hipotecaria* del 1861, riportata da M.L. MARÍN PADILLA, *op. loc. cit.*

³⁸⁸ Fu difatti il commissario Niutta, principale sostenitore della surrogazione dell'indennità alla cosa, a giustificare il meccanismo in analisi ricorrendo a motivazioni d'equità; grazie al suo intervento, l'art. 1951 c.c. abr. vide la luce. Il suo pensiero è sintetizzato da N. STOLFI, *Diritto civile*, II, 3, cit., 414; si veda altresì E. PACIFICI-MAZZONI, *Trattato dei privilegi e delle ipoteche*, cit., 46, testo e nota 1.

³⁸⁹ In questi termini N. STOLFI, *op. loc. cit.* Ma già, nello stesso senso, E. BIANCHI, *Dei privilegi e delle cause in prelazione del credito in generale*, Torino, 1924, 85.

considerarsi giustificata “se non dal lato dello stretto diritto, dal lato dell’equità e della convenienza”³⁹⁰.

Si pose difatti il caso dell’applicabilità della regola in esame alle assicurazioni marittime, poiché mancava una disposizione espressa del medesimo contenuto nel codice di commercio, relativamente all’ipoteca e al privilegio navali. Da un lato, la dottrina maggioritaria rifiutava nettamente di estendere l’art. 1951 c.c. ai bastimenti, per le stesse motivazioni addotte in occasione della discussione sull’introduzione nell’ordinamento italiano del principio in analisi³⁹¹. Dall’altro, un illustre Autore non rinveniva alcuna “ragione plausibile di divario” tra immobili e navi, per cui propendeva per l’estensione³⁹². Allo stesso modo, un noto Maestro del diritto commerciale rilevava la “deplorable antinomia esistente nelle nostre leggi, per cui mentre in terra i creditori privilegiati fanno valere il loro diritto di prelazione sulla indennità che piglia il posto della cosa incendiata, questa surrogazione non fu estesa alle assicurazioni marittime”³⁹³. La medesima divisione era riscontrabile con riferimento al risarcimento del danno dovuto dal terzo responsabile per il perimento della cosa data in garanzia³⁹⁴. Come si vede, dunque, il principio della surrogazione dell’indennità alla cosa attraversò un percorso piuttosto travagliato e faticò molto prima di essere recepito nella legge e, poi, accolto, per dir così, dalla maggior parte della dottrina.

³⁹⁰ Questo era il pensiero dominante all’epoca del Codice Pisanelli, condensato nelle parole di E. BIANCHI, *Dei privilegi e delle cause in prelazione del credito in generale*, cit., 88.

³⁹¹ Tra i più fermi oppositori dell’estensione analogica dell’art. 1951 c.c. abr. all’ipoteca navale si possono ricordare V. PERUGIA, *Sull’art. 1951 del codice civile e l’art. 285 del codice di commercio*, cit., 280 ss., e C. CABELLA, *L’art. 1951 del Codice Civile è applicabile alle somme dovute per causa di assicurazione marittima?*, cit., 198 ss. Gli argomenti per sostenere questa tesi erano sostanzialmente gli stessi propugnati da coloro che avevano criticato l’introduzione della surrogazione dell’indennità alla cosa. Si diceva, difatti, che la somma dovuta dall’assicuratore non è affatto equiparabile al prezzo ottenuto dalla vendita giudiziale del bene ipotecato e che, inoltre, secondo i principi generali, il perimento della cosa estingue tutti i diritti.

³⁹² Il riferimento è a F. SANTORO-PASSARELLI, *La surrogazione reale*, cit., 441.

³⁹³ C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, IV, *Le obbligazioni*, 5^a ed., Milano, 1926, 425. Concludeva l’Autore affermando – con evidente ironia – “come se in mare governasse una giustizia diversa”. Per ulteriori riferimenti agli Autori che all’epoca sostenevano l’una o l’altra tesi, si veda E. PERONACI, *La surrogazione nel diritto civile italiano*, cit., 61, il quale comunque concludeva per l’applicazione alla sola assicurazione terrestre.

³⁹⁴ Sotto l’impero del Codice Pisanelli, si veda L. COVIELLO, *Delle ipoteche nel diritto civile italiano*, cit., 453, nota 2, il quale riteneva “desiderabile *de jure condendo*” una generalizzazione del principio della surrogazione reale, ma, sempre per la già ricordata natura eccezionale del disposto dell’art. 1951 c.c. abr., escludeva la possibilità di includere il risarcimento del danno tra i possibili sostituti della cosa perita. Cfr. anche N. STOLFI, *op. loc. cit.*, nota 1.

I brevi riferimenti alle questioni che precedono dimostrano proprio le difficoltà incontrate dal principio in discorso per affermarsi. È da notare che, nonostante il passare del tempo, i problemi legati al fondamento e all'eccezionalità della surrogazione dell'indennità alla cosa sono rimati i medesimi, potendosi ancora oggi riscontrare numerose divergenze in proposito.

Prima di proseguire, è opportuno quantomeno menzionare che la Germania ha seguito grossomodo le stesse fasi evolutive di Italia, Francia e Spagna. Inizialmente, la dottrina era divisa sulla possibilità di surrogare l'indennizzo alla cosa. Il più autorevole esponente della Pandettistica, in ogni caso, si espresse per la soluzione favorevole³⁹⁵. Successivamente, intervenne il legislatore. I §§ 1127 e 1128 BGB contengono un principio assimilabile a quello posto dall'art. 2742 c.c. Il primo stabilisce l'estensione dell'ipoteca al credito verso l'assicuratore, se la cosa ipotecata è assicurata in favore del proprietario, tranne il caso in cui il bene venga ripristinato o sostituito; il secondo disciplina invece le modalità del pagamento³⁹⁶.

Il recepimento della surrogazione dell'indennità alla cosa da parte della legge, dunque, ha seguito un percorso connotato dalle numerose difficoltà di cui si è cercato di dar conto. Esso, ad ogni modo, ha costituito senza dubbio un notevole progresso nel campo delle garanzie reali, poiché attribuisce al creditore un ulteriore mezzo per realizzare il suo interesse. Superato così l'ostacolo dato dal silenzio della legislazione, attesa la difficoltà a ricavare un principio in assenza di una formulazione specifica, la posizione dei creditori privilegiati – almeno in linea di principio –, nel caso di perimento del bene dato in garanzia, è risultata sicuramente rafforzata.

Non passerà molto tempo prima dell'inizio, in Italia come all'estero, di ulteriori dibattiti sulla ricerca del fondamento dell'istituto e, soprattutto, sull'esatta individuazione del diritto spettante al soggetto attivo munito di

³⁹⁵ B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, I, trad. it. a cura di C. Fadda e P.E. Bensa, Torino, 1930, 897, testo e nota 9, riteneva che il diritto di pegno perdura su tutto ciò che rimane dal perimento, compreso il credito al risarcimento se esso è causato dal terzo. Allo stesso modo, poiché tale diritto è diretto nient'altro che all'appropriazione di un valore, deve rimanergli assoggettato tutto quanto residua, appunto, dal valore del pegno, compreso l'indennizzo dell'assicurazione, al quale la garanzia "si estende".

³⁹⁶ Il § 1127 BGB prevede che "Sind Gegenstände, die der Hypothek unterliegen, für den Eigentümer oder den Eigenbesitzer des Grundstücks unter Versicherung gebracht, so erstreckt sich die Hypothek auf die Forderung gegen den Versicherer"; il comma 2° prosegue "Die Haftung der Forderung gegen den Versicherer erlischt, wenn der versicherte Gegenstand wiederhergestellt oder Ersatz für ihn beschafft ist".

garanzia, essendo di palmare evidenza come non sia concepibile conservare *sic et simpliciter* il diritto originario (l'ipoteca, ad esempio) su una somma di danaro, non suscettibile di formare oggetto di quella garanzia reale.

7. Fondamento equitativo dell'istituto: critica

L'inquadramento storico-comparatistico che precede dimostra con quanta difficoltà il principio di cui all'art. 2742 c.c. si sia affermato nella legge; ma dimostra, al medesimo tempo, come il problema della surrogabilità dell'oggetto del rapporto e, in particolar modo, della garanzia reale fosse in realtà nato da un'esigenza sviluppatasi nella pratica per salvaguardare le ragioni dei creditori garantiti, a fronte di un'ipotesi (il perimento) non regolata dalla legge. Gli interpreti, dunque, dopo essersi misurati con tutte le problematiche connesse all'introduzione nell'ordinamento del principio in discorso, hanno concentrato i propri sforzi nella ricerca della sua *ratio*.³⁹⁷

Come già notato in precedenza, da più parti si è sostenuto che la surrogazione reale in generale e, di conseguenza, quella dell'indennità alla cosa, abbia un fondamento equitativo, poiché sarebbe ingiusto, per dir così, che il debitore tragga vantaggio dal perimento della cosa data in garanzia, trattenendo per sé l'indennizzo³⁹⁸. Senza dubbio questa è una delle tante

³⁹⁷ Nella dottrina italiana, si sono occupati dell'argomento: L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, 2ª ed., in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, continuato da F.D. Busnelli, sub Artt. 2740-2744, Milano, 2010, 219 ss.; D. DI SABATO, *I privilegi*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, III, 17, Napoli, 2008, 87 ss.; A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, LIII, Milano, 2006, 412 ss.; A. CHIANALE, *L'ipoteca*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, VI, Torino, 2005, 323 ss.; P. BOERO, *Le ipoteche*, 2ª ed., in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fondata da W. Bigiavi, Torino, 1999, 321 ss.; V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, 2ª ed., in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, XIX, Torino, 1997, 539 ss.; M. FRAGALI, voce *Ipoteca (dir. priv.)*, in *Enc. del dir.*, XXII, Milano, 1972, 740 ss.; C. MAIORCA, voce *Ipoteca (diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, IX, Torino, 1968, 145 ss.; D. RUBINO, *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, XIX, Milano, 1956, 75 ss.; V. ANDRIOLI, *Surrogazione dell'indennità alla cosa*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, sub Art. 2742, Bologna-Roma, 1955, 24 ss.; B. MARIANI, *Lineamenti di diritto ipotecario*, Osimo, 1936, 32 ss.; G. GORLA, *Le garanzie reali dell'obbligazione*, Milano, 1935, 353 ss.; C. GASCA, *I privilegi nel rapporto coi terzi*, Torino, 1925, 330 ss.; G.P. CHIRONI, *Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno*, I, Milano-Torino-Roma, 1917, 384 ss.

³⁹⁸ L'idea era diffusa soprattutto nella dottrina francese, alla quale si rifecero numerosi autori italiani sotto la vigenza del codice civile del 1865, quando, peraltro, la surrogazione dell'indennità alla cosa era percepita come un'eccezione alla regola generale dell'estinzione del diritto reale per distruzione del suo oggetto. In dottrina, si vedano per tutti E. PERONACI,

ragioni che milita a favore del principio in analisi, ma essa non pare del tutto soddisfacente, essendo possibile – e doveroso – rintracciare altrove la *ratio*. Valgano in proposito alcune considerazioni. Innanzitutto, tornano qui in aiuto i brevi cenni fatti in principio alla c.d. teoria del valore, elaborata inizialmente in Francia, relativamente alla “fungibilità” degli elementi del patrimonio, inteso quale garanzia generale per i creditori.

Poiché i tratti fondamentali di questa teoria sono stati già illustrati, qui basti ricordare che, secondo l’impostazione data all’epoca dai primi formulatori³⁹⁹, ogniqualvolta le cose appartenenti al patrimonio del soggetto passivo sono sostituite con altre, si realizza la surrogazione reale. In altri termini, posto che il patrimonio, quale insieme qualificato, costituisce la garanzia generale delle obbligazioni, nel senso che è “vincolato” a tale scopo, ogni *bien nouveau* che rimpiazza un *bien ancien* è anch’esso sottoposto al medesimo vincolo.

Si è però anche visto che in casi di questo genere in realtà non si realizza il meccanismo surrogatorio vero e proprio, bensì solamente una semplice sostituzione di cosa a cosa⁴⁰⁰. Ad ogni modo, quella teoria ha contribuito a indirizzare la riflessione nella giusta direzione. Successivamente, difatti, sempre nell’ambito del rapporto tra surrogazione reale e “sostituibilità” dei beni destinati a uno specifico scopo⁴⁰¹, si è giunti a dissociare, per dir così, la componente materiale del diritto, ovvero la *res*, dal valore al quale il diritto di garanzia è posto a tutela⁴⁰².

Con la conseguenza che il mutamento – anche per perimento – della prima non estingue necessariamente il secondo, almeno tutte le volte in cui è individuabile un “sostituto”, sempre perché l’ipoteca realizza l’*affectation de valeur* del bene ipotecato⁴⁰³.

La surrogazione nel diritto civile italiano, cit., 59 ss., e F. SANTORO-PASSARELLI, *La surrogazione reale*, cit., 427 ss.

³⁹⁹ Ovvero quella elaborata da C. AUBRY, C. RAU, *Cours de droit civil français, d’après le méthode de Zacharie*, cit., 332 ss.

⁴⁰⁰ Già F. SANTORO-PASSARELLI, *La surrogazione reale*, cit., 36 ss., aveva dimostrato che trattasi di sostituzione e non di surrogazione reale vera e propria.

⁴⁰¹ In questo caso l’espressione “destinazione a uno scopo” è da intendersi in senso atecnico e con il significato più generale possibile, ovvero in modo da ricomprendere tutti i casi in cui un determinato bene è sottoposto a un “vincolo”, sempre in senso generico, o comunque riservato a soddisfare gli interessi di una persona che ha sul medesimo una pretesa.

⁴⁰² Così, in estrema sintesi, il pensiero di M. DEMOGUE, *Essai d’une théorie générale de la subrogation réelle*, cit., 249 ss.

⁴⁰³ In questi termini A. FOURNIER, voce *Hypothèque*, in *Répertoire de droit civil*, VI, Parigi, 2007, 12, il quale tratta dell’art. 121-13 del *Code des assurances* – equivalente al nostro art. 2742

Volendo riferire le osservazioni che precedono alle garanzie reali, si può affermare che il creditore privilegiato, tramite l'assistenza del pegno o dell'ipoteca, non mira a ottenere la cosa specifica sulla quale la garanzia pende, ma, piuttosto, vuole premunirsi di un titolo che gli consenta i) d'ottenere la somma che gli spetta, il cui valore è rappresentato da quello specifico bene, ii) con precedenza rispetto agli altri creditori.

Che il suo interesse venga poi realizzato sul ricavato della vendita giudiziale della cosa o sull'equivalente di quest'ultima - rappresentato magari dall'indennizzo - non sembra essere una circostanza che assuma rilievo, almeno dalla prospettiva del soggetto attivo del rapporto.

Tutte le volte in cui si verifica la surrogazione dell'indennità alla cosa, dunque, ha luogo una vera e propria conversione della componente materiale del diritto, ossia la sua "trasformazione" nell'equivalente pecuniario⁴⁰⁴.

Il sistema delle garanzie reali, peraltro, mira alla sicurezza del credito e si può trovare una conferma a questo assunto, oltre che nello stesso art. 2742 c.c., anche nel successivo art. 2743 c.c., in tema di diminuzione della garanzia. Per realizzare veramente e fino in fondo tale tutela non si può ignorare l'eventualità che la cosa, ovvero la componente materiale del diritto, perisca e si deve individuare, tutte le volte in cui è possibile, il bene "sostituto", sul quale il creditore privilegiato potrà soddisfarsi, per dir così, in subordine.

L'ordinamento, tuttavia, nel caso del venir meno della garanzia, non pone a carico del debitore un ulteriore sacrificio, come sarebbe, ad esempio, se stabilisse che l'ipoteca pendente sul bene perito si trasferisse su una qualunque altra cosa appartenente al soggetto passivo, bensì, più semplicemente, individua di volta in volta una serie di beni sostituti, i quali però sono sempre causalmente connessi a quello originariamente dato in garanzia.

Una situazione di massima tutela potrebbe essere raggiunta laddove la legge richieda sempre al debitore di assicurare il bene; a tale esigenza, però, ha già rimediato la pratica, essendo noto che le banche o le società finanziarie

c.c. - nella parte relativa ai *valeurs substituées* del bene ipotecato. Cfr., nei medesimi termini, M. FRAGALI, voce *Ipoteca (dir. priv.)*, cit., 816 ss., secondo il quale la destinazione ipotecaria del bene "si risolve nell'essere adibito a far conseguire un valore pecuniario".

⁴⁰⁴ Con specifico riferimento alle garanzie reali, si veda G.P. CHIRONI, *Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno*, cit., 385; Più in generale, nella dottrina recente, invece, M. ESU, voce *Surrogazione reale*, cit., 2, e L.V. MOSCARINI, voce *Surrogazione reale*, cit., 970 ss.

impongono al mutuatario per contratto di stipulare una copertura assicurativa⁴⁰⁵.

La surrogazione dell'indennità alla cosa – è bene ricordarlo – opera, e non potrebbe essere altrimenti, solo nel caso in cui il debitore abbia avuto appunto l'accortezza di assicurarsi.

In definitiva, dunque, l'art. 2742 c.c. mira a garantire la sicurezza del credito in caso di eventi pregiudizievoli e nefasti per l'oggetto della garanzia medesima⁴⁰⁶.

La ragione appena illustrata non costituisce l'unica a fondamento dell'istituto, poiché la suddetta disposizione, se, da un lato, consente di mantenere il diritto a realizzare un determinato valore, dall'altro, consente inoltre di conservare la precedenza rispetto agli altri creditori.

In altri termini, l'ulteriore *ratio* della surrogazione dell'indennità alla cosa risiede proprio nel lasciare al creditore la posizione originaria di preferenza nei confronti degli altri⁴⁰⁷. Diversamente, egli sarebbe svantaggiato rispetto ai creditori chirografari, che si gioverebbero dell'incremento patrimoniale dato dalla corresponsione dell'indennizzo; allo stesso modo, il debitore medesimo potrebbe facilmente sottrarre quest'ultimo⁴⁰⁸.

La surrogazione dell'indennità alla cosa, dunque, ha costituito un notevole passo in avanti nel sistema delle garanzie reali. Tuttavia, ricondurre la regola in analisi all'equità poteva essere una soluzione soddisfacente – ma, sia consentita l'espressione, forse un po' sbrigativa – nel tempo in cui essa era ancora percepita come un meccanismo assolutamente eccezionale, persino contrario “alla rigorosa logica giuridica”⁴⁰⁹, a mo' di *escamotage*, quando la

⁴⁰⁵ Si pensi, ad esempio, alla clausola c.d. di vincolo inserita nei contratti d'assicurazione, mediante la quale l'assicuratore si impegna a pagare solo al vincolatario, che può essere appunto il creditore ipotecario. Essa è senza dubbio un ulteriore rafforzamento del meccanismo di cui all'art. 2742 c.c.; sull'argomento si veda *infra* par. 14.

⁴⁰⁶ Si vedano MAGAZZÙ, voce *Surrogazione reale*, cit., 1506, e L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, cit., 222.

⁴⁰⁷ Si è parlato, a questo proposito, di “dilatazione” del privilegio derogatoria del principio della *par condicio creditorum*. In tal senso, L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, cit., 223.

⁴⁰⁸ Secondo V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 540, si realizza nel caso in esame una situazione analoga a quella in cui il debitore aliena *in fraudem creditorum* il bene dato in garanzia, con la differenza che in seguito al perimento il creditore non potrebbe agire in revocatoria data la mancanza dei presupposti.

⁴⁰⁹ Si esprimeva in questi termini N. STOLFI, *op. loc. cit.*; parimenti E. BIANCHI, *op. loc. cit.*

dottrina più legata al dogmatismo doveva ancora “metabolizzare” il principio⁴¹⁰.

La complessità del meccanismo, tuttavia, impone di andare al di là una ricostruzione di tal fatta, che potrebbe rilevarsi forse troppo riduttiva. Rinviando al prosieguo l’indagine circa l’esatta individuazione del fondamento del fenomeno, per ora si può osservare che se la surrogazione dell’indennità alla cosa rispondesse effettivamente solo a un principio equitativo, un’applicazione rigorosa di quest’ultimo dovrebbe condurre a detrarre dalla “nuova” garanzia del creditore privilegiato – l’indennizzo – l’importo corrispondente ai premi che il debitore ha pagato con danaro proprio, poiché tale importo consiste in una diminuzione del patrimonio del soggetto passivo e, dunque, in una diminuzione della massa aggredibile dai creditori chirografari, importo che difatti dovrebbe tornare a soddisfare tutti i creditori.

Tuttavia, a quanto consta, la legge non dispone affatto tale detrazione, per cui si dovrebbe escludere che il fondamento del principio sia equitativo.

8. Natura del diritto all’indennità assicurativa: impostazione del problema

Escluso che il fondamento della surrogazione dell’indennità alla cosa sia da ricercare esclusivamente nell’equità, occorre ora soffermarsi sui tentativi della dottrina di ricostruire la *ratio* del meccanismo in esame. Si deve premettere che sono state avanzate le soluzioni più disparate per spiegare il meccanismo surrogatorio, in Italia come all’estero.

Tra gli ordinamenti europei più rappresentativi, quali la Francia, la Germania e la Spagna, si può rinvenire un’uniformità del principio in esame, nel senso che tutti prevedono la sostituzione dell’indennizzo alla garanzia reale che sia venuta meno. Chiaramente, tra gli artt. 2742 c.c., 1877 c.c. spagnolo, 121-13 *Code des Assurances* e i §§ 1127 ss. BGB, sussistono numerose divergenze a livello terminologico, che hanno lasciato più o meno spazio all’attività ricostruttiva degli interpreti. A titolo meramente esemplificativo, si segnala la profonda differenza tra il modello spagnolo, che conta una

⁴¹⁰ Si segnala che l’argomento dell’equità è stato autorevolmente sostenuto anche di recente da P. GALLO, *sub* Art. 2742, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, *Della tutela dei diritti*, a cura di G. Bonilini e A. Chizzini, Milano, 2016, 949.

disciplina piuttosto articolata – si passa dal codice civile, alla legge ipotecaria, passando per quella sulle assicurazioni –, al modello francese, che stabilisce semplicemente l’“attribuzione” dell’indennizzo ai creditori. Nondimeno, tutti i sistemi qui considerati salvaguardano le ragioni del creditore mediante l’enunciazione di regole assimilabili al dettato del nostro art. 2742 c.c.

Si segnala, a questo proposito, che la surrogazione dell’indennità alla cosa è stata oggetto di uno studio congiunto da parte delle commissioni nazionali che hanno partecipato al terzo *Congrès Mondial de l’Association internationale du droit de l’assurance* (nota altresì come AIDA), tenutosi a Parigi nel 1970. Come si avrà modo di vedere, i risultati del Congresso mostrano una sostanziale convergenza – almeno con riferimento al tema qui trattato – delle legislazioni non solo dei paesi europei, bensì anche di quelli molto lontani dalla nostra tradizione giuridica⁴¹¹, come il Giappone⁴¹². Non sorprende perciò che le spiegazioni avanzate per motivare il fondamento della surrogazione dell’indennità alla cosa siano tutto sommato omogenee.

Il disposto dell’art. 2742 c.c. sembrerebbe di per sé già sufficientemente chiaro, potendosi individuare due casi ben distinti, tra loro alternativi, contemplati dalla disposizione e peraltro dipendenti dall’arbitrio del debitore, il quale può scegliere *i*) di ripristinare o ricostruire la cosa danneggiata o perita, con conseguente “ripristino” su di essa della medesima garanzia, oppure *ii*) incassare l’indennizzo, che sarà poi ripartito in favore dei creditori privilegiati, secondo il rango di ciascuno. È proprio questa alternativa che ha diviso profondamente la dottrina, portando numerosi Autori a ricondurre le predette

⁴¹¹ I lavori del Congresso AIDA del 1970 sono efficacemente sintetizzati da E. PASANISI, *I diritti del terzo verso l’assicuratore*, in *Assicurazioni*, 1970, 189 ss. e sono stati anche oggetto di una pubblicazione a Parigi, sempre nel 1970, da parte dell’*Association Internationale du Droit de l’Assurance*. Essi offrono un’interessantissima panoramica della tematica dei diritti del terzo contro l’assicuratore, che riguarda anche il caso della surrogazione reale, sebbene non si tratti di un confronto in prospettiva comparatistica. Come si vedrà nel prosieguo, i lavori mostrano una sostanziale uniformità delle legislazioni europee e non solo sul punto. Si segnala, invece, per alcuni spunti di diritto comparato, sempre per un raffronto tra più sistemi, il notevole contributo di C.G. VAN DER MERWE, *Security in Immovables*, in *International encyclopedia of comparative law*, VI, *Property and trust*, Tubinga–Dordrecht–Boston–Lancaster, 1994, 75 ss. In ambito italiano, invece, un cenno alla questione si trova in G. TUCCI, voce *Garanzia: III) Diritti di garanzia – diritto comparato e straniero*, in *Enc. giur. Treccani*, XIV, Roma, 1989, 7 ss.

⁴¹² Per il Giappone ci si può limitare solamente ad indicare le disposizioni del codice civile che stabiliscono la surrogazione dell’indennità alla cosa: si tratta degli artt. 304, 350 e 372 c.c. giapponese. Per il contenuto di questi ultimi si veda I. SHIINA, O. KANAZAWA, *Rapporto nazionale giapponese*, in *Atti del 3° Congresso mondiale dell’Association Internationale du Droit de l’Assurance*, Parigi, 1970, B146.

ipotesi ai due casi di surrogazione esaminati in principio, ovvero “in senso stretto” e in “in senso lato”.

La surrogazione reale in senso stretto si realizza – è stato affermato – solo ed esclusivamente quando al mutare dell’oggetto il rapporto giuridico rimane invariato. L’esempio più comune è proprio quello della riparazione o ricostruzione dell’immobile ipotecato danneggiato o distrutto. Senza addentrarsi nella questione che riguarda l’identità dell’edificio ripristinato, ovvero se esso sia “storicamente” il medesimo oppure uno nuovo, si ammette che in questi casi l’ipoteca trapassi da un bene all’altro, mantenendo il grado originario. In breve, muta l’oggetto, ma non il diritto.

La surrogazione reale in senso lato, invece, consiste in un cambiamento della struttura del rapporto, imposto dal venir meno della componente materiale del medesimo e dalla incompatibilità della cosa “nuova” con il diritto originario, come accade quando al bene immobile ipotecato si sostituisce una somma di danaro. Si fa notare però che non si tratta di un rapporto del tutto nuovo e indipendente, bensì di uno “derivato”, per cui esso mira comunque a realizzare il medesimo interesse protetto⁴¹³. Non potendosi ammettere che l’ipoteca gravi su una somma di danaro, necessariamente si conclude per la sua estinzione e per la contestuale costituzione di un diritto “nuovo” sull’indennizzo. Di quale diritto si tratti è ulteriore questione.

La suddivisione appena illustrata non è tuttavia unanimemente condivisa, potendosi riscontrare anche tentativi di ricostruzione differente della fattispecie, come quello di chi ritiene che, come si vedrà meglio appresso, l’effetto dell’art. 2742 c.c. sia solo quello di apporre un “vincolo” all’indennizzo, escludendo così una vicenda estintivo–costitutiva⁴¹⁴. Si deve però precisare che la distinzione della surrogazione reale in due diverse *species* è una peculiarità elaborata esclusivamente dalla dottrina italiana. Altrove, come in Francia, Spagna e Germania, si preferisce ricondurre ad altri istituti le ipotesi che presso di noi sono annoverate nella surrogazione reale in senso lato, oppure discorrere genericamente di surrogazione reale, senza

⁴¹³ Per la tesi della “derivazione” del rapporto nuovo da quello precedente si veda F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., 99, e L.V. MOSCARINI, voce *Surrogazione reale*, cit., 973 ss.; da ultimo, C. TOMASSETTI, *La surrogazione reale*, cit., 818 ss. Sulla distinzione tra le due specie di surrogazione in generale, invece, si rimanda a M. ESU, voce *Surrogazione reale*, cit., 1 ss., nonché ai cenni di cui al cap. I, par. 6, del presente lavoro.

⁴¹⁴ Il tentativo di escludere la duplice vicenda estintivo–costitutiva è di A. MAGAZZÙ, voce *Surrogazione reale*, cit., 1497 ss.

specificazioni⁴¹⁵. Al di là però delle classificazioni, che nella materia in analisi hanno necessariamente valore relativo e, per dir così, convenzionale, considerato che dal legislatore non viene alcuna indicazione in proposito, si tratta di stabilire qual è il diritto che spetta al creditore privilegiato in seguito al perimento della garanzia.

L'interrogativo, come più volte ricordato, ha una lunga storia che lo precede, poiché la dottrina italiana ed estera sono state da sempre impegnate nel tentativo di conciliare concetti che tra loro paiono del tutto antitetici e inconciliabili: il perimento della cosa e la "sopravvivenza" del diritto. Nel prosieguo si ci si riferirà principalmente al caso dell'ipoteca, essendo l'esempio maggiormente rappresentativo dell'incompatibilità tra l'originaria garanzia e l'indennizzo che ne dovrebbe assumere il posto.

Il problema della compatibilità, difatti, potrebbe porsi, a stretto rigore, anche qualora si tratti privilegio. L'art. 2742 c.c. è dettato evidentemente per i privilegi speciali, ovvero quelli che gravano su specifici beni mobili o immobili del debitore⁴¹⁶. La perdita del bene sottoposto a questo diritto reale di garanzia⁴¹⁷ dovrebbe provocare l'estinzione del diritto medesimo, poiché viene a mancare l'oggetto. Tuttavia, in caso di surrogazione con l'indennità d'assicurazione, non essendo ammissibile un privilegio speciale su una somma di danaro – considerato che deve trattarsi di una cosa specifica e individuabile –, si ripropone qui il medesimo problema illustrato pocanzi relativamente all'ipoteca. Meno problematico appare, invece, il pegno. Se viene a mancare la cosa impegnata, il diritto dovrebbe trasferirsi sulla somma corrisposta dall'assicuratore, assumendo la veste del pegno irregolare.

⁴¹⁵ Come rilevato in principio, le trattazioni generali sulla surrogazione reale, in Italia come all'estero, non sono numerose. Quelle straniere, a quanto consta, non contengono la distinzione tra surrogazione reale propria e impropria – o, se si preferisce, rispettivamente, in senso stretto e in senso lato – in voga presso di noi. Per la Francia, si vedano E. SAVAUX, B. GRIMONPREZ, voce *Subrogation réelle*, cit., 1 ss. Per la Spagna, F.J. ANDRÉS SANTOS, *Introducción Histórico-Dogmática a la idea de la subrogación real*, cit., 681 ss. Per la Germania, M. WOLF, *Prinzipien und Anwendungsbereich der dinglichen Surrogation*, cit., 645 ss.

⁴¹⁶ Se si trattasse di privilegio generale, l'indennizzo che prende il posto della cosa appartenente al debitore e perita, o magari il risarcimento dovuto dal terzo responsabile per tale evento, entra a far parte del patrimonio del soggetto passivo ed è soggetto all'esecuzione forzata. L'estensione del privilegio (generale) sull'indennità, dunque, si realizza indipendentemente dall'art. 2742 c.c. Cfr. D. DI SABATO, *I privilegi*, cit., 88, testo e nota 152.

⁴¹⁷ I privilegi speciali sono annoverati tra i diritti reali di garanzia: A. RAVAZZONI, voce *Privilegi*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, XIV, Torino, 1996, 377 ss.

Ciononostante, come verrà illustrato meglio nel prosieguo, non è necessario ricorrere ai concetti di “trasformazione” o “derivazione” del diritto o simili per spiegare l’art. 2742 c.c.

9. Tentativi di ricostruzione dell’istituto. Riparazione o ripristino della cosa data in garanzia

Conviene muovere dall’ipotesi più semplice, ovvero la riparazione o la ricostruzione della cosa danneggiata o perita del tutto. Già l’art. 1951 c.c. abr. specificava che il vincolo sulle somme dovute dall’assicuratore in favore dei creditori privilegiati non si costituisce se le medesime “vengano impiegate a riparare la perdita o il deterioramento”. L’art. 2742 c.c. ha accolto questa impostazione ed ha aggiunto che “l’autorità giudiziaria può, su istanza degli interessati, disporre le opportune cautele per assicurare l’impiego delle somme nel ripristino o nella riparazione della cosa”. La previsione appare di facile spiegazione: se l’indennità rappresenta il bene originario, almeno per ciò che compete al soggetto attivo del rapporto, a maggior ragione non può non rappresentarlo quello “nuovo”, frutto del reimpiego dell’indennità medesima.

L’art. 2742 c.c., dunque, richiede una connessione causale tra il *bien nouveau* e il *bien ancien*, nel senso che il primo deve essere ottenuto mediante quanto sia subentrato al secondo. Per ciò che concerne i beni mobili, non sorgono grandi questioni circa il reinvestimento dell’indennità. Si può solo osservare che il comma primo della disposizione discorre di “perdita” e “deterioramento” delle cose date in garanzia. Il primo termine assume un significato peculiare in relazione alle cose mobili, poiché, oltre a ricomprendere la distruzione vera e propria, include anche la sottrazione o lo smarrimento delle medesime e, più in generale, tutti gli eventi che le rendono indisponibili⁴¹⁸.

Più articolato potrebbe presentarsi l’ipotesi in cui si tratti di immobili. Potrebbero darsi i casi in cui il debitore decida di riedificare *ex novo*, ad esempio, su un’area diversa, oppure impiegare l’indennità nell’acquisto di una struttura già esistente. Per le ragioni che si vedranno immediatamente, si deve ritenere operante il meccanismo surrogatorio in ogni caso.

⁴¹⁸ A condizione che – come autorevolmente affermato – il contratto d’assicurazione includa tali eventi tra quelli indennizzabili: per tutti, L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, cit., 236.

In primo luogo, ciò che rileva è solo il reimpiego della somma corrisposta dall'assicuratore, anche perché l'art. 2742 c.c., almeno per l'eventualità in cui il soggetto passivo voglia edificare in altro luogo, non offre nessun elemento per ritenere che la somma debba essere investita nel medesimo posto. Tanto è vero che numerose disposizioni nella legislazione speciale per i danni di guerra e per i terremoti prevedono la continuità dell'originaria ipoteca "anche se la ricostruzione avvenga in luogo diverso"⁴¹⁹. Allo stesso modo, si legge altrove, "le ipoteche iscritte sugli immobili distrutti o da demolire ed i privilegi garantiti dagli stessi sono trasferiti di diritto sugli immobili costruiti o acquistati in altro sito"⁴²⁰. Le disposizioni appena richiamate non sono altro che una specificazione di quanto già desumibile dall'art. 2742 c.c., il quale stabilisce appunto la "trasformazione" dell'originaria garanzia innanzitutto nell'indennizzo e, poi, nella cosa nuova, se quest'ultima è ottenuta mediante tale somma. D'altra parte, sebbene il caso del ripristino sia visto dall'art. 2742 c.c. come l'eccezione ("...eccetto che le medesime vengano impiegate a riparare la perdita..."), in realtà tale passaggio attribuisce all'indennizzo la sua naturale destinazione, che è quella di ridurre *ad pristinum* la cosa distrutta o perita⁴²¹. La copertura assicurativa, soprattutto qualora sia stata stipulata prima della costituzione della garanzia, è senza dubbio volta a tutelare il bene nella sua integrità materiale ed anzi sarà onere del soggetto passivo provvedere alla ricostruzione, se intende impedire che sorga il vincolo in favore dei creditori. A ben vedere, però, anche la ricostituzione della garanzia distrutta va a vantaggio di questi ultimi, poiché essi vedranno la cosa reintegrata nella sua forma originaria. Dunque, si deve ritenere che la *restitutio in integrum* sia la regola, mentre la surrogazione della cosa originaria nel valore l'eccezione, almeno quando trattasi di proprietà

⁴¹⁹ Così l'art. 54 l. n. 968 del 1953 sugli indennizzi e contributi per i danni di guerra. Ma si possono richiamare altri esempi, come l'art. 20 l. n. 419 del 1919, di contenuto sostanzialmente analogo. In dottrina, per una disamina del trasferimento dell'ipoteca nella legislazione d'emergenza, si veda A. GENOVESE, *Il trasferimento dell'ipoteca. Vicende del rapporto ipotecario*, cit., 75 ss. Allo stesso modo in Francia, dopo la fine del secondo conflitto mondiale, nella legislazione per i *dommages de guerre*. Si veda, a titolo meramente esemplificativo, l'art. 35 *loi* 28 ottobre 1945, secondo cui "les droits réels grevant les biens sinistrés ainsi que les nantissements, sont reportés de plein droit sur les biens reconstitués".

⁴²⁰ Questo è l'art. 7 l. n. 156 del 1983. In dottrina, per tutti A. CHIANALE, *L'ipoteca*, cit., 324.

⁴²¹ Cfr. E. PERONACI, *La surrogazione nel diritto civile italiano*, cit., 73, il quale fa altresì notare che l'assicurato (il debitore) - di norma - stipula la polizza per provvedere all'integrità della cosa e dunque nell'interesse proprio e non certo per tutelare il creditore ipotecario o pignoratizio.

immobiliare. Ciò trova conferma nel *favor* che il legislatore riserva all'interesse generale al fine ricostruttivo: si vedano, a titolo meramente esemplificativo, l'art. 1128, comma 3, c.c., il quale, per il caso di danneggiamento inferiore ai tre quarti della struttura, destina l'indennità dell'assicurazione alla ricostruzione, e l'art. 1018 c.c., che attribuisce al nudo proprietario la facoltà di valersi dei residui dell'edificio crollato, se intende ripristinarlo, residui che normalmente spetterebbero invece all'usufruttuario. Anche le legislazioni estere accordano una preferenza al ritorno alla situazione precedente il sinistro. Il § 1127, comma 2, BGB, ad esempio, esclude l'estensione dell'ipoteca all'indennizzo se la cosa assicurata viene ricondotta allo stato originario⁴²².

In secondo luogo, l'art. 2878, n. 4, c.c., dichiara espressamente che il diritto d'ipoteca – ma deve chiaramente ritenersi lo stesso per le altre garanzie reali – non si estingue nei casi regolati dall'art. 2742 c.c., il che significa stabilire la “continuità” di tale diritto sia sull'indennizzo che sul bene ripristinato.

È opinione comune che l'investimento dell'indennizzo nel ripristino della cosa costituisca un classico esempio di surrogazione reale (*res succedit in locum rei*), poiché sul bene nuovo si mantiene inalterata la garanzia in tutti i suoi aspetti, compreso il grado. Se si vuole accogliere la distinzione tra surrogazione reale in senso stretto e in senso lato, il caso in analisi rientra senza dubbio nel primo tipo⁴²³. Occorre però segnalare che altra parte della dottrina non ritiene operante il meccanismo surrogatorio nel caso di ripristino del bene. Si rinvengono sul punto due opinioni in particolare, che per diverse ragioni

⁴²² Il codice germanico, in realtà, è anche l'unico tra quelli degli ordinamenti qui considerati a stabilire che al posto della ricostruzione del bene è possibile anche la sua sostituzione, nel senso che se ne può fornire un altro (§ 1127, comma 2, ultima parte, BGB: “Die Haftung der Forderung gegen den Versicherer erlischt, wenn der Versicherte Gegenstand wiederhergestellt oder Ersatz für ihn beschafft ist”). Rileva la sostanziale uniformità sul punto delle legislazioni europee E. PASANISI, *I diritti del terzo verso l'assicuratore*, cit., 261, testo e nota 58.

⁴²³ Questa è l'opinione dominante: si vedano, nella letteratura sull'ipoteca, V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 543; ID., *Il venir meno dell'oggetto della prelazione, e i rimedi a tutela del creditore preferito. Per una lettura degli artt. 2742 e 2743 c.c.*, in *Riv. notar.*, 1981, 4, 642 ss.; D. RUBINO, *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, cit., 76; M. FRAGALI, voce *Ipoteca (dir. priv.)*, cit., 817. In quella sulla surrogazione reale, invece, L.V. MOSCARINI, *op. loc. cit.*; M. ESU, voce *Surrogazione reale*, cit., 8 ss.; C. TOMASSETTI, *La surrogazione reale*, cit., 819; F. SANTORO-PASSARELLI, *La surrogazione reale*, cit., 60. Per la Spagna, M.L. MARÍN PADILLA, *El principio general de la subrogación real en los derechos reales de garantía y goce*, cit., 1167. Si ricordi che l'ipotesi dell'impiego dell'indennizzo nella ricostruzione è regolata dall'art. 42 *Ley Contrato de Seguro*. In Francia, invece, l'art. 121-13 *Code des assurances* non dispone nulla per tale ipotesi, ma si ritiene comunque operante il meccanismo surrogatorio: cfr. G. DURRY, *Hypothèque et assurance*, cit., 30; V. RANOUIL, *La subrogation réelle en droit civil français*, cit., 36 e 82 ss.

pervengono alla medesima conclusione. Taluno ha ricondotto il caso qui in analisi al disposto dell'art. 2811 c.c., che regola l'estensione dell'ipoteca ai miglioramenti e alle accessioni, escludendo persino che possa discorrersi di surrogazione reale vera e propria. È stato difatti affermato che le mutazioni o le trasformazioni dell'oggetto della garanzia reale, seguite poi dal ripristino, non intaccano minimamente l'oggetto dell'originario diritto, che rimarrà esattamente immutato, proprio in virtù all'attività di ricostruzione. Si tratta, in altri termini, sempre della medesima cosa⁴²⁴. Altri, invece, movendo dal presupposto – senza dubbio corretto – che la surrogazione dell'indennità alla cosa mira a tutelare il creditore dalla diminuzione o soppressione totale della garanzia, non ravvisa nel caso del ripristino detta riduzione, sicché "l'originaria garanzia reale si conserva pienamente, e del tutto immutata"⁴²⁵.

È evidente che queste ultime due teorie si basano su un assunto ben preciso, ovvero che vi sia esatta identità tra il bene "vecchio" e quello "nuovo", persino nel caso in cui il debitore proceda alla ricostruzione con l'impiego di danaro proprio⁴²⁶. Si ha cura di specificare che in senso materiale la cosa originaria e quella nuova sono ovviamente diverse, ma che non lo sono invece in senso giuridico⁴²⁷. Come si vede, dunque, sembra dipendere tutto dalla qualificazione che si vuole attribuire alla cosa ottenuta mediante il reimpiego dell'indennizzo. Chi la considera come una novità riconosce il funzionamento del meccanismo surrogatorio, laddove appunto la medesima garanzia passa sul bene nuovo. Chi, diversamente, ravvisa l'identità tra le due cose, esclude la surrogazione reale.

Il problema qui sinteticamente riassunto non pare avere grandi ricadute pratiche, poiché, al di là della novità o meno del bene ricostruito, il soggetto attivo del rapporto è comunque tutelato in caso di perimento, potendo sempre

⁴²⁴ È questa l'opinione di C. MAIORCA, voce *Ipoteca (diritto civile)*, cit., 146 ss., secondo il quale le uniche ipotesi di trasposizione dell'ipoteca da un oggetto a un altro – dunque, di surrogazione reale propria, per utilizzare l'espressione dell'Autore – sarebbero gli artt. 2825, comma 2, e 853, ultimo comma, c.c., relativi, rispettivamente, all'ipoteca sui beni indivisi e sul fondo assegnato al proprietario in occasione del riordino della proprietà rurale.

⁴²⁵ Così A. MAGAZZÙ, voce *Surrogazione reale*, cit., 1513. L'Autore chiarisce che può discorrersi di surrogazione reale solo in senso descrittivo, ossia per rappresentare l'operazione nella quale la cosa perita viene sostituita da un'altra.

⁴²⁶ Cfr. ancora C. MAIORCA, *op. loc. cit.* Accenna al ripristino con danaro proprio anche M. ESU, voce *Surrogazione reale*, cit., 9. *Contra*, nel senso dell'inapplicabilità dell'art. 2742 c.c. al proprietario che impieghi risorse proprie, V. ANDRIOLI, *Surrogazione dell'indennità alla cosa*, cit. 30.

⁴²⁷ A. MAGAZZÙ, *op. loc. cit.*

giovarsi della continuità della garanzia. Tuttavia, il legislatore, innovando rispetto all'art. 1951 c.c. abr., ha attribuito ai creditori la facoltà di rivolgersi all'autorità giudiziaria affinché disponga le opportune cautele per assicurare l'impiego delle somme nel ripristino o nella riparazione della cosa. Si vuole così evitare che il debitore più scaltro ottenga la corresponsione dell'indennizzo sulla base di un mero impegno verbale alla ricostituzione della garanzia⁴²⁸. Poiché i rimedi per garantire l'effettivo reimpiego della somma variano tra Italia, Germania, Francia e Spagna, ma non alternano affatto la natura dell'istituto, per il loro approfondimento si rinvia *infra* ai parr. 11 ss.

A conclusione di questa parte del discorso, si deve segnalare che sarà necessario provvedere a rendere nota ai terzi la vicenda modificativa, mediante il sistema dell'annotazione⁴²⁹.

10. Surrogazione dell'indennità alla cosa e costituzione del vincolo sulla somma dovuta dall'assicuratore

Il ripristino del bene perito, mediante il reimpiego dell'indennità, non pone grandi problemi, poiché il bene nuovo, essendo della medesima specie di quello venuto meno, è, per dir così, sempre compatibile con il diritto di garanzia originario. Anche qualora si tratti di un'ipoteca, l'immobile ricostruito diverrà oggetto della medesima, al pari di quello precedente. Come si diceva, più complicata è la situazione nella quale il debitore decida di non procedere al ripristino della garanzia, rendendo così operante il meccanismo della surrogazione dell'indennità alla cosa (*pretium succedit in locum rei*). Se il creditore è munito di una garanzia immobiliare, si tratta di stabilire quale sia la sorte del suo diritto, atteso che sussiste un'incompatibilità di fondo tra quest'ultimo e il danaro.

Sono state proposte numerose soluzioni al problema qui presentato, tutte incentrate su differenti interpretazioni del disposto dell'art. 2742 c.c., il

⁴²⁸ Secondo L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, cit., 237 ss., le "cautele" cui fa riferimento l'art. 2742 c.c. potranno configurarsi secondo il prudente apprezzamento del giudice. L'Autore, in ogni caso, ipotizza alcune misure di controllo dei creditori sull'operato del debitore, quali, ad esempio, la nomina del direttore dei lavori, o la costituzione di un pegno sull'indennità, che sarà poi liberata una volta conclusa effettivamente la riparazione.

⁴²⁹ Numerosi Autori concordano sull'annotazione quale mezzo più idoneo a garantire la pubblicità delle vicende in analisi. Si vedano D. RUBINO, *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, cit. 75 ss.; C. MAIORCA, *op. loc. cit.*; M. FRAGALI, voce *Ipoteca (dir. priv.)*, cit., 821. L'annotazione è, d'altra parte, la pubblicità delle modificazioni soggettive ed oggettive del rapporto ipotecario.

quale si limita a stabilire il “vincolo” dell’indennizzo alla soddisfazione dei creditori privilegiati. All’estero, almeno con riferimento agli ordinamenti considerati sino ad ora, si registra la stessa varietà di opinioni. Sia dunque consentita la schematizzazione che segue, per riassumere i punti fondamentali di ciascuna configurazione.

a) “mera” surrogazione del valore alla cosa

Secondo una prima tesi, si avrebbe la surrogazione reale del valore alla cosa, restando immutato il rapporto; in altri termini, un’applicazione pura e semplice della regola *pretium succedit in locum rei*, che consente ai creditori di ripartirsi l’indennità secondo il grado delle rispettive garanzie⁴³⁰. Si è volutamente anteposto l’aggettivo “mero” a questa prima teoria poiché essa ricorre al concetto di surrogazione solo ed esclusivamente a fini descrittivi, per illustrare il meccanismo di sostituzione di una cosa a un’altra, senza però spiegare in maniera convincente per quale ragione la legge concede ai creditori la “sopravvivenza” del loro diritto. Anzi, occorre specificare che i suoi sostenitori sono coloro che rintracciavano il fondamento del principio in analisi nell’equità, che però si è visto essere una spiegazione non del tutto soddisfacente. Ad ogni modo, come si vedrà immediatamente anche nei punti che seguono, la surrogazione reale rimane la spiegazione, per dir così, *standard* dell’art. 2742 c.c., salvo precisazioni e aggiustamenti di volta in volta proposti⁴³¹.

b) “creazione” di un “nuovo” diritto di prelazione

Secondo altri, si avrebbe necessariamente l’estinzione del diritto di garanzia, per il venir meno della sua componente materiale, e la contestuale

⁴³⁰ Tale ricostruzione si diffonde già sotto la vigenza dell’art. 1951 c.c. abr., non molto dissimile dall’art. 2742 c.c. In tal senso si vedano L. COVIELLO, *Delle ipoteche nel diritto civile italiano*, cit., 452 ss.; N. STOLFI, *Diritto civile*, II, 3, cit., 412 ss.; E. PACIFICI-MAZZONI, *op. loc. cit.* Taluno, come il LONGO, *Della surrogazione reale nel diritto italiano*, cit., 212 ss., arrivò persino ad ammettere che la continuazione dell’ipoteca sulla somma di danaro, contrariamente alla visione pressoché unanime, che invece riteneva impossibile tale eventualità, per il semplice fatto che appariva contrario alla logica come un diritto immobiliare insistesse su una cosa mobile.

⁴³¹ Questa pare essere la visione prevalente in Italia e all’estero, almeno in tutti gli ordinamenti in cui vige il principio della surrogazione dell’indennità alla cosa. Come rileva E. PASANISI, *I diritti del terzo verso l’assicuratore*, cit., 258 ss., testo e nota 56, nell’ambito di una panoramica su quanto emerso durante il Congresso mondiale AIDA del 1970, la legge dispone in questi casi la surrogazione reale, sicché l’indennità si pone al luogo della cosa scomparsa e va a costituire a favore del creditore preferito la stessa garanzia che forniva la cosa originaria.

costituzione *ex novo* di un diritto di prelazione, consistente in un nuovo privilegio. Questa ricostruzione, tuttavia, non ravvisa nel caso in esame un'applicazione del meccanismo surrogatorio. Il Santoro-Passarelli, almeno nella sua prima opera dedicata alla surrogazione reale, riteneva la medesima una finzione giuridica, ma, nonostante tale carattere fittizio, non credeva che ci si potesse spingere sino ad ammettere che essa snaturi il diritto nella sua essenza (nel senso di "fingere" l'insistenza dell'ipoteca su una somma di danaro). Di conseguenza, il diritto originario - affermava l'illustre giurista - perisce assieme al bene e si crea contestualmente un vincolo sull'indennizzo, "quasi in derivazione dell'originario diritto"⁴³². L'Autore che ha elaborato questa teoria, in una sua successiva e più recente opera, sembrerebbe aver poi parzialmente rivisto la propria posizione. Dopo aver accantonato l'espedito della finzione, egli è giunto a ricostruire la fattispecie in termini di surrogazione reale che provoca la "derivazione" del nuovo rapporto dal precedente, per cui quest'ultimo adempie alla medesima specifica funzione del primo, con la costituzione di un nuovo rapporto di "garanzia speciale" che subentra a quello originario⁴³³.

c) diritto a ricevere direttamente l'indennità

Questa tesi può essere considerata uno sviluppo della precedente. Una volta estintosi il diritto di garanzia, a seguito del perimento del bene, il creditore può pretendere direttamente per sé l'indennizzo, fino alla concorrenza del credito. Il suo diritto è "derivato", secondo l'insegnamento del Santoro-Passarelli, dal precedente e lì trova il proprio fondamento: il diritto assoluto del creditore si trasforma in un diritto a ricevere direttamente l'indennità dal terzo, ovvero l'assicuratore. La surrogazione dell'indennità alla cosa rientra perciò nel concetto ampio di surrogazione reale, che consiste nello strumento naturale per la realizzazione dell'interesse protetto con la garanzia reale, ovvero il conseguimento del valore economico⁴³⁴.

⁴³² F. SANTORO-PASSARELLI, *La surrogazione reale*, cit., 439 ss., discorre in un primo momento di estinzione dell'ipoteca e costituzione di un nuovo privilegio; tuttavia, l'art. 2029 c.c. abr., nell'elencare le cause d'estinzione dell'ipoteca, al n. 2, in caso di distruzione dell'immobile, faceva salvo proprio il caso dell'art. 1951 c.c. abr. Si ricordi che l'Autore appena citato era tra coloro che, almeno all'epoca, seguiva l'impostazione in termini di finzione della surrogazione reale, come la prima dottrina francese.

⁴³³ F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., 98.

⁴³⁴ E non, come afferma L.V. MOSCARINI, voce *Surrogazione reale*, cit., 974, al conseguimento della specifica res.

d) azione diretta contro l'assicuratore

Simile alla precedente è la tesi di un illustre processualista, il quale muove proprio da una critica a quanto visto *sub b)*. Secondo questa teoria, l'art. 2742 c.c. conferisce ai creditori privilegiati un'azione diretta contro l'assicuratore, da esperire entro brevissimi termini. La disposizione, in verità, non aggiungerebbe nulla rispetto a quanto costoro possono già fare in virtù dell'azione surrogatoria di cui all'art. 2900 c.c. e del pignoramento presso terzi. Anzi, essa metterebbe i creditori in una posizione persino peggiore, poiché essi dovrebbero rispettare i rigorosi termini (trenta giorni) entro i quali fare opposizione. Inquadrate in questo modo il caso in esame, dunque, servirebbe a spiegare per quale ragione si mantiene la posizione di preferenza sui creditori chirografari e perché quelli privilegiati non possono accampare verso l'assicuratore diritti maggiori di quelli che la legge e la concreta situazione contrattuale conferiscono al debitore.

In breve, questa tesi finisce, di fatto, per trasformare la surrogazione dell'indennità alla cosa in una surrogazione personale, per cui i creditori garantiti si sostituiscono al debitore nella pretesa diretta dell'indennizzo⁴³⁵.

e) mutamento della titolarità attiva del rapporto obbligatorio

La teoria dell'azione diretta è stata ritenuta in parte condivisibile, ma al contempo incompleta e non del tutto esaustiva. Si è detto, difatti, che, oltre all'attribuzione ai creditori privilegiati di un'azione, appunto, verso l'assicuratore, si instaura tra questi soggetti un vero e proprio rapporto di credito. La legge, in altri termini, disporrebbe un mutamento nella titolarità attiva del rapporto obbligatorio, il cui modello di riferimento è dato dallo schema della surrogazione legale del credito⁴³⁶.

f) pegno sul credito

⁴³⁵ Questa formulazione si deve a V. ANDRIOLI, *Surrogazione dell'indennità alla cosa*, cit., 26 ss. Ad essa ha aderito successivamente V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 544 ss. Si segnalano, nei medesimi termini, anche: A. GAMBOGI, *Surrogazione dell'indennità di assicurazione alla cosa ipotecata perita e fallimento dell'assicurato*, in *Assicurazioni*, 1957, II, 154 ss., e F. MOLFESE, *Furto di autoveicolo. Azione del creditore ipotecario ex art. 2742 codice civile*, in *Riv. giur. circol. trasp.*, 1994, 370 ss. L'azione diretta contro l'assicuratore è comunemente ammessa in Francia. Per i riferimenti bibliografici v. *infra* par. 11.

⁴³⁶ In questi termini, C.M. BIANCA, *Il debitore e i mutamenti del destinatario del pagamento*, Milano, 1963, 147 ss., spec. 151 ss.

Nell'ambito di coloro che distinguono la surrogazione reale propria da quella impropria, è stato affermato che, non essendo l'indennizzo capace d'ipoteca, il diritto del creditore cambia natura, trasformandosi in pegno sul credito, ossia il credito che il debitore ha nei confronti della compagnia d'assicurazioni. Si tratterebbe, più precisamente, di un pegno legale, che si costituisce secondo le sue normali forme, il cui fondamento è posto negli estremi richiesti dall'art. 2742 c.c., ovvero il perimento o il deterioramento della cosa e il preesistente diritto di privilegio, pegno o ipoteca sulla cosa medesima⁴³⁷.

g) trasformazione "economica" del bene e realizzazione del credito sull'indennità con il mantenimento dell'originaria prelazione

Contrariamente alla tendenza della dottrina maggioritaria, che, seppur con notevoli differenze, ha sempre ricostruito la fattispecie in termini di estinzione-costituzione del diritto, taluno, sempre rimanendo nell'ambito della surrogazione reale di cui alla teoria *sub a)*, ha tentato di spiegare la surrogazione dell'indennità alla cosa rifiutando tale sequenza di passaggi, per sostenere invece la continuità dell'originario diritto e conciliare il mutamento dell'oggetto con il mantenimento della prelazione originaria. Secondo questa ricostruzione, l'art. 2742 c.c. disciplina la fase di attuazione del credito garantito, che consente ai creditori privilegiati di soddisfarsi direttamente sull'indennità. Si badi però che la teoria che qui si riporta sinteticamente è da distinguere da quelle *sub a)* e *c)*, poiché rifiuta nettamente la costituzione di qualsivoglia "nuovo" diritto. In altri termini, si è detto che la disposizione in esame provoca un mutamento del destinatario del pagamento, purché sia fatta

⁴³⁷ La tesi è di D. RUBINO, *La responsabilità patrimoniale*, rist. 2ª ed., in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, XIV, 1, Torino, 1952, 15 ss. L'Autore, tuttavia, nella successiva opera *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, cit., 75 ss., ripropone la medesima ricostruzione, ma questa volta in termini dubitativi, affermando che "la garanzia si trasferisce su un credito [...] probabilmente trasformandosi in pegno su di esso". Alla tesi del pegno legale aderiscono anche S. CICCARELLO, voce *Pegno (dir. priv.)*, in *Enc. del dir.*, XXXII, Milano, 1982, 694 ss., il quale annovera l'art. 2742 c.c. tra i casi, appunto, di pegno legale e G. CASTELLANO, *Vendita a rate, assicurazione del credito e vincolo dell'indennità a favore di terzo*, in *Studi in onore di A. Donati*, II, Roma, 1970, 125 ss., spec. 133 ss. La tesi del pegno sul credito è piuttosto diffusa, sebbene, a quanto consta, non prevalente, anche in Spagna. Si vedano J.M. CHICO Y ORTIZ, *Estudios sobre derecho hipotecario*, cit., 1400; J.M. LLOPIS GINER, *sub art. 1877*, cit., 1459; A. CARRASCO PERERA, E. CORDERO LOBATO e M.J. MARÍN LÓPEZ, *Tratado de los derechos de garantía*, cit. 776 ss., e A. GULLON BALLESTEROS, *El derecho de los acreedores hipotecarios, pignoratícios y con privilegio especial sobre las indemnizaciones del seguro*, in *La ley*, 1990, 4, 1016 ss. Con qualche riserva, J. GARRIGUES, *Contrato de seguro terrestre*, Madrid, 1982, 194, secondo il quale "probablemente se trata de un derecho de hipoteca que se convierte *ope legis* en un derecho de prenda".

opposizione entro il termine di trenta giorni, sicché i creditori hanno diritto *ex art. 1188 c.c.* a ricevere l'indennità al posto del debitore proprietario della cosa assicurata⁴³⁸. Secondo altri, che si sono sempre mossi nell'ordine di idee che precede, l'art. 2742 c.c. non è nient'altro che un'anticipazione del vincolo sulla somma ricavata dalla vendita del bene ipotecato nel processo esecutivo⁴³⁹.

Questa rapidissima panoramica sulle soluzioni proposte illustra sommariamente lo stato attuale dell'elaborazione dottrinale, che non pare aver raggiunto una soluzione definitiva e soddisfacente circa la vera spiegazione del meccanismo surrogatorio. Prima però di formulare alcune riflessioni sul punto, può tornar utile allargare l'indagine, per quanto possibile, agli ordinamenti esteri più rappresentativi.

11. Confronto con Spagna, Francia e Germania. Attribuzione dell'indennizzo ai creditori o estensione dell'ipoteca su quest'ultimo

Poiché il principio della surrogazione dell'indennità alla cosa è conosciuto anche all'estero, è opportuno – nei limiti consentiti dal presente scritto – soffermarsi sulle legislazioni di Spagna, Francia e Germania, per verificare se il confronto con queste esperienze può agevolare la ricostruzione dell'istituto. Come si è potuto vedere, sono state proposte le spiegazioni più disparate sull'art. 2742 c.c. e, a quanto consta, il problema dell'inquadramento del diritto del creditore all'indennità non pare ancora definitivamente risolto. Nelle legislazioni dei maggiori paesi europei, salvo alcune inevitabili differenze terminologiche circa la specifica formulazione della regola e la sua collocazione, talvolta nel codice civile o in una legge speciale, o persino in entrambi, si sono manifestate le medesime questioni che la dottrina italiana ha tentato di risolvere.

Occorre illustrare, per tale ragione, seppur sommariamente, in quale modo è stato ricostruito il fenomeno in esame, al fine di trarre non tanto la

⁴³⁸ L'effetto del vincolo dell'indennità al pagamento dei creditori, dunque, non è un vincolo di garanzia o cautelare, bensì è satisfattivo. In questi termini A. MAGAZZÙ, voce *Surrogazione reale*, cit., 1514. In Spagna è stato giustamente proposto di tralasciare il problema della struttura della garanzia a seguito del mutamento oggettivo – sulla compatibilità, dunque, tra danaro e ipoteca – e di soffermarsi sul “trattamento” che la legge riserva all'indennizzo, quale surrogato del bene originario. Cfr. R. BALLARÍN HERNÁNDEZ, R. EVANGELIO LLORCA, *sub art. 40*, cit., 506 ss., i quali spiegano il meccanismo surrogatorio sempre in termini di mantenimento della prelazione. Nei medesimi termini, F. SÁNCHEZ CALERO, *sub artt. 40, 41 e 42*, cit. 900.

⁴³⁹ Cfr. C. MAIORCA, voce *Ipoteca (diritto civile)*, cit., 148.

soluzione definitiva al problema, quanto piuttosto qualche argomento o spunto, utile a un migliore inquadramento del medesimo. Per una questione di ordine logico si inizierà con il raffronto delle disposizioni coinvolte, per sottolineare analogie e differenze tra le varie formulazioni. In un secondo momento, si procederà con l'illustrazione delle elaborazioni dottrinali sul punto.

In Spagna, già nel 1861 la prima *Ley Hipotecaria*, all'art. 110, stabiliva l'estensione (*extensión*) dell'ipoteca all'indennizzo dovuto al proprietario in virtù dell'assicurazione del bene ipotecato. Il principio della surrogazione dell'indennità alla cosa era affermato genericamente, poiché, a differenza dell'art. 1951 c.c. abr., la disposizione appena richiamata, così come il successivo art. 1877 *Código Civil*, lasciava aperte numerose questioni. Ad esempio, nulla si disponeva circa l'impiego dell'indennizzo per riparare o ricostruire la cosa perita e nemmeno si prendeva in esame il caso in cui i creditori facessero opposizione al pagamento al debitore; ma, soprattutto, l'art. 110 *Ley Hipotecaria* si riferiva esclusivamente all'ipoteca, tralasciando tutte le altre garanzie reali. Il principio in discorso si è affermato nella penisola iberica con minore difficoltà rispetto alle altre esperienze europee. Tuttavia, la formulazione ristretta del suddetto articolo lasciava aperti numerosi problemi, a cominciare, come appena visto, proprio dalle categorie di beni a quali applicarlo.

L'art. 1877 c.c. spagnolo non ha apportato significativi miglioramenti. Per questa ragione, con il passare del tempo, sono intervenute numerose leggi speciali, che, ciascuna nel proprio ambito, hanno, da un lato, ribadito l'estensione della garanzia all'indennizzo e, dall'altro, introdotto alcune lievi variazioni, con il risultato di creare una notevole confusione, dovuta spesso a una minima differenza lessicale tra un articolo e l'altro⁴⁴⁰. Quanto precede, in realtà, è accaduto, anche se in misura minore, anche in Italia. L'art. 2742 c.c., difatti, non esaurisce affatto tutte le ipotesi di surrogazione dell'indennità alla cosa, essendovi altre previsioni speciali, ad esempio per le navi, gli aerei e le automobili⁴⁴¹.

⁴⁴⁰ A titolo meramente esemplificativo, si segnalano l'art. 7 *Ley de Hipoteca Naval* del 1893 per le navi e gli artt. 129 e 133 *Ley de Navegación Aérea* del 1960 per gli aeromobili. Per una rassegna sugli altri antecedenti della normativa attuale, v. R. BALLARIN HERNÁNDEZ, R. EVANGELIO LLORCA, *sub art. 40, cit.*, 498 ss.

⁴⁴¹ Tra le tante, si segnala dell'art. 572 c.c. nav., che vincola al pagamento dei crediti ipotecari una serie di indennità. Per alcune considerazioni circa il rapporto tra la disposizione

In Spagna, tuttavia, nel 1980, con l'occasione del varo della legge sulle assicurazioni (nota come *Ley de Contrato de Seguro* dell'otto ottobre 1980), si è deciso di dettare una volta per tutte una formulazione generale, in particolare con l'art. 40 di detta legge. Attualmente, dunque, la disciplina spagnola sembra essere quella più completa⁴⁴², poiché essa regola dettagliatamente anche aspetti che le normative italiana, francese e tedesca non sempre contemplano. Innanzitutto, riprendendo le specifiche disposizioni precedenti, l'art. 40 *Ley Contrato de Seguro* si esprime, proseguendo l'impostazione data dalla *Ley Hipotecaria* del 1861, in termini di estensione del diritto dei creditori privilegiati all'indennità assicurativa: "el derecho de los acreedores hipotecarios, pignoraticios [...] se extenderá a las indemnizaciones"⁴⁴³. L'art. 2742 c.c., da parte sua, discorre piuttosto dell'apposizione di un vincolo di detta indennità al pagamento di tali soggetti. Al concetto di estensione fa ricorso anche il § 1127 BGB, laddove stabilisce che "Sind Gegenstände, die der Hypothek unterliegen, für den Eigentümer oder den Eigenbesitzer des Grundstücks unter Versicherung gebracht, so erstreckt sich die Hypothek auf die Forderung gegen den Versicherer". L'art. 121-13 *Code des Assurances*, infine, afferma che le indennità "sont attribuées [...] aux créanciers privilégiés ou hypothécaires".

Il principio di base per cui il creditore garantito può, sia consentita l'imprecisione, rifarsi sull'indennità, dunque, è comune ai sistemi considerati. È comune, allo stesso modo, l'applicazione della regola al privilegio, al pegno e all'ipoteca. Quale sia la natura del diritto spettante al creditore, tuttavia, è questione piuttosto dibattuta e lo si è visto soprattutto relativamente alla

appena richiamata e l'art. 2742 c.c., si vedano S. FERRARINI, *Le assicurazioni marittime*, 3ª ed., Milano, 1991, 363 ss.; D. BOCCHESI, *L'ipoteca navale*, in *Trattato breve di diritto marittimo*, a cura di A. Antonini, III, Milano, 2010, 287 ss. Per la legislazione in materia di danni di guerra e disastri naturali, si veda *retro* nota 419.

⁴⁴² Nonostante si contino ben tre disposizioni legislative che prevedono la surrogazione dell'indennità alla cosa, solo con la *Ley Contrato de Seguro* è stato specificato espressamente che il principio si applica anche ai privilegi. Cionondimeno, prima di questa disposizione, la dottrina spagnola non esitava ad applicare la regola in discorso per analogia anche a questo ultimi: A. GULLON BALLESTEROS, *La prelación de créditos en el Código civil*, Barcellona, 1962, 26, testo e nota 17.

⁴⁴³ Nei vari progetti che hanno preceduto l'emanazione della legge, si faceva riferimento all'estensione della *garantía*, piuttosto che al più generico *derecho*. Successivamente, si è deciso di mantenere quest'ultima formulazione nella versione definitiva, poiché il termine garanzia, se era corretto per il caso dell'ipoteca o del pegno, risultava invece impreciso per il caso dei privilegi. Dunque, la formulazione più generale è stata preferita per ricomprendere tutti i casi. Cfr., in tal senso, SÁNCHEZ CALERO, *sub artt. 40, 41 e 42, cit.*, 893.

nostra disciplina; in Spagna e in Francia sono state proposte largo circa le stesse soluzioni avanzate presso di noi. Si può affermare, in generale, che anche le dottrine francese e spagnola ritengono la surrogazione dell'indennità alla cosa come un esempio di surrogazione reale, salvo alcune opinioni contrarie. Con particolare riferimento alla Spagna, si sostiene comunemente che l'indennizzo sostituisce la cosa assicurata. Tuttavia, dato che, come visto, la legge s'esprime in termini di "estensione" della garanzia, è opportuno precisare quanto segue.

Innanzitutto, tale formulazione ha influenzato lo studio del tema, per cui nelle maggiori opere monografiche e trattatistiche esso si trova sviluppato sotto le vicende di *extensión objetiva de la hipoteca*⁴⁴⁴. La dottrina maggioritaria ritiene che si tratti di un caso di surrogazione reale. Come d'altra parte accaduto pure in Italia, non manca chi si è posto l'interrogativo relativo alle difficoltà a considerare ancora sussistente l'ipoteca su una somma di danaro⁴⁴⁵. Taluno, difatti, facendo leva proprio su tale osservazione, ha ritenuto piuttosto trattarsi di una mera sostituzione di un bene a un altro, anziché di un'estensione della garanzia, con la conseguenza che il diritto d'ipoteca s'estinguerebbe e si costituirebbe un diritto di pegno su una somma di danaro (l'indennizzo)⁴⁴⁶. In altri termini, si verrebbe a creare un pegno irregolare sul danaro, in virtù del quale si può pretendere di *i*) sospendere il pagamento in favore dell'assicurato e *ii*) il deposito dell'indennizzo a garanzia del credito ipotecario⁴⁴⁷.

Leggermente diversa è l'idea di coloro che hanno negato – probabilmente mediante una forzatura del dato letterale della legge –

⁴⁴⁴ Si discorre di estensione in quanto a norma dell'art. 1877 c.c. spagnolo l'ipoteca, appunto, si estende, oltre che all'indennizzo, anche ai frutti e alle migliorie. Per tutti R.M. ROCA SASTRE, L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario*, cit., 12, e R.M. ROCA SASTRE, *Instituciones de derecho hipotecario*, cit., 81; ID., *La súiorogación real*, cit., 302.

⁴⁴⁵ Discorrono dell'applicazione della surrogazione reale R.M. ROCA SASTRE, L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario*, cit., 11 ss., pur ammettendo che, a rigore, è difficile spiegare la sopravvivenza dell'ipoteca. Il primo Autore, tuttavia, nella sua precedente opera *Instituciones de derecho hipotecario*, cit., 81, si esprimeva in termini più sicuri circa la sussistenza del meccanismo surrogatorio, senza avanzare la riserva appena riportata. In ogni caso, propendono per la surrogazione anche P. CHAPARRO MATAMOROS, *La extensión objetiva de la hipoteca*, Valenza, 2014, 98 ss.; F. SÁNCHEZ CALERO, *sub artt. 40, 41 e 42*, cit., 899; G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, *sub art. 109-110*, cit., 1054 ss.; R. BALLARÍN HERNÁNDEZ, R. EVANGELIO LLORCA, *sub art. 40*, cit., 506.

⁴⁴⁶ L'opinione è di A. GULLON BALLESTEROS, *El derecho de los acreedores hipotecarios, pignoratícios y con privilegio especial sobre las indemnizaciones del seguro*, cit., 1017 ss.

⁴⁴⁷ Sul punto, si vedano le osservazioni di J. GARRIGUES, *Contrato de seguro terrestre*, cit., 192 ss.

l'estensione della garanzia all'indennizzo, per affermare invece che sarebbe il diritto dei creditori a estendersi al (diritto di) credito su quest'ultimo. In breve, si tratterebbe di un pegno sul diritto di credito, unica soluzione in grado di spiegare la circostanza per cui l'assicuratore non può pagare senza il consenso del creditore ipotecario⁴⁴⁸. Allo stesso modo, e sempre nel senso dell'estinzione dell'originaria ipoteca, è stato infine affermato che nel caso in esame essa muta la sua natura, per trasformarsi in un altro diritto di garanzia, che ha per oggetto appunto un diritto di credito⁴⁴⁹. La dottrina spagnola più scettica sulla permanenza in vita dell'ipoteca dopo la distruzione della cosa, dunque, ha sostanzialmente rilevato i medesimi problemi e proposto le medesime soluzioni avanzate da quella italiana, salvo per la teoria dell'azione diretta nei confronti dell'assicuratore.

In Italia, la possibilità di agire direttamente contro l'assicuratore è stata autorevolmente sostenuta⁴⁵⁰, anche se sul punto, come si vedrà, si registra un contrasto dottrinale e giurisprudenziale. In Spagna, invece, sembrerebbero tutti concordare sul fatto che i creditori garantiti non abbiano alcuna azione diretta verso l'assicuratore in caso di sinistro⁴⁵¹.

Ad ogni modo, non è mancato il tentativo di conciliare l'evento del perimento del bene dato in garanzia con la "sopravvivenza" del medesimo diritto. Un primo argomento, si è fatto notare, è ricavabile dalla stessa legge, nel momento in cui dispone appunto l'estensione del diritto sull'indennizzo. Tale espressione è inconciliabile con la "creazione" di qualsivoglia diritto "nuovo" in capo ai creditori: ciò che si estende non si estingue. Peraltro, l'attribuzione di un pegno creatosi *ex novo* sull'indennizzo o sul diritto a quest'ultimo, è stato affermato, potrebbe alterare l'originaria prelazione. La

⁴⁴⁸ Il consenso dei creditori al pagamento in favore del debitore assicurato è previsto dall'art. 40, comma 2, *Ley Contrato de Seguro*. Argomentano da quest'ultimo la tesi del pegno sul credito A. CARRASCO PERERA, E. CORDERO LOBATO e M.J. MARÍN LÓPEZ, *Tratado de los derechos de garantía*, cit., 777.

⁴⁴⁹ In tal senso, M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derecho reales. Derecho hipotecario*, 3ª ed., II, Madrid, 1999, 145.

⁴⁵⁰ Per tutti, V. ANDRIOLI, *Surrogazione dell'indennità alla cosa*, cit., 28.

⁴⁵¹ Le motivazioni che generalmente si adducono per negare l'azione diretta sono due. In primo luogo, la legge spagnola attribuisce un diritto sull'indennizzo e non all'indennizzo; in secondo luogo, essa potrebbe danneggiare il diritto degli altri creditori garantiti. Negano l'azione diretta: F. SÁNCHEZ CALERO, *sub artt. 40, 41 e 42*, cit., 902 ss.; R. BALLARÍN HERNÁNDEZ, R. EVANGELIO LLORCA, *sub art. 40*, cit., 519; J. GARRIGUES, *Contrato de seguro terrestre*, cit., 195. Sempre nel senso dell'esclusione dell'azione in discorso, si vedano F. SÁNCHEZ CALERO, J. DUQUE DOMINGUEZ, *Rapporto nazionale spagnolo*, in *Atti del 3° Congresso mondiale dell'Association Internationale du Droit de l'Assurance*, Parigi, 1970, E1/16.

precedente affermazione potrebbe suonare singolare, se si considera che il meccanismo surrogatorio dovrebbe salvaguardare proprio la condizione di preferenza dei creditori. Tuttavia, a differenza dell'art. 2742 c.c., il quale specifica che "le somme dovute dagli assicuratori [...] sono vincolate al pagamento dei crediti [...] secondo il loro grado", né l'art. 1877 c.c. spagnolo, né gli artt. 109 e 110 *Ley Hipotecaria*, né gli artt. 40 e 42 *Ley Contrato de Seguro* affermano che i creditori mantengono inalterato il proprio rango. È risultato pertanto rischioso, per dir così, sostenere la creazione di una nuova situazione giuridica, poiché essa potrebbe essere intesa come un'alterazione dell'ordine delle preferenze. Solo il mantenimento della medesima natura (ipotecaria) del diritto, dunque, può giustificare la conservazione della precedenza sugli altri creditori, in assenza di una specifica indicazione normativa in tal senso⁴⁵².

Nel tentativo di conciliare la garanzia reale con una somma di danaro, si è fatto inoltre notare che la giusta prospettiva dalla quale osservare il fenomeno non è quella della struttura della garanzia e la corrispondente compatibilità con il suo (nuovo) oggetto, bensì nel trattamento dell'indennizzo quale elemento "sostitutivo" dei beni venuti a mancare per rovina o perimento⁴⁵³. Per tale ragione, si ritiene che la situazione in analisi sia assimilabile al caso in cui si proceda alla vendita del bene dato in garanzia, con la conseguenza che i creditori potranno rifarsi sull'indennizzo – come fosse il ricavato della vendita –, secondo la rispettiva prelazione⁴⁵⁴.

Che si tratti di una surrogazione reale sembra riconosciuto anche dal *Tribunal Supremo*, il quale, pronunciandosi su una questione avente ad oggetto gli artt. 109 e 110 *Ley Hipotecaria*, ha affermato che l'indennizzo viene a sostituirsi alla cosa mediante il meccanismo surrogatorio, per cui una determinata situazione o relazione giuridica continua a sussistere sul bene che ha rimpiazzato o sostituito quella persa o alienata⁴⁵⁵.

⁴⁵² F. SÁNCHEZ CALERO, *sub* artt. 40, 41 e 42, cit., 899 ss., secondo il quale la legge ipotecaria (spagnola) "ha pretendido que no se produzca transformación alguna del credito, que se mantiene con su misma naturaleza, ya que, en otro caso, podría pensarse que la prelación de los créditos quedaría alterada (al transformarse, por ejemplo, el derecho hipotecario en un derecho de prenda)".

⁴⁵³ R. BALLARÍN HERNÁNDEZ, R. EVANGELIO LLORCA, *sub* art. 40, cit., 506 ss.

⁴⁵⁴ SÁNCHEZ CALERO, *sub* artt. 40, 41 e 42, cit., 900.

⁴⁵⁵ *Tribunal Supremo*, 3 marzo 1997, n. 154, in *Repertorio de jurisprudencia Aranzadi*, 1997, I, 2529 ss., del quale, per chiarezza, si riporta un passaggio: "La indemnización del seguro viene a sustituir o reemplazar la cosa hipotecada cuando ésta, por razón de un siniestro, desaparece total o parcialmente. Se produce, por efectos de los artículos citados una subrogación real, en virtud de la cual, "una determinada situación o relación jurídica afectante

Piuttosto differente da quella spagnola è la legislazione francese. L'art. 121-13 *Codes des Assurances* stabilisce che "les indemnités dues par suite d'assurance [...] sont attribuées sans qu'il y ait besoin de délégation expresse, aux créanciers privilégiés ou hypothécaires, suivant leur rang". Si nota una formulazione ancora diversa da quelle viste sino ad ora, poiché non si discorre né di vincolo, né di estensione, bensì di "attribuzione" dell'indennità, senza peraltro necessità di espressa previsione, ai creditori privilegiati. La parte in cui s'afferma che non è necessaria una *délégation expresse* ha un'origine storica. Come già visto, quando il principio della surrogazione dell'indennità alla cosa non era stato ancora recepito dalla legge, era diffusa in Europa la pratica di inserire nei contratti per la costituzione d'ipoteca una clausola mediante la quale si nominava il creditore unico soggetto legittimato a riscuotere l'indennizzo, nel caso si fosse verificato un sinistro.

È opinione comune che il *Codes des Assurances* preveda un'ipotesi di surrogazione reale, o, almeno, questo è l'argomento al quale si ricorre più frequentemente per spiegare l'attribuzione dell'indennizzo ai creditori⁴⁵⁶. Alla dottrina francese si deve riconoscere il maggior contributo sul tema, anche se non si può fare a meno di rilevare una certa discrepanza tra l'inquadramento in termini di surrogazione reale e quanto si vedrà immediatamente. In Francia, a differenza dell'Italia e della Spagna, si ammette comunemente l'azione diretta del creditore garantito verso la compagnia d'assicurazioni. Parte della nostra dottrina ha proposto tale soluzione, nel tentativo di spiegare il fenomeno in esame, ma la tesi, oltre a non sembrare convincente per i motivi che si vedranno, è stata peraltro rigettata dalla nostra Cassazione⁴⁵⁷. Oltralpe, invece, dottrina e giurisprudenza hanno ricavato dalla formulazione dell'art. 121-13 *Codes des Assurances* un argomento in suo favore⁴⁵⁸. La ragione è

a una cosa o elemento patrimonial, continúa subsistiendo sobre la cosa o elemento patrimonial que haya reemplazado o sustituido ii aquél por causa de pérclida o enajenación". Discorrono di surrogazione reale anche F. SÁNCHEZ CALERO, J. DUQUE DOMINGUEZ, *Rapporto nazionale spagnolo*, cit., E1/11.

⁴⁵⁶ In dottrina, si vedano: Y. LAMBERT-FAIVRE, L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, cit., 454; M. BOURASSIN, V. BREMOND e M.N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des suretés*, cit., 612; M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC e P. PETEL, *Droit des sûretés*, cit., 811; M. CHAGNY, L. PERDRIX, *Droit des assurances*, cit., 308 ss.; Y. LAMBERT-FAIVRE, *Droit des assurances*, cit., 393 ss.; G. DURRY, *Hypothèque et assurance*, cit., 28 ss.; M. PICARD, A. BESSON, *Les assurances terrestres*, 5^a ed., I, Parigi, 1982, 423 ss.

⁴⁵⁷ V. *infra* nota 501.

⁴⁵⁸ La possibilità di esperire direttamente l'azione nei confronti dell'assicuratore chiaramente porta con sé numerosi problemi, anche a livello processuale, che non si pongono laddove invece non è consentito, come la competenza territoriale, la prescrizione dell'azione

abbastanza comprensibile, sol che si guardi al dato letterale. Si deve avere riguardo sia a quanto emerge direttamente dal fraseggio del suddetto articolo, sia a quanto manca in quest'ultimo, se confrontato con le corrispondenti discipline estere. La normativa francese, difatti, è, per dir così, quella meno articolata, poiché in sostanza si limita a "destinare" l'indennizzo ai creditori e a stabilire che se l'assicuratore paga in buona fede all'assicurato tale pagamento è opponibile. L'assenza di un esatto termine entro il quale fare opposizione, come indicato invece dall'art. 2742 c.c., o della richiesta del consenso dei creditori prima di procedere al pagamento, come stabilito dall'art. 40 *Ley Contrato de Seguro*, rende più agevole configurare il diritto del soggetto attivo in termini di azione diretta verso la compagnia. Dunque, la breve formulazione della disposizione ha lasciato più spazio all'interpretazione, diversamente dalla Spagna e dall'Italia, dove si è visto che la soluzione dell'azione diretta sembra contrastare con il dato normativo. A ciò si aggiunga che in Francia gli indennizzi, secondo la legge, *sont attribués* ai creditori privilegiati e non semplicemente vincolati, perciò si ritiene comunemente che costoro possano farsi pagare direttamente dalla compagnia d'assicurazioni e, in caso di rifiuto, agire contro quest'ultima⁴⁵⁹. Il diritto a ricevere direttamente l'indennizzo, peraltro, come precisato dalla Cassazione francese, sorge nel momento in cui si verifica il sinistro⁴⁶⁰.

A quanto precede si deve aggiungere una motivazione, per dir così, storica. Come si è già avuto modo di osservare, in Francia, prima dell'introduzione del principio di surrogazione dell'indennità alla cosa, la lacuna legislativa veniva risolta dall'autonomia privata, mediante l'inserimento nel contratto per la costituzione d'ipoteca di una clausola con la quale il debitore cedeva al creditore il diritto a ricevere l'indennizzo. In virtù

medesima e via discorrendo. In dottrina si vedano: Y. LAMBERT-FAIVRE, L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, cit., 456; M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC e P. PETEL, *Droit des sûretés*, cit., 810 ss.; M. CHAGNY, L. PERDRIX, *Droit des assurances*, cit., 305; M. PICARD, A. BESSON, *Les assurances terrestres*, cit., 431 ss.

⁴⁵⁹ Secondo la giurisprudenza il creditore può pretendere l'indennizzo per sé, fino alla concorrenza del proprio credito, senza coinvolgere il debitore. V. in tal senso *Cour de cassation*, 22 maggio 2002, n. 99-13.085, in *Bulletin civil*, 2002, I, 133, 102. Sempre sull'azione diretta si segnala *Cour de cassation*, 13 novembre 2002, n. 98-22.462, in *Bulletin civil*, 2002, 261, 203.

⁴⁶⁰ *Cour de cassation*, 30 marzo 1978, n. 76-14784, in *Bulletin civil*, 1978, 130, 104, secondo cui "il résulte de l'article 37 de la loi du 13 juillet 1930 devenu l'article L 121-13 du Code des assurances, que les indemnités d'assurance sont attribuées sans qu'il soit besoin de délégation aux créanciers privilégiés et hypothécaires suivant leur rang et que le créancier gagiste a une action directe contre l'assureur".

di questa pattuizione il soggetto attivo avrebbe poi, in caso di sinistro, citato in giudizio direttamente l'assicuratore. Clausole di questo genere erano talmente diffuse che, quando il legislatore effettivamente intervenne, il suo contributo fu inteso come una sorta di "consacrazione" della prassi già vigente, che consisteva appunto nella citazione diretta della compagnia d'assicurazioni. Con il passare del tempo si è rimasti legati a questa impostazione già collaudata nella prassi.

Infine, occorre accennare al sistema tedesco⁴⁶¹. L'impianto delineato dal BGB presenta elementi di diversità rispetto a Italia, Francia e Spagna, Qui è offerta un'ulteriore soluzione rispetto a quelle viste sino ad ora, ovvero l'estensione dell'ipoteca non all'indennizzo, bensì al credito di quest'ultimo nei confronti dell'assicuratore (§ 1127, comma 1, BGB: *erstreckt sich die Hypothek auf die Forderung gegen den Versicherer*). Da questa formulazione taluno ha dedotto l'attribuzione al creditore di un pegno sul diritto di credito all'indennizzo⁴⁶². Per il caso del ripristino del bene, il § 1127, comma 2, BGB è allineato agli altri sistemi europei, ovvero esclude il meccanismo surrogatorio in relazione all'indennità qualora la cosa venga ricostituita o persino sostituita con un'altra.

11.1. Onere di opposizione dei creditori e dovere d'informazione che grava sull'assicurazione

Quasi tutti i sistemi analizzati sino ad ora pongono a carico del creditore il dovere di proporre opposizione, se intende evitare che l'assicuratore paghi direttamente al debitore. L'art. 2742 c.c., in particolare, dispone che gli assicuratori sono liberati qualora paghino dopo trenta giorni dalla perdita o dal deterioramento, senza appunto che sia stata fatta opposizione. Sul punto la disposizione non aggiunge nulla di nuovo rispetto all'art. 1951 c.c. abr.; la novità consiste, invece, nell'aver specificato che, se trattasi di immobili su cui gravano iscrizioni, gli assicuratori non sono liberati, se non dopo che è decorso senza opposizione il termine di trenta giorni dalla notificazione ai creditori

⁴⁶¹ Per alcuni riferimenti al diritto tedesco e, in particolare, al § 1127 BGB, che prevede anch'esso l'estensione della garanzia al credito dell'indennizzo, si veda M. WOLFF, *Derecho de cosas*, III, 2, in *Tratado de derecho civil*, di L. Enneccerus, T. Kipp e M. Wolff, traduzione in spagnolo della 8ª ed. di B.P. Gonzalez e J. Alguer, 2ª ed., Barcellona, 1951, 233 ss.

⁴⁶² L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, cit., 232.

iscritti del fatto che ha dato luogo alla perdita o al deterioramento⁴⁶³. Dunque, per i mobili è compito del creditore attivarsi per impedire che l'indennizzo sia corrisposto direttamente al debitore, che sarà poi libero di disporne come meglio ritiene. Per gli immobili, diversamente, sarà l'assicuratore a dover comunicare l'evento, affinché il soggetto attivo possa esercitare il suo diritto d'opposizione. Se la compagnia non dovesse rispettare quest'obbligo, o procedesse al pagamento prima della scadenza dei trenta giorni, oppure, nonostante l'opposizione, pagasse al debitore, tale pagamento sarebbe senza dubbio inopponibile ai creditori, con la conseguenza che dovrà pagare due volte. In ogni caso, se il soggetto attivo rimane volontariamente o involontariamente inerte, perderà evidentemente la possibilità di rifarsi sull'indennizzo. È opportuno però chiarire che il termine di cui trattasi ha natura ordinatoria, nel senso che è ammissibile un'opposizione tardiva, ossia oltre il trentesimo giorno, purché l'assicuratore non abbia già liquidato la somma all'assicurato⁴⁶⁴. Anche la giurisprudenza s'è espressa per la non perentorietà del termine⁴⁶⁵.

Un meccanismo analogo è previsto dal § 1128 BGB, a norma del quale l'assicuratore – oppure anche l'assicurato (il debitore), ecco una prima differenza – deve comunicare il danno al creditore, il quale ha poi trenta giorni

⁴⁶³ L'onere imposto all'assicurazione di notificare il sinistro era auspicato dalla dottrina che commentava il Codice Pisanelli. Si veda, ad esempio, N. STOLFI, *Diritto civile*, II, 3, cit., 414, nota 3, il quale rilevava l'eccessiva brevità del termine di trenta giorni e suggeriva peraltro di porre a carico della compagnia d'assicurazione l'onere di verificare la presenza di ipoteche sull'immobile.

⁴⁶⁴ Questa è l'opinione prevalente. Per tutti, P. GALLO, *sub Art. 2742*, cit., 952, V. ANDRIOLI, *Surrogazione dell'indennità alla cosa*, cit., 34, e V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 547, M. ESU, *op. loc. cit. Contra* A. MAGAZZÙ, *op. loc. cit.*, secondo il quale il termine di trenta giorni è posto per tutelare l'interesse dell'assicuratore e dell'assicurato a definire il loro rapporto e, soprattutto, l'interesse del primo a liberarsi del suo obbligo verso il secondo. Per tale ragione, l'Autore ritiene che tutte le opposizioni tardive sarebbero inammissibili. Sotto l'imperio del Codice Pisanelli, nel senso della non perentorietà del termine, si esprimeva L. COVIELLO, *Delle ipoteche nel diritto civile italiano*, cit., 458. Cfr. anche A. MARINELLI, *Rapporto nazionale italiano*, in *Atti del 3° Congresso mondiale dell'Association Internationale du Droit de l'Assurance*, Parigi, 1970, E1/106.

⁴⁶⁵ Tra le poche pronunce reperibili sulla questione, si segnala Trib. Salerno, 11 giugno 1998, in *Foro it.*, Rep. 1999, voce *Assicurazione (contratto)*, n. 110, secondo cui il termine previsto dall'art. 2742 comma 2 c.c., in virtù del quale l'assicuratore è liberato se paga l'indennità entro trenta giorni dal sinistro, senza opposizione da parte del creditore privilegiato, ha natura ordinatoria e non perentoria. Ne consegue che, in caso di furto di autoveicolo, l'assicuratore non deve pagare l'indennizzo all'assicurato qualora il creditore privilegiato, anche dopo il trentesimo giorno dal sinistro, abbia manifestato l'intenzione di volersi soddisfare sulle somme dovute dall'assicuratore, sempre che tale manifestazione di volontà sia avvenuta prima della liquidazione dell'indennizzo.

per proporre opposizione, decorsi inutilmente i quali si potrà pagare efficacemente l'indennizzo al soggetto passivo. Il secondo comma del § 1182 BGB prevede, poi, una tutela rafforzata per il creditore che abbia notificato la propria garanzia all'assicuratore: in tal caso, la compagnia non potrà pagare l'indennizzo senza il consenso del soggetto attivo. Infine, il comma 3 della disposizione stabilisce che l'assicuratore non può invocare l'ignoranza dell'esistenza della garanzia se questa risulta dal *Grundbuch*.

L'assenso del creditore è richiesto anche, ad esempio, dal comma 2 dell'art. 804 ZGB: se l'indennizzo supera la ventesima parte del credito, o la nuova cosa non costituisce una garanzia sufficiente, esso non può essere pagato al debitore senza il consenso dei creditori.

Differente dalle precedenti è la soluzione adottata in Spagna. L'art. 40 *Ley Contrato de Seguro*, comma 1, ultima parte, dopo aver stabilito che l'estensione della garanzia è possibile solo qualora il sinistro si verifichi dopo la sua costituzione, impone all'assicurato il dovere di "comunicar al asegurador la constitución de la hipoteca, de la prenda o el privilegio cuando tuviera conocimiento de su existencia". La comunicazione è funzionale al pagamento, poiché l'assicuratore che l'abbia debitamente ricevuta, "no podrá pagar la indemnización debida sin el consentimiento del titular del derecho real o del privilegio". I commentatori della legge spagnola non ha mancato di mettere in rilievo la singolarità della prima previsione, poiché l'assicurato deve compiere un atto che in realtà va a unico vantaggio dei creditori. Si è fatto notare, a questo proposito, che sarebbe stato più logico porre a carico di questi ultimi il compito di dare notizia della costituzione della garanzia⁴⁶⁶. In ogni caso, l'obbligo in discorso era già previsto all'art. 110, n. 2, *Ley Hipotecaria*, il quale, tuttavia, stranamente non specificava chi dovesse compiere tale notificazione, lasciando così in sospeso la questione circa il relativo onere. Con la successiva legge sul contratto d'assicurazione s'è deciso di porre rimedio nel senso appena illustrato. Va da sé che la mancata comunicazione sarà fonte di responsabilità per il debitore assicurato⁴⁶⁷. Quanto al termine entro il quale

⁴⁶⁶ Cfr. F. SÁNCHEZ CALERO, *sub* artt. 40, 41 e 42, *cit.*, 905, il quale comunque rileva che tale onere è compensato da quello a carico dell'assicuratore di notificare ai creditori iscritti il sinistro *ex* art. 40, *ultim* parte, *Ley Contrato de Seguro*. Si vedano nel medesimo senso R. BALLARÍN HERNÁNDEZ, R. EVANGELIO LLORCA, *sub* art. 40, *cit.*, 513 ss.

⁴⁶⁷ A. GULLÓN BALLESTEROS, *op. loc. cit.*, il quale rileva la responsabilità del debitore sul piano tecnico, facendo poi notare che su quello "práctico, ante un insolvente es irrelevante predicar cualquier responsabilidad".

proporre opposizione, l'art. 40, comma 3, *Ley Contrato de Seguro* lo individua in tre mesi, decorsi i quali l'assicuratore potrà pagare al debitore.

Meno articolata si presenta la disciplina francese, la quale si limita a stabilire che "les paiements faits de bonne foi avant opposition sont valables". In sostanza, non sono previsti obblighi di informazione né in capo al debitore assicurato, né alla compagnia d'assicurazioni, la quale, se al momento del pagamento è appunto in buona fede, potrà validamente opporre quest'ultimo ai creditori. Naturalmente sono sorte numerose questioni circa la posizione dell'assicuratore e, in particolare, in quali casi esso sia da considerarsi in buona o mala fede. Innanzitutto, bisogna segnalare che la pratica ha rimediato al silenzio della legge: al verificarsi del sinistro il creditore garantito generalmente propone opposizione all'assicuratore, mettendolo al corrente dell'esistenza della garanzia⁴⁶⁸, per evitare preventivamente che paghi al debitore. Ci si è chiesti, in ogni caso, se, ad esempio, la compagnia sia tenuta a conoscere le garanzie che sono state opportunamente pubblicizzate; in altri termini, se l'assicuratore sia automaticamente considerato in mala fede qualora la pubblicità sia stata debitamente adempiuta. La questione, a quanto consta, è tuttora piuttosto dibattuta e ruota attorno alla funzione degli adempimenti pubblicitari; qui ci si può solo limitare a riportare che una parte della giurisprudenza inizialmente riteneva che vi sarebbe una sorta di presunzione di conoscenza per il semplice fatto che la garanzia è stata opportunamente pubblicizzata. Questo orientamento, tuttavia, è stato criticato da parte della dottrina, per due ragioni: in primo luogo, la compagnia sarebbe obbligata a effettuare costantemente delle visure, per verificare le garanzie che pendono su ciascun bene del quale ha assunto il rischio; in secondo luogo, si è detto che la funzione della pubblicità è quella di risolvere il conflitto tra più soggetti e l'assicuratore è però estraneo a tale finalità⁴⁶⁹.

⁴⁶⁸ Non deve trattarsi necessariamente di una comunicazione formale, ma si ritiene che essa possa esser fatta con qualunque mezzo, pure una semplice lettera non raccomandata. Cfr. sul punto M. PICARD, A. BESSON, *Les assurances terrestres*, cit., 427, secondo i quali in ipotesi sarebbe valida anche una comunicazione verbale, ma in questi casi ci sarebbero evidenti problemi in merito alla prova, se dovesse sorgere una controversia.

⁴⁶⁹ Tuttavia, secondo una risalente pronuncia della *Cour de cassation*, riportata da G. DURRY, *Hypothèque et assurance*, cit., 31, l'assicuratore resta in buona fede malgrado la pubblicità della garanzia. Sul punto si vedano, inoltre, le osservazioni di M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC e P. PÉTEL, *Droit des sûretés*, cit., 812; M. CHAGNY, L. PERDRIX, *Droit des assurances*, cit., 308; M. PICARD, A. BESSON, *Les assurances terrestres*, cit., 428.

Ad oggi, a quanto consta, la questione sembrerebbe essere stata risolta dalla Cassazione francese, secondo cui la mera pubblicità della garanzia non è più, da sola, sufficiente a ritenere che l'assicuratore sia in mala fede al momento del pagamento⁴⁷⁰. Effettivamente, pare più logico rimettere l'onere di rendere edotto l'assicuratore dell'esistenza della garanzia a coloro che vogliono giovare della surrogazione dell'indennità alla cosa⁴⁷¹. Tuttavia, una volta che costui abbia sia venuto a conoscenza, in qualunque modo, della del vincolo che grava sul bene, egli non può assolutamente ignorarlo e deve rispettare il termine impostogli dalla legge affinché i creditori privilegiati possano esercitare il diritto d'opposizione.

11.2. Natura della copertura assicurativa

Non qualunque copertura assicurativa consente di surrogare l'indennità alla cosa. L'art. 2742 c.c. prende in considerazione l'ipotesi più semplice, ovvero l'assicurazione stipulata dal debitore per i danni conseguenti la perdita o il deterioramento della cosa data in garanzia. Potrebbe però accadere che la polizza venga stipulata dal creditore, magari proprio per proteggersi in caso di un evento che diminuisca o elimini la garanzia stessa, o addirittura da un terzo. Occorre, per tali ragioni, stabilire se il meccanismo in analisi può operare anche nei suddetti casi. A quanto consta, il problema si è posto raramente nella pratica, ma la dottrina non ha mancato di soffermarsi sulle varie ipotesi prospettabili.

In generale, si afferma che per aversi la surrogazione dell'indennità alla cosa è necessario che l'assicurazione sia stata stipulata a copertura dei danni derivanti dal danneggiamento o dalla perdita della cosa al diritto del proprietario⁴⁷². Le polizze, tuttavia, spesso hanno ad oggetto il rimborso delle spese che l'assicurato ha sostenuto a seguito dell'evento che ha danneggiato la cosa data in garanzia. In questo caso, l'art. 2742 c.c. non potrà operare: se il debitore ripristina il bene con l'indennizzo, si realizza, come visto, una surrogazione reale vera e propria, sicché il bene riparato (o quello nuovo)

⁴⁷⁰ Almeno così riferiscono Y. LAMBERT-FAIVRE, L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, cit., 457.

⁴⁷¹ Cfr. E. PASANISI, *I diritti del terzo verso l'assicuratore*, cit., 262.

⁴⁷² Pertanto, secondo V. ANDRIOLI, *Surrogazione dell'indennità alla cosa*, cit., 28, se l'assicurazione è stata stipulata dal creditore stesso a copertura del danno che egli potrebbe risentire dalla perdita o dal deterioramento della cosa ricevuta in garanzia, l'art. 2742 c.c. sarebbe inoperante.

diverrà la nuova garanzia; se, invece, il debitore non procede al ripristino, non avrà diritto all'indennizzo, poiché non avendo speso alcunché non v'è nulla da rimborsare.

Appurato che deve trattarsi di una polizza che copra il danno e non il rimborso delle spese susseguenti a esso, si possono prospettare i seguenti casi. Quanto al creditore che s'assicuri contro il perimento della garanzia, è stata proposta la distinzione che segue. Se dovesse risultare che egli ha concluso l'assicurazione esclusivamente nell'interesse proprio, ossia a copertura dei danni che potrebbe risentire in seguito alla rovina o distruzione della garanzia, allora la surrogazione non avrebbe luogo; se, invece, l'avesse fatta anche nell'interesse del debitore, allora l'avrebbe⁴⁷³. Nel primo caso, è stato giustamente notato, manca un collegamento tra l'assicurazione e la cosa assicurata⁴⁷⁴. Quanto, invece, all'assicurazione stipulata da un soggetto diverso dal debitore e dal creditore, come potrebbe essere il terzo datore di pegno o ipoteca, si ritiene che il meccanismo surrogatorio possa efficacemente operare⁴⁷⁵. Infine, se la rovina o il perimento sono imputabili a un terzo, che ha assicurato la propria responsabilità civile – si pensi al progettista di un edificio –, allo stesso modo, la surrogazione avrà luogo⁴⁷⁶.

Un ulteriore problema che si è posto relativamente al contratto d'assicurazione riguarda la detrazione dall'indennità dei premi pagati dal debitore per assicurarsi: in breve, ci si è chiesti a carico di chi sia il costo della polizza. Sotto la vigenza dell'art. 1951 c.c. abr., si negava la possibilità per il debitore di prededurre dall'indennizzo i premi versati. La ragione era eminentemente testuale: l'art. 1951 c.c. abr. vincolava "le somme dovute dagli assicuratori", ovvero l'indennizzo per intero. Tuttavia, non mancava chi

⁴⁷³ La distinzione è di V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 545. V. altresì ANDRIOLI, *op. loc. cit.*

⁴⁷⁴ L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, cit., 238 ss., nell'aderire a tale soluzione, aggiunge appunto che se il creditore stipula solo nel suo interesse l'assicurazione, viene a mancare l'inerenza di quest'ultima alla cosa assicurata, probabilmente intendendo che oggetto del contratto non è la protezione dal danno del debitore conseguente alla menomazione della cosa data in garanzia, bensì il danno del creditore in seguito a tale evento.

⁴⁷⁵ La dottrina è unanime. Sul punto si vedano gli Autori citati alle precedenti note.

⁴⁷⁶ Cfr. V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 546, secondo il quale essa avrà luogo tanto più nel caso in cui sia previsto il pagamento diretto dell'indennizzo al danneggiato (debitore-proprietario) ex art. 1917, comma 2, c.c.; per ulteriori considerazioni circa l'applicabilità dell'art. 2742 c.c. al risarcimento dovuto dal terzo, v. *infra* par. 17.

auspicava una riforma nel senso di consentire la detrazione dei premi⁴⁷⁷. Attualmente, nonostante si riconosca ancora che corrisponderebbe a ragioni di equità consentire tale prededuzione, si nega – a ragione – che ciò possa avvenire, in quanto il vincolo di sinallagmaticità fra indennità e premi non giustifica il ritorno di questi nella massa comune in occasione del pagamento della indennità⁴⁷⁸.

12. Discipline particolari: espropriazione per pubblica utilità e garanzie iscritte su autoveicoli, navi e aeromobili

L'art. 2742, comma 1, c.c. si riferisce all'indennizzo dovuto dall'assicuratore per eventi occorsi alle cose mobili o immobili, sottoposte a pegno, ipoteca o privilegio. La disposizione si presenta perciò come generale, rispetto ad altre previsioni che riguardano indennità corrisposte da soggetti diversi – come potrebbe essere, ad esempio, lo Stato –, oppure particolari categorie di beni, principalmente quelli mobili iscritti nei pubblici registri. Il terzo comma dell'art. 2742 c.c. ha parzialmente innovato l'art. 1951 c.c. abr., il quale si limitava a prescrivere il vincolo solo per i casi dell'espropriazione e delle servitù coattive, senza menzionare, come invece accade ora, la comunione forzosa⁴⁷⁹.

Come visto nella parte relativa all'evoluzione storica della disciplina, la surrogazione dell'indennizzo dovuto dalla pubblica amministrazione alla cosa data in garanzia non ha posto alla dottrina grandi difficoltà nella ricostruzione

⁴⁷⁷ Si veda ad esempio F. SANTORO-PASSARELLI, *La surrogazione reale*, cit., 442, testo e nota 56, il quale comunque concludeva per l'impossibilità della detrazione dei premi, a fronte dell'inequivocabile dato codicistico.

⁴⁷⁸ Così V. ANDRIOLI, *Surrogazione dell'indennità alla cosa*, cit., 31, e, nello stesso senso, V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 547. Tuttavia, non tutti concordano sul punto. Secondo G.P. CHIRONI, *Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno*, cit., 386 ss., poiché il premio è un valore con il quale il patrimonio provvede alla sua reintegrazione, peraltro nell'interesse di tutti i creditori, sarebbe invece giusto e doveroso che dall'indennizzo sia prelevato quanto il debitore ha pagato per assicurarsi. Si veda, inoltre, L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, cit., 246 ss., secondo il quale il sinallagma fra premio, come valore necessariamente tratto dal patrimonio, garanzia comune di tutti i creditori, e indennità suggerisce, in ossequio al principio della *par condicio*, di superare un'interpretazione letterale del testo normativo, per adottare una razionale interpretazione restrittiva della norma, escludendo il valore dei premi dal contenuto del diritto di subingresso.

⁴⁷⁹ Secondo E. PERONACI, *La surrogazione nel diritto civile italiano*, cit., 75, l'art. 1951 c.c. abr., almeno nella parte in cui vincolava anche le somme dovute per causa di espropriazione pubblica, era da ritenersi "superfluo", in quanto il principio era già contenuto nella l. n. 2359 del 1865.

dell'istituto, poiché risultava agevole assimilare detto indennizzo al prezzo del bene, come se fosse stato sottoposto a vendita giudiziale. Difatti, almeno con riferimento all'Italia, la prima ipotesi, a quanto consta, di surrogazione reale è stata proprio quella sancita dall'art. 52 l. n. 2359 del 1865, che prevedeva l'esercizio dei diritti insistenti sulla cosa espropriata non più sulla medesima, bensì sull'indennità che la rappresenta.

L'art. 2742 c.c. specifica espressamente che per il caso qui in analisi occorre osservare le disposizioni della legge speciale. Il rinvio alla disciplina particolare, tuttavia, non deve indurre a ritenere che la somma dovuta dall'amministrazione sia sottoposta a un regime differente da quello dell'indennizzo dell'assicurazione, poiché il terzo comma della disposizione si apre proprio specificando che le somme in discorso "sono del pari vincolate [...] al pagamento dei crediti suddetti". Il vincolo che viene a crearsi, dunque, è senza dubbio il medesimo sia per l'indennizzo dell'assicurazione che per quello dell'amministrazione. Ciò che possono mutare, invece, sono, ad esempio, le modalità per l'opposizione dei creditori o le modalità di determinazione della somma. Com'è noto, la legge sull'espropriazione prevede sempre particolari procedimenti che coinvolgono non solo il proprietario, ma anche coloro che vantano dei diritti sulla cosa, compresi i creditori ipotecari. Tali particolari procedimenti (comprendenti quantificazione e deposito della somma, individuazione del destinatario del pagamento e via discorrendo) non snaturano affatto il meccanismo surrogatorio in virtù del quale la cosa espropriata sarà rappresentata dall'indennizzo⁴⁸⁰.

La prima legge sull'espropriazione per pubblica utilità del 1865 replicava sostanzialmente il sistema francese delineato dall'art. 18 *loi* 3 maggio 1841, che surrogava l'indennità alla cosa espropriata⁴⁸¹. Oggi il principio è rimasto immutato ed è stabilito dall'art. L. 12-3 *Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique*, a norma del quale "les droits des créanciers régulièrement inscrits sur les immeubles expropriés [...] sont reportés sur

⁴⁸⁰ T.A.R. Lombardia, 29 marzo 1995, in *Foro Amm.*, 1995, 1631, secondo cui ai sensi dell'art. 2742, comma ultimo, c.c., il diritto del creditore ipotecario, una volta intervenuto l'esproprio, si trasferisce nella relativa indennità: pertanto, questa non subisce alcun aumento in considerazione del fatto che l'immobile è gravato da ipoteca, dovendosi avere a riferimento il solo valore del bene.

⁴⁸¹ Per alcune osservazioni sulla legge, nonché per i riferimenti alle altre discipline speciali dell'epoca, si veda J. BONNECASE, *La subrogation réelle*, cit., 710.

l'indemnité compte tenu du rang de préférence qui leur est reconnu par les textes qui les régissent"⁴⁸².

L'indennizzo prende il posto della cosa anche in Spagna. Si vedano, a questo proposito, l'art. 1877 c.c. spagnolo, che menziona espressamente la *expropiación por causa de utilidad pública*, la cui previsione è poi generalizzata dall'art. 109 *Ley Hipotecaria*, secondo cui "la hipoteca se extiende [...] al importe de las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario por razón de los bienes hipotecados"⁴⁸³.

L'espropriazione per pubblica utilità, dunque, salvo alcune minime variazioni disposte dalla legislazione speciale, non si discosta dall'art. 2742 c.c. Maggiori differenze si rinvencono invece nelle discipline speciali dettate per i veicoli di terra, mare e aria. Movendo dai primi, premesso che anche per gli autoveicoli le somme dovute dall'assicuratore o quelle costituenti l'indennità di requisizione sono vincolate al pagamento dei crediti garantiti dai privilegi iscritti nel pubblico registro⁴⁸⁴, si rinvencono per questa particolare categoria di beni mobili due disposizioni dal contenuto unico, a quanto consta, nel nostro ordinamento. Si tratta dell'art. 30, comma 2, r.d. n. 1814 del 1927, il quale vincola al pagamento dei crediti privilegiati garantiti dall'autoveicolo danneggiato o distrutto, debitamente iscritti, tra le altre cose, anche la somma dovuta da terzi per danni arrecati all'autoveicolo, come pure l'indennità dovuta dall'assicuratore, qualora il responsabile del danno sia assicurato per i casi di responsabilità civile. L'interrogativo che sorge spontaneo è per quale ragione il risarcimento dovuto dal terzo surroga, per dir così, la cosa danneggiata o perita solo nel caso in cui si tratti di automobili e non anche di tutti gli altri beni, atteso che l'art. 2742 c.c. vincola esclusivamente determinate somme, tra le quali non rientrano quelle appena indicate.

⁴⁸² Anche in Francia la surrogazione dell'indennità d'esproprio alla cosa è ritenuta un'applicazione del meccanismo surrogatorio: P. SIMLER, P. DELEBECQUE, *Les suretés. La publicité foncière*, cit., 512; e E. SAVAUX, B. GRIMONPREZ, voce *Subrogation réelle*, cit., 6.

⁴⁸³ Come accaduto in Francia e in Italia, la surrogazione dell'indennità alla cosa era prevista già dalla prima Legge ipotecaria del 1861 ("las indemnizaciones reemplazan a la cosa lhipotecada", stabiliva la Legge), molto probabilmente sempre sul modello francese. In dottrina, per la tesi della surrogazione reale, si vedano G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, *sub art. 109-110*, cit., 1055; M.L. MARÍN PADILLA, *El principio general de la subrogación real en los derechos reales de garantía y goce*, cit., 1166; R.M. ROCA SASTRE, *La subrogación real*, cit., 282 ss.; e J.L. MEZQUITA DEL CACHO, *Principales Aplicaciones de la Subrogación Real en nuestro Derecho*, cit., 657.

⁴⁸⁴ Così dispone l'art. 3 r.d.l. n. 436 del 1927.

L'applicabilità della surrogazione dell'indennità alla cosa anche al caso del risarcimento dovuto dal terzo è una delle questioni irrisolte relative all'art. 2742 c.c.; poiché sul punto si tornerà più avanti, per ora si può solo segnalare che la disposizione da ultimo citata, secondo la giurisprudenza, non ha affatto abrogato quella contenuta nel regio decreto⁴⁸⁵.

La seconda particolarità della disciplina dettata per gli autoveicoli è contenuta sempre nell'art. 30 r.d. n. 1814 del 1927, ma questa volta al successivo comma tre, a norma del quale "il pagamento della somma o indennità sovraindicate non libera il debitore se non sia stato richiesto ed ottenuto il consenso dei creditori privilegiati". A differenza dell'art. 2742 c.c., dunque, il proprietario dell'automobile non sembra godere di alcuna libertà di scelta relativa alla riparazione del suo bene, poiché è sempre richiesto l'assenso di coloro che vantano un diritto reale di garanzia sul bene danneggiato o perito⁴⁸⁶. Peraltro, in caso di dissenso fra il proprietario ed i creditori privilegiati - ecco un'ulteriore divergenza dalla norma generale -, il debitore deposita la somma presso la Cassa depositi e prestiti e le relative controversie sono decise dall'autorità giudiziaria⁴⁸⁷.

Per i veicoli del mare e dell'aria si possono illustrare altre differenze. Le disposizioni di riferimento sono gli artt. 553, 572 (per le navi) e 1037 c. nav. (per gli aerei⁴⁸⁸). Oltre alle indennità spettanti al proprietario per i danni alla nave, sono vincolate al pagamento dei creditori preferiti anche le somme dovute al medesimo per la contribuzione alle avarie, per l'assistenza o il salvataggio che abbiano avuto luogo dopo la pubblicità della garanzia e, infine, tutte le indennità d'assicurazione⁴⁸⁹. L'art. 572 c. nav. deve essere

⁴⁸⁵ Trib. Genova, 1° aprile 1971, in *Foro it.*, 1971, I, 2693.

⁴⁸⁶ Ritiene V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 549, testo e nota 46, che il consenso del creditore sia sempre richiesto, poiché ogni autoveicolo incidentato, sebbene riparato, subisce un oggettivo deprezzamento. Il soggetto attivo, dunque, sarebbe più interessato a vincolare l'indennità a proprio vantaggio piuttosto che vederla impiegata nella riparazione. Aderisce a questa opinione L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, cit., 244.

⁴⁸⁷ È questo l'ultimo comma dell'art. 30 r.d. n. 1814 del 1927.

⁴⁸⁸ Agli aeromobili, in virtù del rimando operato dall'art. 1037 c. nav., si applica l'art. 572 c. nav. Anche in Francia opera la surrogazione reale per il caso dell'ipoteca navale. Si veda l'art. 49 *loi* n° 67-5 del 3 gennaio 1967. In dottrina, P. DELEBECQUE, voce *Hypothèque et privilèges maritimes*, in *Répertoire de droit commercial*, V, Parigi, 2005, 5 ss. Per la Spagna, invece, si vedano l'art. 7 della legge 21 agosto 1893 (nota come *Ley hipoteca naval*) e l'art. 129 della legge 21 luglio 1960 (ovvero la *Ley navegación aérea*)

⁴⁸⁹ La dottrina qualifica l'art. 572 c. nav. come un caso di surrogazione reale. Si veda, ad esempio, E. RIGHETTI, voce *Ipoteca navale ed aeronautica*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, VII, Torino, 1992, 553, che richiama la distinzione tra surrogazione reale propria e impropria e annovera il caso qui in esame nella seconda. L'Autore, nel rilevare il trasferimento della

coordinato con l'ultimo comma dell'art. 553 c. nav., il quale dispone che non sono vincolati al pagamento dei crediti privilegiati le indennità di assicurazione. Si tratta di una deroga all'art. 2742 c.c., nel senso che il privilegio marittimo è escluso dal vincolo di cui trattasi⁴⁹⁰.

13. Inesistenza nei diritti inglese e nordamericano dell'automatica surrogazione dell'indennità alla cosa

I diritti dei paesi dell'Europa continentale più rappresentativi, salvo alcune lievi differenze, conoscono tutti il principio della surrogazione dell'indennità alla cosa, in virtù del quale, in caso di perimento della garanzia, il creditore privilegiato può contare su un ulteriore strumento di tutela e realizzazione del proprio credito, costituito appunto dalla possibilità di soddisfarsi, con precedenza rispetto agli altri, sulla cosa che prende il posto di quella perita. Come si è visto nel capitolo primo, nei sistemi appartenenti alla tradizione di *common law* esistono meccanismi assimilabili, per le modalità di funzionamento e per gli effetti, alla surrogazione reale, se con questa espressione si intende la sostituzione di una cosa con un'altra e la possibilità di esercitare su quest'ultima il medesimo diritto che aveva per oggetto la prima. Si è avuto altresì modo di vedere che la surrogazione dell'indennità alla cosa è un principio nato da un'esigenza pratica, ovvero la tutela del credito fondiario, a fronte della sempre più frequente diffusione dell'assicurazione per il caso d'incendio degli immobili, a partire dagli inizi del diciannovesimo secolo in poi. Tale esigenza era comune alla quasi totalità dei paesi, in particolar modo quelli in cui l'industrializzazione ha attraversato un processo evolutivo molto rapido e diffuso⁴⁹¹.

garanzia su di un credito, si limita ad affermare che si realizza una "modifica del rapporto ipotecario [...] nel senso che a quello precedente viene ad aggiungersi o a sostituirsi /se l'oggetto perisce) un nuovo rapporto che, pur derivando dal primo e pur avendone la stessa funzione, pone in essere una diversa specie di garanzia". Nello stesso senso, si veda D. BOCHESE, *L'ipoteca navale*, cit., 289, testo e nota 87.

⁴⁹⁰ Lo scopo della deroga, secondo S. FERRARINI, *Le assicurazioni marittime*, cit., 364, è quello di riservare al creditore ipotecario l'intera indennità dovuta dall'assicuratore, affinché sia rafforzata l'ipoteca quale strumento del credito navale.

⁴⁹¹ Sembrerebbe che in Inghilterra già con il *Fires Prevention Act* del 1774 (esattamente al § 83) era stabilito che ogni soggetto il quale avesse un interesse sulla proprietà assicurata – dunque, anche il creditore ipotecario – avrebbe potuto richiedere la "sostituzione" del bene distrutto con l'indennizzo. Cfr. L.Y. FOOTE, nota senza titolo, in 19 *Va. L. Rev.* 508 (1933), 512. L'Autore, confrontando il diritto statunitense con quello inglese, afferma che quest'ultimo

Non si può dunque tralasciare – per quanto possibile – qualche cenno sul sistema inglese, per almeno due ragioni. In primo luogo, è opportuno verificare come un ordinamento appartenente a una tradizione giuridica profondamente diversa dalla nostra ha risolto un problema appunto comune a tutti i sistemi evoluti; in secondo luogo, poiché l'inquadramento del principio di cui all'art. 2742 c.c. è ancora lontano da una corretta e definitiva sistemazione, sicché, da un confronto con un modello diverso, potrebbero trarsi degli spunti utili alla riflessione.

In Inghilterra, come nel resto dell'Europa continentale che si avvicinava all'epoca della rivoluzione industriale, si sviluppò negli affari una particolare pratica, consistente nell'inserimento nei contratti per la costituzione dell'ipoteca di una clausola con la quale il debitore si impegnava ad assicurare la cosa data in garanzia e il creditore si riservava lo stesso diritto, in caso d'inerzia del primo⁴⁹². Lo scopo era evidentemente quello di consentire al soggetto attivo di rifarsi sull'indennizzo corrisposto al debitore (qualora avesse stipulato lui la polizza) o incassandolo direttamente dall'assicurazione (qualora egli avesse stipulato la copertura nel suo interesse). Il legislatore inglese, molto probabilmente per risolvere le questioni createsi in assenza di una disciplina specifica, è intervenuto per dettare una particolare regola.

Con riferimento all'ipoteca, si può volgere lo sguardo al *Law of Property Act* del 1925, il quale, nella *section 101(ii)*, stabilisce che “a mortgagee [...] have [...] a power, at any time after the date of the mortgage deed, to insure and keep insured against loss or damage by fire any building, or any effects or property of an insurable nature, whether affixed to the freehold or not, being or forming part of the property which or an estate or interest wherein is mortgaged, and the premiums paid for any such insurance shall be a charge on the mortgaged property or estate or interest, in addition to the mortgage money, and with the same priority, and with interest at the same rate, as the mortgage money”. Si stabilisce, in sostanza, che il creditore ipotecario può in ogni momento assicurare l'edificio ipotecato contro i danni in caso d'incendio

sistema “recognizes the simple but primary function of the insurance, viz., to offer the proceeds as a “new form of the old res””

⁴⁹² L'evoluzione storica di questa prassi è ripercorsa da R.L. RAMSBOTHAM, *Coote's treatise on the law of mortgages*, 9^a ed., I, Londra, 1927, 163 ss. Rileva l'Autore che in assenza di una clausola del genere, il creditore ipotecario non avrebbe avuto diritto a nulla in caso si fosse verificato un evento coperto dall'assicurazione.

e che i premi pagati per tale assicurazione sono a carico della proprietà ipotecata⁴⁹³.

Si rilevano almeno due importanti questioni: la prima riguarda l'individuazione di una sorta di "onere", in capo al creditore, di provvedere all'assicurazione, se vuole proteggersi dai danni che possono colpire la garanzia che ha ricevuto; la seconda, piuttosto dibattuta anche presso di noi, che riguarda la spettanza del costo dell'assicurazione. La *section 101(ii)*, tuttavia, è espressamente limitata al caso dell'incendio. A tale ristretta previsione ha rimediato, ancora una volta, la prassi commerciale, essendo oggi comune l'inclusione nei contratti per la costituzione dell'ipoteca di un obbligo a stipulare una polizza contro tutti gli altri eventi che possono danneggiare o distruggere l'immobile⁴⁹⁴.

L'assenza di una di queste clausole, evidentemente, non sembrerebbe consentire al creditore ipotecario di surrogare l'indennizzo alla garanzia⁴⁹⁵. Allo stesso modo, occorre in ogni caso valutare nell'interesse di chi la copertura assicurativa è stata stipulata, poiché talvolta si è ritenuto che, in difetto di un qualche elemento nella polizza che potesse ricondurre la medesima al creditore ipotecario, non fosse possibile per quest'ultimo pretendere l'indennità⁴⁹⁶. Tuttavia, la *section 108*, commi 3 e 4, *Law of Property Act* sembrerebbe lasciare aperta una strada, almeno laddove stabilisce che il creditore ipotecario può domandare, alternativamente, i) il reimpiego

⁴⁹³ La legge inglese sembrerebbe esprimersi in termini di attribuzione di una facoltà in quanto, come riferiscono M. WATERS, E. OVEY e M. FELL, *Retail Mortgages: Law, Regulation and Procedure*, Londra, 2013, 46, testo e nota 95, un tempo era persino proibito al debitore di assicurare la proprietà, o di farla assicurare al creditore a spese del primo. Ciò in quanto "if the lender insured the property, and the borrower also insured under a separate policy, a claim by the lender under its policy would be liable to be reduced by being 'averaged' with a claim made by the borrower under his policy".

⁴⁹⁴ Non è comune l'elencazione dei rischi per i quali si deve stipulare la polizza, quanto piuttosto la generale indicazione ad assicurarsi con una copertura onnicomprensiva. Sul punto v. M. WATERS, E. OVEY e M. FELL, *Retail Mortgages: Law, Regulation and Procedure*, cit., 45 ss.; e E.F. COUSINS, I. CLARKE, *Cousins on the Law of Mortgages*, 2ª ed., Londra, 2001, 397 ss.

⁴⁹⁵ R. CALNAN, *Taking Security. Law and Practice*, Bristol, 2006, 69.

⁴⁹⁶ R. CALNAN, *Taking Security. Law and Practice*, cit., 70 ss., che riporta una casistica altalenante in merito alla questione trattata nel testo.

l'indennizzo nella ricostruzione⁴⁹⁷, oppure ii) l'imputazione del medesimo alla riduzione del debito⁴⁹⁸.

In Inghilterra, dunque, non sembra potersi rinvenire un meccanismo in tutto e per tutto analogo a quello previsto in Italia, Francia, Spagna e Germania. In questi ultimi paesi, la legislazione che prevede la surrogazione dell'indennità alla cosa è stata concepita nel diciannovesimo secolo proprio per attribuire al creditore privilegiato il diritto sull'indennità senza bisogno di un'apposita clausola, ovvero mediante un'attribuzione, per dir così, automatica. È esemplificativo, a questo proposito, l'art. 121-13 *Codes des Assurances*, il quale specifica che non è necessaria una "délégation expresse". Pare, pertanto, essere rimesso alla solerzia del creditore ipotecario assicurarsi contro i danni che la garanzia potrebbe subire e, qualora non sia egli stesso a contrarre la polizza, far risultare espressamente che essa è fatta nel suo interesse.

Infine, un brevissimo cenno al diritto nordamericano. Anche lì, generalmente, l'indennizzo dell'assicurazione non è considerato un sostituto della proprietà andata distrutta, a meno che non vi sia un accordo in tal senso. Dunque, essendo il contratto d'assicurazione un rapporto che sussiste esclusivamente tra debitore e colui che ha assunto il rischio, il soggetto passivo sarà l'unico legittimato a percepire la somma, a meno che, come nel sistema inglese, non risulti "protetto" dalla polizza anche l'interesse del creditore. Tuttavia, si segnala che, a quanto consta, nel sistema statunitense non esiste una regola equivalente a quella della *section 108 Law of Property Act* inglese, per cui al soggetto attivo non spetta nemmeno la facoltà di domandare l'impiego dell'indennizzo nella ricostruzione o la sua destinazione a ripianare il debito⁴⁹⁹.

⁴⁹⁷ Si legge nella *section 108*, comma 3, che "all money received on an insurance of mortgaged property against loss or damage by fire or otherwise effected under this Act, or any enactment replaced by this Act, or on an insurance for the maintenance of which the mortgagor is liable under the mortgage deed, shall, if the mortgagee so requires, be applied by the mortgagor in making good the loss or damage in respect of which the money is received".

⁴⁹⁸ Prosegue invece il comma 4: "without prejudice to any obligation to the contrary imposed by law, or by special contract, a mortgagee may require that all money received on an insurance of mortgaged property against loss or damage by fire or otherwise effected under this Act, or any enactment replaced by this Act, or on an insurance for the maintenance of which the mortgagor is liable under the mortgage deed, be applied in or towards the discharge of the mortgage money".

⁴⁹⁹ G.S. NELSON, D.A. WHITMAN, *Real estate finance law*, 3^a ed., St. Paul, 1993, 179, testo e nota 6. Affermano gli Autori che "Traditionally courts have insisted that insurance is a

14. Rafforzamento del meccanismo surrogatorio: il vincolo di polizza

Nella pratica degli affari è piuttosto diffuso l'inserimento nei contratti d'assicurazione di una particolare clausola, mediante la quale l'assicuratore si impegna a non liquidare l'indennizzo all'assicurato, senza aver prima interpellato il c.d. vincolatario – di norma il creditore –, oppure a liquidarlo direttamente a quest'ultimo⁵⁰⁰. Pattuizioni di questo contenuto non sono affatto nuove; anzi si potrebbe affermare che erano forse più diffuse e, in un certo senso, necessarie quando il principio della surrogazione dell'indennità alla cosa non era stato ancora recepito dalla legge. Come si è avuto modo di vedere, sono state proprio queste clausole ad alimentare il dibattito circa la possibilità di sostituire la garanzia perita con l'indennizzo. Nonostante però la codificazione del meccanismo surrogatorio, il c.d. vincolo di polizza è sopravvissuto e costituisce la fonte maggiore di controversie nel caso in cui il bene ipotecato o impegnato viene meno. Tra queste, occorre segnalare il problema della legittimazione nei confronti della compagnia che dovrebbe corrispondere l'indennizzo, ovvero se quest'ultima possa essere citata in giudizio direttamente dal creditore per farsi pagare.

Come già osservato, l'ultimo intervento, a quanto consta, della Cassazione ha escluso che l'art. 2742 c.c. attribuisca al creditore un'azione diretta contro la compagnia d'assicurazioni. La Corte non si è soffermata sulla natura del diritto spettante al soggetto attivo, ma si è limitata a escludere che egli possa pretendere direttamente l'indennizzo, anche in quanto, sempre a suo dire, gli spettano dei non ben specificati "mezzi di tutela conservativi del

purely personal contract of indemnity against diminution in the value of the property; the proceeds of the contract are not regarded as a substitute res for the destroyed property". Tuttavia, fanno notare che occasionalmente è stato giudizialmente riconosciuta l'idea che l'indennizzo possa prendere il posto della cosa distrutta. Sempre nel senso dell'impossibilità per il creditore ipotecario di rifarsi sull'indennizzo, "unless the policy specifically insures the interests of both parties", si veda il rapido cenno alla questione in J.W. BRUCE, *Real estate finance*, 6^a ed., St. Paul, 2009, 106.

⁵⁰⁰ Poiché il contenuto della clausola può presentarsi sotto l'una o l'altra forma, generalmente si distinguono le clausole "semplici" da quelle "complesse". Nelle prime si richiede solamente l'assenso del creditore (vincolatario) al pagamento in favore dell'assicurato; nelle seconde, invece, l'assicuratore si impegna a pagare direttamente al soggetto attivo, beneficiario, per dir così, della pattuizione. Per tutti, si veda E. DUSI, *Il vincolo convenzionale nel contratto di assicurazione*, in *Assicurazioni*, 1954, I, 345 ss.

[...] diritto”⁵⁰¹. L’approdo a questa ricostruzione è però solo recente, poiché nella giurisprudenza più risalente, invece, era stato affermato che il creditore ipotecario può agire direttamente contro la compagnia. Così è stato almeno sino all’inizio degli anni duemila⁵⁰². Una pronuncia, in particolare, ha stabilito che l’art. 2742 c.c. regola un’ipotesi “speciale” di azione surrogatoria ex art. 2900 c.c., poiché consente ai creditori di far valere nel proprio interesse un diritto altrui, senza necessità del requisito dell’inerzia del debitore⁵⁰³. Una soluzione, come si vede, piuttosto simile a quella adottata in Francia. Non è ben chiaro cosa abbia indotto la Cassazione a questo recente – e condivisibile – cambio di orientamento, peraltro passato sotto silenzio. Una ragione la si può forse rintracciare nel fatto che la giurisprudenza che si è occupata della surrogazione dell’indennità alla cosa e che ha riconosciuto l’azione diretta lo ha fatto sempre in merito a casi in cui era presente una c.d. polizza (o appendice) di vincolo.

La natura di questa pattuizione è piuttosto discussa⁵⁰⁴. Talvolta è stata considerata un’applicazione rafforzata, per dir così, della surrogazione

⁵⁰¹ Cass., 14 febbraio 2013, n. 3655, in *Foro it.*, Rep. 2013, voce *Assicurazione (contratto)*, n. 136. La Corte ha stabilito che l’art. 2742 c.c. attribuisce al creditore privilegiato solo una prelazione sull’indennità, ma non consente la diretta apprensione di quanto dovuto dall’assicuratore; ha poi aggiunto che nessun indice ermeneutico autorizza a ritenere che la disposizione preveda anche un subingresso del creditore privilegiato nella titolarità del diritto all’indennizzo, di talché ne risulti legittimata un’azione diretta dello stesso contro l’assicuratore. Nello stesso senso, già Cass., 16 gennaio 1968, in *Riv. dir. nav.*, 1969, II, 146.

⁵⁰² Si veda, ad esempio, Cass., 6 dicembre 1980, n. 6346, in *Riv. giur. circol. traspr.*, 1981, 786, in cui è stato affermato che il creditore ipotecario può esperire l’azione surrogatoria ex art. 2742 c.c. nei confronti dell’assicuratore. Si segnala anche Trib. Genova, 4 settembre 1987, in *Assicurazioni*, 1988, II, 78, con nota di S. FERRARINI.

⁵⁰³ Così App. Milano, 20 ottobre 1991, in *Foro it.*, Rep. 1992, voce *Surrogatoria*, n. 4, secondo cui l’art. 2742 c.c., legittimando i creditori a far valere nel proprio interesse un diritto altrui, regola un’ipotesi particolare di azione surrogatoria, la quale si differenzia da quella prevista dall’art. 2900 c.c. sotto il duplice profilo che non è richiesta l’inerzia del debitore e che la surrogazione è limitata al fine del soddisfacimento dei crediti privilegiati, pignorati e ipotecari.

⁵⁰⁴ Sul tema della c.d. polizza di vincolo e sulle varie tesi che sono state proposte circa la sua natura, si vedano A. POLOTTI DI ZUMAGLIA, voce *Assicurazione contro i danni (singoli rami)*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, agg. IV, Torino, 2013, 35 ss.; L. RUGGERI, *Il c.d. vincolo assicurativo ed il terzo beneficiario del vincolo*, in *Dir. ed econ. ass.*, 2006, 135 ss.; U. CARNEVALI, *Brevi note sulla c.d. clausola di vincolo nei contratti di assicurazione*, in *Resp. civ. e prev.*, 2001, 267 ss.; T. PERTOT, *Sulla c.d. clausola di vincolo apposta al contratto di assicurazione contro i danni*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 361 ss.; G. LENER, « *Appendice di vincolo* » nei contratti assicurativi e collegamento negoziale: uno pseudo-problema, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1996, II, 376 ss.; S. FERRARINI, *Sul vincolo dell’indennità assicurativa a favore del creditore avente ipoteca sulla nave*; in *Assicurazioni*, 1988, II, 78 ss. Con specifico riferimento al diritto della navigazione, invece, si veda C. GRANDE, *La clausola di vincolo della polizza corpi*, in *Riv. dir. nav.*, 1972, 116 ss.

dell'indennità alla cosa⁵⁰⁵; talaltra, un contratto a favore di terzo *ex art.* 1411 c.c.⁵⁰⁶, oppure, infine, un pegno di credito all'indennità⁵⁰⁷. Tale clausola aggiunge un qualcosa in più⁵⁰⁸ rispetto alla formulazione dell'art. 2742 c.c. ed è dunque possibile argomentare che in sua presenza il beneficiario della medesima possa azionare immediatamente se non un diritto proprio, quantomeno un diritto altrui. In ogni caso, si ritiene che dipenda tutto dall'inquadramento che si vuole dare a un siffatto accordo supplementare. In una delle pronunce reperibili su questo punto, è stato affermato il diritto del creditore ad agire per ottenere il pagamento della indennità dall'assicurato, a fronte dell'inerzia del proprietario della cosa assicurata; egli, in ogni caso, è tenuto a dimostrare non soltanto l'avvenuta realizzazione del rischio dedotto in assicurazione, ma anche a dare la prova della entità del suo credito per consentirne alla compagnia la liquidazione⁵⁰⁹.

Il c.d. vincolo di polizza costituisce senza dubbio un importante spunto di riflessione, poiché dimostra che il meccanismo dell'art. 2742 c.c. ha avuto bisogno nella pratica di un ulteriore rafforzamento, dato proprio dalla pattuizione con la quale si individua l'unico soggetto legittimato a riscuotere direttamente l'indennizzo. Essendo tuttavia già previsto dalla legge che il creditore garantito possa soddisfarsi sull'indennità, a meno di voler ritenere l'appendice di polizza meramente ripetitiva del suddetto principio, privandola così di una qualsivoglia funzione, si deve concludere che essa è stata pensata proprio per rimediare a quanto non consentito dall'art. 2742 c.c., ovvero l'attribuzione diretta dell'indennizzo al creditore. Tuttavia, l'attribuzione al creditore privilegiato dell'esclusività circa la riscossione dell'indennizzo non può avere ovviamente effetto nei confronti degli altri

⁵⁰⁵ Questa pare essere la spiegazione più diffusa nella giurisprudenza più risalente: App. Palermo, 28 febbraio 1958, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1959, II, 564; Trib. Trapani, 11 agosto 1956, in *Assicurazioni*, 1957, II, 154; Trib. Venezia, 30 giugno 1962, in *Dir. mar.*, 1964, 314.

⁵⁰⁶ Secondo Trib. Roma, 27 novembre 1985, in *Fallimento*, 1986, 1368, la clausola di vincolo non costituisce un'applicazione della disciplina relativa alla surrogazione della indennità alla cosa stabilita dagli art. 572 c. nav. e 2742 c.c., ma riveste la natura del contratto a favore di terzi. Secondo Cass., 5 novembre 2002, n. 15502, in *Giur. it.*, 2003, 949, e Cass., 15 luglio 2005, n. 15038, in *Foro it.*, Rep. 2005, voce *Prescrizione e decadenza*, n. 83, l'azione del creditore ipotecario nei confronti dell'assicuratore, rivolta ad ottenere l'indennizzo assicurativo, va qualificata come azione di adempimento contrattuale.

⁵⁰⁷ Così Trib. Roma, 23 agosto 1996, in *Arch. civ.*, 1997, 996.

⁵⁰⁸ Parte della giurisprudenza ha ravvisato un collegamento negoziale tra il contratto d'assicurazione e quello di finanziamento. Cfr. in tal senso Cass., 21 giugno 1995, n. 7021, in *Giust. civ.*, 1996, I, 2697.

⁵⁰⁹ Cass., 2 aprile 2001, n. 4791, in *Assicurazioni*, 2001, II, 2, 167.

creditori, ugualmente muniti di una causa di prelazione. Difatti, la clausola in analisi non può di certo stravolgere l'ordine di precedenza, per dir così, dei creditori.

L'art. 2742 c.c., difatti, prescrive il meccanismo surrogatorio per il pagamento di costoro "secondo il loro grado", per cui sarebbe invero singolare che, in virtù di un mero accordo, un creditore garantito, per il solo fatto di essere vincolatario, possa farsi pagare prima di un altro creditore garantito poziore; sarebbe come se con un accordo tra il soggetto passivo e quello attivo si pretendesse di derogare l'ordine legale dei privilegi⁵¹⁰. Ciò non significa che l'appendice di vincolo sia del tutto priva di senso, ma solo che avrà degli effetti evidentemente interni tra quel determinato creditore (vincolatario) e l'assicuratore. Tali effetti corrispondono sostanzialmente all'opposizione di cui al comma 2 dell'art. 2742 c.c., che in presenza di una clausola come quella in analisi sarà anticipata, per dir così, al momento della clausola medesima, nel senso che, essendosi il creditore riservato il diritto d'essere interpellato prima della corresponsione dell'indennizzo, egli evita il rischio di perdere il beneficio del vincolo connesso alla normale necessità d'opporvi entro i trenta giorni⁵¹¹.

Nel caso in cui vi sia un unico creditore privilegiato, non correndosi il rischio di alterare l'ordine normale delle cause di prelazione, l'appendice di vincolo attribuirà al medesimo anche la possibilità d'agire direttamente nei confronti della compagnia d'assicurazioni, poiché la medesima s'è impegnata appunto a corrispondergli immediatamente l'indennizzo⁵¹².

15. Necessità di sottoporre a revisione i tentativi di spiegazione del meccanismo surrogatorio

Nelle pagine che precedono si è tentato di mettere in luce come la dottrina italiana e straniera hanno inteso il modo d'operare dell'art. 2742 c.c. e

⁵¹⁰ Non a caso, taluno ha fatto giustamente notare che l'appendice di vincolo è affetta da nullità per mancanza di causa, almeno nella parte in cui individua come unico soggetto legittimato alla riscossione un solo creditore. Cfr. U. CARNEVALI, *Brevi note sulla c.d. clausola di vincolo nei contratti di assicurazione*, cit., 272. Aderisce alla tesi della nullità anche L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, cit., 231.

⁵¹¹ Si veda ancora U. CARNEVALI, *Brevi note sulla c.d. clausola di vincolo nei contratti di assicurazione*, cit., 273.

⁵¹² Secondo P. GALLO, *sub art. 2742*, cit., 955, l'effetto della clausola in discorso è quello do legittimare i creditori nell'interesse dei quali la medesima è stabilita ad esigere direttamente il pagamento dall'assicuratore delle somme dovute.

delle corrispondenti disposizioni nei paesi europei maggiormente rappresentativi. Nonostante la brevità dei riferimenti e la sommarietà delle informazioni riportate, si può comunque affermare che dalla precedente disamina risulta un quadro piuttosto frammentato, soprattutto con riferimento alla natura del diritto del creditore privilegiato, quando si verifica un evento che provoca il venir meno della garanzia. In Italia, come anche nei sistemi ai quali s'è fatto riferimento, sono state proposte numerose ricostruzioni al problema appena illustrato, ma non pare che si sia giunti a una soluzione soddisfacente e definitiva. Salvo alcune lievi e inevitabili divergenze, dovute anche alla formulazione letterale del principio, l'unica differenza rilevante emersa è quella con il sistema francese, nel quale sembra pacifica l'attribuzione ai creditori privilegiati di un'azione diretta contro l'assicuratore. Autorevoli nostri studiosi hanno sostenuto questa tesi⁵¹³, la quale, tuttavia, per le ragioni che si vedranno immediatamente, è stata altrettanto autorevolmente criticata.

Si deve osservare, in primo luogo, che la legislazione francese e quella italiana, pur affermando il medesimo principio della surrogazione dell'indennità alla cosa, differiscono profondamente quanto alla formulazione. Di questo profilo si è già dato conto nei precedenti paragrafi e non è necessario riportare nuovamente, per evitare di cadere nella ripetizione, i testi delle leggi. Si deve verificare, dunque, se la possibilità di attribuire al creditore la pretesa diretta dell'indennizzo direttamente dalla compagnia d'assicurazioni sia una soluzione soddisfacente e soprattutto compatibile con la formulazione dell'art. 2742 c.c.

La questione ha ricevuto una prima risposta dalla nostra Cassazione. La Suprema corte ha affermato che la disposizione da ultimo richiamata ha come unico effetto quello di apporre un "vincolo di destinazione" all'indennizzo, senza però legittimare il creditore ad agire direttamente verso l'assicuratore⁵¹⁴.

⁵¹³ Si veda *retro* par. 10.

⁵¹⁴ Cass., 14 febbraio 2013, n. 3655, cit., secondo cui la surrogazione reale dell'indennità alla cosa assicurata, prevista dall'art. 2742 c.c., ha l'effetto di imporre all'indennizzo assicurativo un vincolo di destinazione a favore del creditore dell'assicurato titolare di un diritto di prelazione sulla cosa distrutta, ma non legittima affatto il suddetto creditore ad agire direttamente nei confronti dell'assicuratore per il pagamento dell'indennizzo. *Contra* T. Busto Arsizio, 4 maggio 1992, in *Foro it.*, Rep. 1994, voce *Assicurazione (contratto)*, n. 113, che ha invece affermato, per il caso di furto di un autoveicolo, che il creditore ipotecario può esperire azione surrogatoria nei confronti dell'assicuratore, quando è previsto, espressamente, un vincolo a favore di detto creditore ipotecario.

Il diritto all'indennità, difatti, nonostante il perimento, sembra continuare a sussistere in capo al debitore, poiché – e ciò lo si evince dall'art. 2742, comma 2, c.c. – l'assicuratore pagherà efficacemente, liberandosi perciò dal proprio obbligo, solo dopo lo scadere del termine di giorni trenta. Il fatto che possa ritenersi liberato in seguito al pagamento al soggetto passivo dovrebbe stare a significare che questo è appunto il soggetto normalmente legittimato a ricevere la somma, salvo il caso in cui sia proposta opposizione. Ma anche qualora il creditore intenda opporsi, potrebbe sempre accadere che il debitore voglia investire l'indennizzo nella riparazione o nella ricostruzione della cosa: in questo caso appare manifesta la mancanza di una pretesa diretta. Senza contare che il creditore privilegiato non è assicurato in senso stretto ed è anzi estraneo al rapporto d'assicurazione. In breve, vi sono tutta una serie di condizioni da realizzare, affinché il soggetto attivo venga pagato dall'assicuratore, che non depongono a favore della sussistenza di un rapporto immediato e diretto tra costui e l'assicuratore⁵¹⁵. Ad ogni modo, sembrano sussistere altre e più convincenti ragioni per escludere un'azione diretta.

L'art. 2742 c.c., come detto, mira a proteggere l'interesse del creditore garantito, indipendentemente dal fatto che il lato passivo del rapporto obbligatorio e del diritto reale sul bene ineriscano allo stesso soggetto. In altri termini, esso non presuppone un rapporto fra il creditore privilegiato e il titolare del diritto reale, essendo ben possibile, ad esempio, che l'ipoteca o il pegno siano costituiti da un terzo. Sennonché l'azione (diretta) *ex art. 2900 c.c.*, nella quale si vorrebbe inquadrare la fattispecie, presuppone invece una connessione genetica a carattere causale tra il rapporto creditore-debitore e quello debitore-terzo, che nel caso dell'art. 2742 c.c., come appena visto, è meramente occasionale. Peraltro, la tesi dell'azione diretta, a voler essere rigorosi, non sembra spiegare il fenomeno surrogatorio, ma, piuttosto, si risolve in un *escamotage*, che in un certo senso lo "aggira", non essendo ben chiaro sulla base di quale ragione il creditore potrebbe sostituirsi al debitore, soprattutto in assenza del requisito dell'inerzia, notoriamente richiesto dall'art. 2900 c.c.⁵¹⁶. A ben vedere, sembrano mancare anche altri tratti

⁵¹⁵ Queste condizioni sono efficacemente illustrate da L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, cit., 235 ss., tra le quali l'Autore annovera il mancato impiego della somma nella ricostruzione del bene, che l'evento verificatosi rilevi in relazione alla natura della copertura assicurativa e che i creditori si oppongano tempestivamente.

⁵¹⁶ La critica alla ricostruzione in termini di azione surrogatoria è di L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, cit., 227. Dello stesso avviso, ma per altri motivi, è A. MAGAZZÙ,

essenziali dell'azione surrogatoria, ovvero l'esercizio, da parte del creditore, del diritto o dell'azione che spetta al suo debitore⁵¹⁷.

Quanto alla Francia, si ritiene di poter affermare che l'attribuzione di un'azione diretta abbia più che altro origini storiche. Si tratta di una prassi nata in assenza della legge, che consisteva nella cessione dal debitore al creditore del diritto all'indennizzo verso l'assicuratore. Intervvenuto poi il legislatore, è rimasta la configurazione in termini di pretesa diretta, poiché, per dir così, già collaudata.

In definitiva, l'art. 2742 c.c. consente al creditore di esercitare sull'indennizzo esattamente le stesse facoltà che avrebbe potuto esercitare sulla garanzia venuta meno⁵¹⁸. Esclusa per le ragioni che precedono la teoria dell'azione diretta, si deve necessariamente ricercare altrove la spiegazione del fenomeno. Si potrebbe ritenere allora l'art. 2742 c.c. una mera applicazione del brocardo *pretium succedit in locum rei*. Numerosi Autori hanno fermamente respinto l'idea che quest'ultima massima possa assurgere a esplicazione del principio della surrogazione reale⁵¹⁹, in quanto, come spesso accade, trattasi di una formulazione generica, la quale, di per sé, nulla spiega del fenomeno, soprattutto a seguito dell'entrata in vigore dell'attuale codice civile, che ha introdotto nuove ipotesi di surrogazione rispetto al precedente, peraltro in ambiti completamente diversi tra loro⁵²⁰. Sarebbe invero piuttosto riduttivo

voce *Surrogazione reale*, cit., 1510. Per alcune brevi, ma dense di significato, osservazioni sull'azione ex art. 2900 c.c. si veda senz'altro R. NICOLÒ, *Tutela dei diritti*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, sub Art. 2900-2969, Bologna-Roma, 1953, 53 ss. Per le ragioni già esposte nel testo, si dovrebbe anche escludere che si realizzi nella specie una surrogazione personale legale nel credito verso l'assicuratore, come sostenuto da C.M. BIANCA, *op. loc. cit.*

⁵¹⁷ Per la definizione e l'inquadramento dei presupposti dell'azione ex art. 2900 c.c. è sufficiente richiamare G. GIAMPICCOLO, voce *Azione surrogatoria*, in *Enc. del dir.*, IV, Milano, 1959, 967 ss.

⁵¹⁸ Tra le quali non sembra però rientrare quella di ricevere direttamente la cosa, che sia quella originaria o sostituta, come l'indennizzo: cfr. F. SÁNCHEZ CALERO, sub artt. 40, 41 e 42, cit., 902 ss.

⁵¹⁹ Si veda, ad esempio, M. ALLARA, *La teoria delle vicende del rapporto giuridico*, cit., 146 ss., il quale, dopo aver affermato che la categoria della surrogazione reale non ha un contenuto unitario, si spinge più in là, sino a negare che gli artt. 1018, 1019 e 2742 c.c. configurino ipotesi di sostituzione di cosa a cosa, ma, al contrario, ritiene che si tratti di vicende di modifica soggettiva dei rapporti relativi ai beni considerati dalle suddette disposizioni. Nella dottrina francese, esprime dubbi circa l'esistenza di un principio generale V. RANOUIL, *La subrogation réelle en droit civil français*, cit., 59 ss.

⁵²⁰ L'opera del F. LONGO, *Della surrogazione reale nel diritto italiano*, cit., 57 ss., è incentrata proprio sulla critica a tale massima. Più recenti, ma sempre nello stesso senso, L.V. MOSCARINI, voce *Surrogazione reale*, cit., 969; e A. MAGAZZÙ, *La surrogazione reale*, cit., 1501.

spiegare la conservazione della prelazione e il soddisfacimento del credito cui mira l'art. 2742 c.c. con una semplice "sostituzione" di una cosa a un'altra. Questa visione appare forse eccessivamente semplicistica e non fornisce una spiegazione apprezzabile a tale sostituzione; tuttavia, quel brocardo può essere utile per descrivere il fenomeno in analisi.

Vi sono stati poi ulteriori tentativi di spiegare la surrogazione dell'indennità alla cosa (corrispondenti a quelli *sub b*), *c*) e *d*) di cui *retro* al paragrafo 10), i quali possono essere raggruppati in un unico insieme, poiché condividono tutti un elemento comune, ovvero la vicenda estintivo-costitutiva, per cui al venir meno della garanzia corrisponde la "trasformazione" o "creazione" di un altro diritto, che talvolta è stato individuato genericamente in una nuova prelazione, talaltra in un diritto di pegno (legale) sul credito. Quest'ultima tesi, in particolare, non sembra aver raccolto numerose adesioni in dottrina e lo stesso Autore al quale si deve la sua formulazione l'ha avanzata in forma dubitativa⁵²¹. In ogni caso, è da escludere che il diritto del creditore cada sul credito del debitore verso l'assicuratore, poiché l'art. 2742 c.c. vincola la somma e non il credito alla somma medesima⁵²².

Occorre, prima di procedere, ribadire alcuni punti fermi, sui quali non sembra potersi dubitare, che costituiscono i presupposti sui quali tentare di spiegare il fenomeno in esame. In primo luogo, il dato letterale. L'art. 2742, comma 1, c.c., come appena ricordato, stabilisce chiaramente che "le somme dovute dagli assicuratori [...] sono vincolate al pagamento dei crediti". In secondo luogo, l'ipoteca consente al creditore di conseguire con precedenza sugli altri un determinato valore; che poi quest'ultimo sia costituito, ad esempio, dal ricavato della vendita o dall'indennizzo dell'assicuratore non pare far differenza alcuna. Dalla prima notazione di ordine letterale si possono formulare due osservazioni. Innanzitutto, stando al fraseggio della

⁵²¹ Si tratta di D. RUBINO, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 16; ID., *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, cit., 75 ss.; l'Autore si esprime in termini di "probabilità" circa la trasformazione del diritto in pegno sul credito. Per alcune osservazioni critiche a questa ricostruzione, si vedano A. MAGAZZÙ, voce *Surrogazione reale*, cit., 1509 ss., testo e nota 69, e L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, cit., 228. Il primo Autore, in particolare, non condivide la necessità di scindere l'intera vicenda in due passaggi di estinzione e successiva costituzione di un diritto nuovo, al quale non ritiene comunque applicabile la disciplina del pegno.

⁵²² Sembra ineccepibile l'osservazione di M. FRAGALI, voce *Ipoteca (dir. priv.)*, cit., 816 ss., il quale fa inoltre notare che il valore cui dà diritto l'ipoteca non diviene oggetto di pegno nell'esecuzione forzata e allo stesso modo non può divenirlo ogni qual volta lo si sostituisce al bene e se ne anticipa la realizzazione.

disposizione, il legislatore non sembra aver previsto in alcuna parte l'estinzione della garanzia e il conseguente sorgere di un qualsivoglia diritto nuovo. L'argomento chiaramente non è decisivo, ma deve essere coordinato con l'art. 2878, n. 4, c.c., a norma del quale l'ipoteca si estingue col perimento del bene ipotecato, salvo – non a caso – quanto è previsto dall'articolo 2742 c.c. Inoltre, si stabilisce che le somme sono “vincolate” al pagamento dei crediti privilegiati e non “a garanzia” di questi ultimi, come si evince sempre dall'analisi del dettato normativo⁵²³. Poiché questi sono i dati offerti dal legislatore, si ritiene possibile una visione che riesca a conciliare, da un lato, il perimento del bene e, dall'altro, la sua sostituzione con l'equivalente pecuniario e con il persistere del medesimo diritto. Per far ciò occorre distinguere la cosa intesa quale componente materiale della garanzia, il diritto di garanzia medesimo e la conseguente prelazione⁵²⁴.

Da un punto di vista meramente testuale – il quale, si ripete, non è risolutivo, ma nemmeno da tralasciare –, dunque, la scissione dell'intera vicenda in una molteplicità di passaggi, voluta da chi vuole l'estinzione dell'originario diritto e la creazione di uno nuovo, non pare del tutto sostenibile e nemmeno necessaria. Il primo interrogativo che sorge spontaneo è, difatti, per quale ragione il legislatore avrebbe dovuto accordare una prelazione *ex novo*, o un diritto di pegno sul credito, o comunque una qualsivoglia “nuova” situazione giuridica, di qualunque natura essa sia, seppur derivata dalla precedente, a un soggetto che è già garantito, per di più affidando a tali “nuovi” diritti, come spesso si afferma, la medesima funzione del precedente⁵²⁵, venuto meno assieme alla garanzia⁵²⁶. Ragioni prima di tutto pratiche dovrebbero indurre a ricercare una via alternativa a questa moltiplicazione di passaggi. Senza contare che la (duplice) vicenda estintivo-

⁵²³ Il rilievo è di A. MAGAZZÙ, voce *Surrogazione reale*, cit., 1512.

⁵²⁴ Cfr. sul punto A. MAGAZZÙ, voce *Perimento della cosa*, cit., 52 ss., secondo cui alla distruzione della cosa non necessariamente corrisponde il perimento automatico del diritto, poiché tale evento riguarda solo ed esclusivamente la componente di fatto, ovvero quella materiale, della situazione giuridica, che comporta la “temporanea impossibilità” di realizzare tale situazione, potendo intervenire il meccanismo surrogatorio a conservarla.

⁵²⁵ Si vedano, ad esempio, F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., 98; L.V. MOSCARINI, voce *Surrogazione reale*, cit., 975. Quest'ultimo Autore, in particolare, discorre di “rapporto giuridico derivato”, in relazione al diritto a ricevere direttamente l'indennità che si origina in seguito al perimento della garanzia. Si tratterebbe, dunque, di un caso di surrogazione reale in senso lato. Aderisce a questa ricostruzione anche M. ESU, voce *Surrogazione reale*, cit., 2.

⁵²⁶ Si pone il quesito A. MAGAZZÙ, voce *Surrogazione reale*, cit., 1512, proprio per illustrare alcuni “punti deboli” della tesi in analisi.

costitutiva sembra trovare un ostacolo insormontabile nel disposto dell'art. 2878, n. 4, c.c.

Appare chiaro, dunque, che le varie spiegazioni proposte sino ad ora per rinvenire la *ratio* dell'art. 2742 c.c. siano tutte, per un motivo o per un altro, non completamente soddisfacenti o non perfettamente coerenti con il dato normativo.

16. Trasformazione “economica” della cosa e realizzazione del credito sull'indennità. Continuità del diritto reale di garanzia in funzione satisfattiva del creditore

Prima di procedere con la formulazione di qualche osservazione in merito al diritto del creditore *ex art.* 2742 c.c., occorre necessariamente precisare quanto segue. Dall'analisi dei contributi dottrinali che si sono occupati della surrogazione reale emerge con costanza una ben precisa - e assolutamente legittima - preoccupazione, ovvero quella relativa all'incompatibilità tra il perimento della cosa e la continuità del (medesimo) diritto su quella nuova. L'esempio classico, lo si è detto più volte, è quello dell'ipoteca che andrebbe a gravare su una somma di danaro, qual è l'indennizzo corrisposto dall'assicuratore.

In primo luogo, bisogna rilevare che non sembra sussistere un'incompatibilità, per dir così, ontologica tra la garanzia ipotecaria e i beni appartenenti alla specie dei mobili. Si possono individuare numerosi esempi di mobili che sono sottoposti alla garanzia in discorso, come le automobili, le navi o gli aerei. Si potrebbe obiettare che trattasi di cose sottoposte a un regime pubblicitario, il che è senza dubbio vero, ma la sottoposizione a detto regime non dovrebbe mutarne la natura. Si veda, poi, a titolo meramente esemplificativo, l'art. 246, comma 2, c. nav., il quale estende l'ipoteca a tutte le cose che fanno parte della nave e servono all'utilizzo della medesima (comprese quindi quelle mobili). Dunque, anche se si volesse intraprendere la strada della permanenza dell'originaria ipoteca su una somma di danaro, questa via non sarebbe assolutamente impercorribile e dogmaticamente inaccettabile, poiché un bene mobile non è - almeno in linea di principio - insuscettibile di divenire oggetto del diritto di garanzia in discorso. È pur vero che sarebbe sicuramente una forzatura del sistema, che richiederebbe numerosi sforzi interpretativi, ma non si tratterebbe più, come si riteneva

unanimemente sotto l'imperio del Codice Pisanelli, di una soluzione impensabile, sulla quale non vale nemmeno la pena riflettere.

Si ritiene, ad ogni modo, che non vi sia necessità di ricorrere a tali forzature. È utile richiamare, a questo proposito, la distinzione presentata nel capitolo primo, paragrafo 5, relativa alla differenza tra qualità intrinseche ed estrinseche del bene, nella quale la caratteristica della mobilità o immobilità attiene evidentemente al primo gruppo. A quanto consta, nessuno ha mai tentato di attribuire all'indennizzo la qualità (intrinseca) di bene immobile, così da renderlo capace d'ipoteca, poiché un siffatto tentativo non avrebbe esito positivo e si rivelerebbe peraltro inutile. Eppure, la maggior parte della dottrina ha concentrato le proprie riflessioni (e preoccupazioni) su questo passaggio ed è giunta inevitabilmente in un vicolo cieco, tanto da dover rigettare in tutto e per tutto il meccanismo surrogatorio – in quanto “sovversivo” di principi elementari del diritto –, oppure necessariamente concludere per l'estinzione del diritto e la contestuale creazione di uno “nuovo”, contravvenendo così allo stesso spirito del meccanismo surrogatorio, che dovrebbe essere invece proprio quello di preservare immutata la situazione giuridica originaria⁵²⁷. In altri termini, sia consentita l'espressione, si è forse perso di vista il vero problema, che non è quello di spiegare come sia possibile mantenere, ad esempio, un'ipoteca sull'indennizzo, ma, piuttosto, indagare *i)* per quale ragione il legislatore ha previsto la surrogazione dell'indennità alla cosa, *ii)* verificare qual è la conseguenza del perimento del bene nei confronti del creditore e, infine, *iii)* spiegare come sia possibile il soddisfacimento del creditore a fronte della perdita della cosa. Non si tratta perciò di ingegnarsi per rendere compatibile danaro, ipoteca o privilegio speciale⁵²⁸, bensì si tratta di attribuire al primo quelle qualità (estrinseche) dei

⁵²⁷ Non convince, ad esempio, lo sforzo operato da R.M. ROCA SASTRE, L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario*, cit., 14, di spiegare la surrogazione dell'indennità alla cosa in termini di surrogazione reale vera e propria, che però provocherebbe una conversione dell'ipoteca in diritto di pegno. Affermano gli Autori che “puede salvarse aquí la figura de la subrogación real si se tiene en cuenta la identidad de la hipoteca y de la prenda en su función general de garantía del cumplimiento de una obligación”. È senza dubbio vero che pegno e ipoteca condividono la medesima funzione, ovvero attribuiscono il diritto a realizzare un certo valore, ma non v'è necessità, come si vedrà anche più avanti, di attribuire al creditore preferito un diritto “nuovo”, la cui funzione corrisponde esattamente a quella di un diritto che già può vantare.

⁵²⁸ Tentativo al quale taluno non si è sottratto. Si veda, ad esempio, F. LONGO, *Della surrogazione reale nel diritto italiano*, cit., 210 ss., il quale prima osserva che non si può acquistare l'ipoteca su di un credito, poiché la legge non annovera i crediti tra i beni che ne sono suscettibili, per poi affermare però che “se il credito d'indennità non n'è direttamente capace,

secondi, in modo da considerarlo (“come se” fosse) il bene originario, con l’unico scopo rendere irrilevante per il creditore l’evento della distruzione.

Il legislatore ha lasciato a questo proposito almeno due indicazioni da non trascurare, ovvero il n. 4 dell’art. 2878 c.c., laddove stabilisce che nel caso dell’art. 2742 c.c. l’ipoteca non si estingue, e la creazione del vincolo in funzione del pagamento dei creditori. La prima disposizione serve evidentemente per dare coerenza al sistema e, in particolar modo, per evitare che il soggetto attivo risenta del perimento, poiché, se l’ipoteca si estinguesse, sarebbe invero piuttosto arduo – per non dire impossibile – motivare la particolare destinazione dell’indennizzo e il mantenimento della prelazione. Ora, poiché il venir meno della cosa fa sì che la medesima subisca una trasformazione economica (ad essa si sostituisce l’indennizzo), l’unica via per rendere coerente il sistema delineato dalla legge è quella di considerare la fattispecie in analisi come un’anticipazione della fase di realizzazione del credito, cioè come se il bene oggetto della garanzia fosse stato giudizialmente venduto e fosse giunto il momento di ripartire il ricavato tra i creditori, secondo la prelazione di ognuno.

Per quanto attiene a detta trasformazione, è pur vero che vendita e perimento sono eventi assolutamente diversi, ma ciò che conta è appunto la conversione in danaro della cosa: in un caso, essa seguirà il normale svolgimento della garanzia e si avrà a disposizione il prezzo, in seguito alla vendita giudiziale; nell’altro, la conversione sarà, per dir così, anticipata e si avrà l’indennizzo, che ne rappresenta in un certo senso l’equivalente⁵²⁹. Nell’eventualità della vendita giudiziale del bene, ovvero nel passaggio dalla fase sostanziale a quella processuale, l’ipoteca “si risolve” sul prezzo di vendita, il che non è molto diverso da quanto accade negli altri casi di

lo è tuttavia in virtù di legge, per effetto di surrogazione”. L’opinione dell’Autore non pare aver riscosso successo in dottrina; anzi, per alcune osservazioni critiche, si segnala E. PERONACI, *La surrogazione nel diritto civile italiano*, cit., 56.

⁵²⁹ Per l’irrelevanza del mezzo, per dir così, con il quale si addiuviene alla conversione della cosa data in garanzia in danaro, si vedano le brevi, ma fondamentali e illuminanti, osservazioni dell’illustre F. CARNELUTTI, *Conversione in denaro della cosa soggetta a privilegio*, in *Riv. dir. comm.*, 1923, 401. L’opinione, in realtà, era stata già espressa durante i lavori preparatori del Codice Pisanelli e fu invero decisiva per l’introduzione dell’art. 1951 c.c. abr. In particolare, il commissario Niutta, tra i membri favorevoli all’introduzione del principio di surrogazione dell’indennità alla cosa, faceva notare proprio che non v’è differenza alcuna se il danaro si ottiene per mezzo dell’espropriazione oppure per altra via (l’assicurazione per il perimento), poiché il diritto del creditore ipotecario, in definitiva, è quello di far vendere la cosa del debitore e dunque convertire il bene nel suo valore. Le contrapposte opinioni dei membri della commissione sono sinteticamente riportate da E. PACIFICI-MAZZONI, *op. loc. cit.*

“risoluzione” della medesima su una somma di danaro stabiliti dalla legge (artt. 2815 e 2016 c.c.) o di costituzione di un vincolo sull’indennizzo (art. 2742 c.c.), che andrà ripartito tra i creditori. Ad ogni modo, pare evidente come si ricada sempre in un effetto prodotto dalla (originaria) garanzia e spiegabile solo in virtù di quest’ultima⁵³⁰.

La permanenza del medesimo diritto sull’indennizzo, dunque, non significa tentare una forzatura, o, persino, secondo la teoria classica della surrogazione reale, una finzione; più semplicemente, tale permanenza va ricercata non sul piano della struttura della garanzia (ovvero la compatibilità tra danaro, ipoteca o privilegio speciale), bensì sul trattamento che viene riservato all’indennizzo, inteso quale oggetto surrogato alla cosa perita e non ripristinata⁵³¹. Tale trattamento, stando alla lettera dell’art. 2742 c.c., consiste nel “vincolare” le somme “al pagamento”, ossia la loro destinazione alla soddisfazione dei creditori preferiti, come sarebbe stato destinato alla loro soddisfazione il ricavato della vendita giudiziale del bene⁵³²; esso mira altresì a evitare la confusione delle medesime con il patrimonio del debitore. Appare chiaro, dunque, che non è necessaria la costruzione *ex novo* di ulteriori non ben definiti diritti o prelazioni sull’indennizzo, ma è sufficiente muoversi entro i dati già a disposizione.

Negli ordinamenti esteri, come in Spagna e Germania, presso i quali si discorre di “estensione” della garanzia all’indennizzo, è forse più agevole inquadrare tutta la fattispecie nell’ambito dell’originario rapporto, proprio in

⁵³⁰ Si veda, a questo proposito, la condivisibile ricostruzione del fenomeno offerta da C. MAIORCA, voce *Ipoteca (diritto civile)*, cit., 146. L’Autore fa giustamente notare che nel caso dell’art. 2742 c.c. non si tratterà di un vincolo ipotecario propriamente detto, ovvero come quello che sussiste nella fase sostanziale della garanzia, legato al regime della pubblicità, bensì di un vincolo che deriva comunque dalla medesima, ma nel momento di attuazione del diritto, ovvero di realizzazione del credito garantito. Si veda altresì M. FRAGALI, voce *Ipoteca (dir. priv.)*, cit., 817, secondo il quale “l’ipoteca svolgerà la sua funzione su una somma di danaro, ma è sempre ipotecario il vincolo che dal bene gravato si porta sul suo valore pecuniario. È ipotecario non quod naturam, ma perché « è » l’ipoteca”.

⁵³¹ Secondo R. BALLARÍN HERNÁNDEZ, R. EVANGELIO LLORCA, *sub* art. 40, cit., 506, “la permanencia no hay que buscarla en el plano de las estructuras de seguridad o en la correspondiente al crédito privilegiado, sino en el tratamiento de la indemnización como objeto subrogado en lugar de los bienes gravados o afectos al privilegio”.

⁵³² Il dato letterale non può essere affatto trascurato. Non si discorre di vincolo a garanzia delle somme o di altri meccanismi per “attribuire” l’indennizzo ai creditori, bensì s’afferma esplicitamente che quest’ultimo è destinato al pagamento dei soggetti in discorso. Ciò significa che sulla somma si realizza il diritto del creditore, diritto che mantiene la propria fonte nell’ipoteca e non assume si tramuta di certo in un’azione pignorizia. Cfr. ancora C. MAIORCA, voce *Ipoteca (diritto civile)*, cit., 148, e A. MAGAZZÙ, voce *Surrogazione reale*, cit., 1512.

quanto ciò che si estende, di regola, non si estingue. È però evidente che, venuta meno la cosa, ci si trova di fronte alla fase di realizzazione del credito⁵³³.

Per completare la disamina dell'art. 2742 c.c., occorre accennare a un altro effetto della disposizione, ovvero il mantenimento dell'originaria prelazione. L'oggetto della garanzia, come visto, può anche perire ed essere sostituito dall'indennità, ma tale evento non si riflette sulla prelazione, la quale rimane inalterata. L'art. 2742 c.c. specifica difatti che le somme sono vincolate al pagamento "secondo il loro (dei creditori) grado". Sembrerebbe trattarsi, dunque, di un mutamento del destinatario del pagamento, purché sia fatta tempestiva opposizione. In altri termini, il vincolo consiste altresì in un - eventuale - cambiamento del soggetto al quale l'assicuratore dovrà corrispondere quanto pattuito nel contratto d'assicurazione, ferma restando la prelazione di ciascuno.

I creditori, tuttavia, non subentrano nel diritto del debitore a ricevere l'indennità, poiché tale diritto, in virtù del contratto d'assicurazione, spetta solo a colui che è parte assicurata nel medesimo⁵³⁴.

17. Applicabilità della surrogazione dell'indennità alla cosa al risarcimento del danno dovuto dal terzo responsabile

L'art. 2742 c.c. vincola, in favore dei creditori privilegiati, le somme dovute dall'assicuratore per la perdita o per il deterioramento della cosa soggetta a privilegio, pegno o ipoteca. L'indennizzo corrisposto dall'assicurazione, dunque, per dir così, prende il posto della cosa data in garanzia e venuta a mancare. Si ricorderà che disposizioni analoghe sono previste per l'usufrutto e per i beni mobili registrati, ossia navi, aeromobili e soprattutto autoveicoli. Tuttavia, per ciò che concerne il diritto reale di godimento appena richiamato e le automobili, vige una particolarità che non

⁵³³ Anche A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, cit., 418, sembra propendere per la prevalenza dell'"aspetto meramente esecutivo", con la concreta realizzazione del diritto. L'affermazione dell'Autore è certamente corretta, ma bisogna sempre tenere a mente che in tale fase i creditori esercitano sull'indennizzo il medesimo diritto che avrebbero esercitato sul prezzo della vendita giudiziale, per cui il meccanismo surrogatorio fa sì che nei loro confronti il perimento non rilevi.

⁵³⁴ Il fondamento dell'autorizzazione a ricevere il pagamento è stato collocato nell'art. 1188 c.c.: non sarà più l'assicurato a ricevere il danaro, bensì i suoi creditori. Cfr. A. MAGAZZÙ, voce *Surrogazione reale*, cit., 1514. Ma si veda altresì, sembrerebbe in senso sostanzialmente adesivo, A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, cit., 417, testo e nota 60.

è contemplata dall'art. 2742 c.c.: se perisce l'oggetto dell'usufrutto o il veicolo, a questi si sostituisce non solo l'indennizzo dovuto dall'assicuratore per il perimento, bensì anche il risarcimento del danno dovuto dal terzo responsabile per l'evento.

Le disposizioni di riferimento, che stabiliscono quanto appena riportato, sono gli artt. 1017 c.c. e 30, comma 2, r.d. n. 1814 del 1927⁵³⁵. A fronte di questa non trascurabile differenza, si sono posti due interrogativi, relativi *i*) alle ragioni della – apparentemente inspiegabile – divergenza e *ii*) alla possibilità di applicare l'art. 2742 c.c. anche al caso del risarcimento del danno. Con riferimento al quesito *sub i*), non è possibile rispondere con assoluta certezza. È probabile che vi sia stata mancanza di coordinamento nella redazione dei vari libri del codice, per cui nel caso dell'usufrutto, sulla scorta sia del decreto suddetto che della legislazione straniera che si vedrà immediatamente, la surrogazione del risarcimento alla cosa è stata consacrata nell'art. 1017 c.c.⁵³⁶. Sul punto, si segnala una curiosità storica, in riferimento al Progetto di riforma del codice civile, già in circolazione dal 1938, che porterà poi all'attuale codificazione. L'art. 388, comma 3, del Progetto (divenuto poi l'art. 2742 c.c.), prevedeva espressamente che “sono altresì vincolate al pagamento dei detti crediti lo somme dovute per causa di espropriazione forzata per pubblica utilità o di servitù imposta dalla legge e ogni altra somma da chiunque dovuta a titolo di risarcimento di danni, sempre che non venga dal proprietario impiegata nel ripristino della cosa”. Questa addizione rispetto all'art. 1951 c.c. abr. fu accolta con grande favore, come si può leggere nei lavori preparatori⁵³⁷, salvo poi misteriosamente scomparire nel testo definitivo. Con riferimento, invece, al quesito *sub ii*), premesso che, a quanto

⁵³⁵ L'art. 30, comma 2, prevede che “allo stesso pagamento è vincolata la somma dovuta da terzi per danni arrecati all'autoveicolo, come pure l'indennità dovuta dall'assicuratore, qualora il responsabile del danno sia assicurato per i casi di responsabilità civile”. Queste ipotesi non sono contemplate nell'art. 2742 c.c.

⁵³⁶ Affermava, condivisibilmente, G. DEIANA, *Surrogazione dell'indennità alla cosa in usufrutto*, cit., 320 ss., nota 1, che peraltro scriveva a pochi anni dall'entrata in vigore del codice civile, ossia nel 1946, che “non si dimentichi che il codice è stato fatto a puntate!”. Sembra questa la spiegazione più plausibile, poiché non c'è ragione di affermare la surrogazione del risarcimento dovuto dal terzo alla cosa per l'usufrutto e non per il pegno e l'ipoteca. Anche M. FRAGALI, voce *Ipoteca (dir. priv.)*, cit., 819, rileva la mancanza di coordinamento.

⁵³⁷ Cfr. *Osservazioni e proposte sul progetto del libro secondo. Cose e diritti reali*, III, Roma, 1938, 390 ss., in cui tanto la magistratura (Cassazione del Regno e Corti d'appello di Roma, Firenze e Catania), quanto l'avvocatura (all'epoca rappresentata dai Sindacati fascisti) espressero parere favorevole al terzo comma dell'art. 388. Cfr. anche L. COVIELLO, *Delle ipoteche*, in *Codice civile. Secondo libro. Cose e diritti reali. Progetto e relazione*, Roma, 1937, 198.

consta, il problema non si è mai posto nella pratica, si registrano in dottrina opinioni diametralmente opposte. La tesi prevalente – se non altro per numero di sostenitori – è nel senso di negare che il risarcimento del danno possa sostituire la cosa sottoposta a privilegio, pegno o ipoteca ed essere perciò vincolato al pagamento dei creditori garantiti, come lo sono le somme dovute dall'assicuratore. La ragione addotta per motivare questa chiusura è principalmente la natura dell'art. 2742 c.c.: trattandosi di disposizione eccezionale, essa non sarebbe suscettibile di essere applicata a casi che non contempla espressamente⁵³⁸. Diversamente, coloro che, invece, ritengono la surrogazione di cui all'art. 2742 c.c. un principio generale sostengono che qualunque indennità sia dovuta al titolare della cosa (data in garanzia) in conseguenza del danno deve essere vincolata al pagamento dei creditori garantiti. Così come l'indennizzo sostituisce la cosa perita in virtù del contratto d'assicurazione, allo stesso modo il risarcimento del danno la sostituisce in virtù del fatto del terzo⁵³⁹.

Poiché il problema concernente la vigenza del principio generale di surrogazione reale sarà analizzato nel prosieguo, per il momento è possibile riportare le parole di un noto Maestro del diritto commerciale, il quale

⁵³⁸ In questo senso: L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, cit., 239; C. MAIORCA, voce *Ipoteca (diritto civile)*, cit., 149; D. RUBINO, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 18; A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, cit., 418 ss.; A. CHIANALE, *L'ipoteca*, cit., 322; tutti argomentando dall'eccezionalità dell'art. 2742 c.c. o dall'assenza in quest'ultimo di una specifica previsione per il risarcimento del danno. L'ultimo Autore, in particolare, ritiene che il creditore possa convenire in giudizio il terzo responsabile non per la diminuzione del valore del bene, bensì per il danno consistente nell'eventuale impossibilità di soddisfarsi per intero in sede di espropriazione. Dunque – prosegue l'Autore –, in caso di deterioramento del bene ipotecato, il creditore deve attendere il riparto dopo la vendita forzata e solo allora può agire contro il terzo. Sotto la vigenza del Codice Pisanelli, cfr. L. COVIELLO, *Delle ipoteche nel diritto civile italiano*, cit., 453, testo e nota 2.

⁵³⁹ Questa tesi è stata autorevolmente sostenuta da F. CARNELUTTI, *Conversione in denaro della cosa soggetta a privilegio*, cit., 400, e G.P. CHIRONI, *Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno*, cit., II, 644, secondo il quale “la legge lo applica (l'art. 1951 c.c. abr. ndr) espressamente ai casi di indennità d'assicurazione, di espropriazione forzata per pubblica utilità, di servitù necessaria, di riscatto enfiteutico; ma certo è, che comporta per la sua intrinseca virtù l'estensione ora descritta, e perciò, qualunque indennità sia dovuta al titolare della cosa in conseguenza di danno ch'essa abbia sofferto, ne rappresenta il valore, e rimpetto a chi vi avesse o v'abbia diritto di sicurtà reale sostituisce la cosa stessa. Si ha in ciò un modo della sostituzione oggettiva”. Anche G. DONADIO, voce *Perimento*, cit., 459 sosteneva che “il diritto all'indennità compete [...] nei riguardi di qualunque indennità che, nel patrimonio del debitore, proprietario dell'immobile ipotecato, abbia preso le veci di questo”. In termini dubitativi, nella dottrina presente, P. GALLO, *sub Art. 2742*, cit., 954, si domanda per quale ragione il legislatore non abbia esteso l'art. 2742 c.c. “ad altri possibili cespiti patrimoniali che a vario titolo possono sostituirsi al bene originario”, tra i quali egli annovera il risarcimento dovuto dal terzo ex art. 2043 c.c.

afferitava che “questa regola (l’art. 1951 c.c. abr. *ndr*) consacrata come un’eccezione a favore dei creditori privilegiati e ipotecari senza la forza espansiva dell’analogia, lascia aperta la via a gravissimi guai”⁵⁴⁰. Le indicazioni lasciate dall’illustre Autore consentono qualche osservazione sulla tesi oggi prevalente.

La *ratio iuris* che accomuna gli artt. 1017 e 2742 c.c. pare essere la medesima, almeno con riferimento all’intento “conservativo” per il caso del perimento. Il meccanismo surrogatorio, per impedire che l’evento distruttivo sacrifichi la posizione del creditore, stabilisce la surrogazione della cosa venuta a mancare con un bene “sostituto”. A parità di evento, tuttavia, se il terzo distrugge il bene oggetto d’usufrutto, l’usufruttuario potrà godere dei frutti prodotti dalla somma che deve essere corrisposta a titolo di risarcimento; se, invece, egli distrugge un bene ipotecato, il creditore garantito non potrà giovare del vincolo di cui all’art. 2742 c.c.⁵⁴¹. Non pare che vi siano ragioni per differenziare la disciplina nei casi anzidetti. A conferma di quanto qui si sostiene, è possibile volgere lo sguardo al contesto europeo.

Innanzitutto, la prima *Loi Hypothécaire* belga del 1851, all’art. 10, stabiliva che “toute indemnité due par des tiers, à raison de la perte, détérioration ou perte de valeur de l’objet grevé de privilège ou d’hypothèque, est affectée au paiement des créances privilégiées ou hypothécaires, selon le rang de chacune d’elles, si elle n’est pas appliquée par eux à la réparation de cet objet”. Come si ricorderà, questa legge fu la prima in Europa a sancire la surrogazione dell’indennità alla cosa, con una formulazione tale da consentire di ricomprendere nel suo ambito d’applicazione anche il risarcimento dovuto dal terzo. Non a caso, molte legislazioni di *fin de siècle* presentano un contenuto di analoga ampiezza, come quella spagnola. L’art. 109 *Ley Hipotecaria*, nonché tutte le disposizioni simili del *Código civil* e della *Ley Contrato de Seguro*, stabilisce che l’ipoteca si estende a tutte le “indemnizaciones concedidas o debidas al propietario por razón de los bienes hipotecados”⁵⁴². Questa ampia formulazione copre non solo le somme dovute dall’assicuratore, bensì anche

⁵⁴⁰ Il riferimento è a C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, cit., 426.

⁵⁴¹ M. FRAGALI, voce *Ipoteca (dir. priv.)*, cit., 818 ss., sostiene decisamente la surrogazione del risarcimento al bene dato in garanzia e perito per opera del terzo, per le stesse ragioni di cui al testo.

⁵⁴² Anche la *Ley de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de la posesión*, all’art. 63, comma 2, prevede che “la pérdida o deterioro de dichos bienes dará derecho a la indemnización correspondiente, exigible a los responsables del daño y, en su caso, a la entidad aseguradora”.

quelle dovute dal terzo responsabile. È difatti opinione comune nella dottrina spagnola che il principio surrogatorio si applichi al risarcimento che l'autore del danno deve corrispondere al proprietario della cosa data in garanzia, sempreché il sinistro sia avvenuto dopo la costituzione di quest'ultima e non rientri tra le ipotesi già coperte dall'assicurazione eventualmente stipulata per proteggere la cosa⁵⁴³. Infine, si segnala l'art. 804, comma 1, ZGB, che non distingue la provenienza del danaro – se dall'assicurazione, dallo stato, o dal terzo – sancendo in ogni caso la surrogazione dell'indennità alla cosa.

In definitiva, dunque, l'art. 2742 c.c. dovrebbe essere applicato anche al caso del risarcimento del danno, qualora il perimento del bene oggetto di pegno o ipoteca venga distrutto dall'attività dolosa o colposa del terzo. Non si ritiene che vi siano ragioni che possano giustificare la disparità tra il caso dell'automobile e di tutti gli altri beni dati in garanzia; le esperienze straniere dimostrano altresì che è ben possibile surrogare la somma dovuta dal responsabile del danno alla cosa venuta a mancare⁵⁴⁴. Così come il creditore ha diritto a ricevere l'indennità, egli dovrebbe avere ugualmente diritto a ricevere il risarcimento, poiché quest'ultimo entra nel patrimonio del debitore quale “sostituto” della cosa che il terzo ha distrutto.

Le ricadute in termini pratici di quanto qui si sostiene si rivelano in caso di fallimento del soggetto passivo: essendo il risarcimento “vincolato” al pagamento del creditore ipotecario, si evita che quest'ultimo entri nel patrimonio del debitore e vada a vantaggio di tutti i creditori chirografari.

Con riferimento al procedimento da seguire in caso di distruzione per opera del un terzo della cosa data in garanzia, essendo pressoché certa l'instaurazione di un giudizio per l'accertamento della sua responsabilità,

⁵⁴³ Il principio pare pacifico. Si vedano, a questo proposito: J.M. CHICO Y ORTIZ, *Estudios sobre derecho hipotecario*, cit., 1401; R.M. ROCA SASTRE, L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario*, cit., 19; A. CARRASCO PERERA, E. CORDERO LOBATO e M.J. MARÍN LÓPEZ, *Tratado de los derechos de garantía*, cit., 775; B. CAMY SÁNCHEZ-CANETE, *Comentarios a la legislación hipotecaria*, cit., 501.

⁵⁴⁴ A. MARINELLI, *Rapporto nazionale italiano*, cit., E1/108, dopo aver escluso che per il caso dell'autoveicolo si tratti di surrogazione reale, qualifica il vincolo dell'indennizzo dovuta a titolo di responsabilità civile come una “destinazione specifica” del credito risarcitorio corrispondente al debito del terzo, ovvero di un credito che al proprietario dell'autoveicolo compete in qualità di danneggiato e non di assicurato. A parte l'evidente analogia dei termini tra l'art. 2742 c.c. e l'art. 30 r.d. 1814 del 1927 (si discorre in entrambi di “vincolo” delle somme), non è ben chiaro quale sia l'utilità di attribuire al caso particolare dell'automobile una qualificazione diversa da quella in termini di surrogazione dell'indennità alla cosa. Tanto è vero che il medesimo Rapporto aggiunge poi che “nella sostanza, peraltro, il risultato economico è sempre quello di un vincolo a favore dei creditori garantiti”.

nonché del *quantum* dovuto, è possibile immaginare l'intervento del creditore garantito in detto procedimento, per far valere il suo diritto *ex art. 2742 c.c.*; qualora si tratti di una cosa immobile, è difficile immaginare che al responsabile del danno si applichi il comma secondo della disposizione appena richiamata (non essendo egli tenuto a conoscere i gravami che pendono sulla medesima e, tantomeno, a notificare l'evento), ma è altresì altamente improbabile che in caso di perimento dell'immobile il creditore ipotecario non lo venga a sapere e non si attivi per salvaguardare le proprie ragioni.

18. Trasferimento dell'ipoteca su un'altra cosa o sua "risoluzione" su una somma di danaro

L'art. 2742 c.c. non esaurisce le ipotesi in cui il bene originariamente dato in garanzia viene sostituito da un altro. Con particolare riferimento all'ipoteca, la legge individua almeno altri due casi in cui la cosa subisce un mutamento, perché *i*) il rapporto ipotecario giunge, per una causa diversa dal perimento, alla fase attuativa del credito, oppure *ii*) si verificano eventi che necessitano ugualmente dell'individuazione di un bene nuovo, ma che comunque non impongono il sacrificio delle ragioni del creditore. Movendo proprio da questi ultimi, si può richiamare l'art. 2825, comma 2, c.c., a norma del quale, se nella divisione della proprietà comune sono assegnati a un partecipante beni diversi da quello da lui ipotecato, l'ipoteca si trasferisce su questi altri beni.

La legge, in breve, determina il trasferimento della garanzia reale da una cosa a un'altra. Si badi però che nel caso in esame non si tratta evidentemente di perimento materiale o giuridico, bensì solo di una vicenda che attiene al normale svolgimento della situazione di cui è oggetto il bene vincolato⁵⁴⁵. L'art. 2825, comma 2, c.c. offre poi almeno due elementi per ritenere che, nonostante questa vicenda modificativa, si tratti sempre della medesima ipoteca. In primo luogo, è stabilito che si mantiene il grado derivante dall'originaria iscrizione; in secondo luogo, che il trasferimento avviene sempre nei limiti del valore del bene in precedenza ipotecato⁵⁴⁶.

⁵⁴⁵ Cfr. M. FRAGALI, voce *Ipoteca (dir. priv.)*, cit., 819 ss.

⁵⁴⁶ Riconoscono che si tratti sempre della medesima ipoteca: A. CHIANALE, *L'ipoteca*, cit., 324; P. BOERO, *Le ipoteche*, cit., 322 ss.; e C. MAIORCA, voce *Ipoteca (diritto civile)*, cit., 147, secondo il quale si tratta della stessa garanzia "modificata".

Analogamente accade nel caso dell'art. 853, comma 3, c.c., per il riordino della proprietà rurale. Le ipoteche che non siano costituite su tutti i terreni dello stesso proprietario, stabilisce la disposizione, sono trasferite sul fondo di nuova assegnazione, per una quota corrispondente in valore ai terreni su cui erano costituite⁵⁴⁷.

Quanto, invece, ai casi *sub i*), occorre guardare agli artt. 2815, commi 1 e 2, 2816, comma 1, e 2825, comma 4, c.c., che costituiscono le principali ipotesi di "risoluzione" dell'ipoteca su una somma di danaro. Nei primi due si dispone che le ipoteche iscritte sul diritto di enfiteusi, di nuda proprietà e di superficie si risolvono, in determinate ipotesi, sul corrispettivo dovuto all'enfiteuta, al concedente l'enfiteusi oppure al superficiario. Nell'ultimo, invece, si legge che se al partecipante (alla comunione divisa) sono assegnati beni diversi da quelli ipotecati o ceduti, i creditori muniti di tali garanzie possono far valere le loro ragioni anche sulle somme a lui dovute per conguagli o, qualora sia stata attribuita una somma di danaro in luogo di beni in natura, possono far valere le loro ragioni su tale somma.

Intervengono quindi delle cause di estinzione dell'ipoteca, alle quali il legislatore connette però un effetto ben preciso, ovvero la risoluzione della medesima su una somma di danaro. Tale effetto non è molto diverso da quello determinato dall'art. 2742 c.c., ovvero significa che la somma così individuata dalla legge è vincolata al pagamento del creditore preferito⁵⁴⁸.

19. Collocazione dell'art. 2742 c.c. tra le disposizioni generali sulla responsabilità patrimoniale. Una prima conclusione

Nelle pagine che precedono si è cercato di mettere in luce l'origine storica e l'importanza del principio della surrogazione dell'indennità alla cosa nei diritti reali di godimento e di garanzia. Il meccanismo surrogatorio si pone, senza dubbio, a tutela dell'interesse del titolare del diritto reale, nei confronti

⁵⁴⁷ L'art. 853 c.c. nulla dispone circa le formalità pubblicitarie. Si ritiene applicabile per analogia l'art. 2825 c.c. Cfr. A. CHIANALE, *op. loc. cit.*, e P. BOERO, *Le ipoteche*, cit., 323.

⁵⁴⁸ Ritiene C. MAIORCA, voce *Ipoteca (diritto civile)*, cit., 148 ss., che si tratti di un "particolare vincolo", in seguito alla "trasformazione" del bene nel suo equivalente pecuniario, sul quale potrà rifarsi il creditore. Egli ritiene altresì che si tratti di un'ipotesi di surrogazione reale impropria. Aderiscono a questa tesi anche M. FRAGALI, voce *Ipoteca (dir. priv.)*, cit., 817 ss., e M. ESU, voce *Surrogazione reale*, cit., 10. Secondo A. CHIANALE, *L'ipoteca*, cit., 326, invece, si avrebbe l'estinzione dell'ipoteca e la conversione del diritto in pegno, anche se, secondo l'Autore, il titolo costitutivo della prelazione rimarrebbe quello della prima.

del quale l'evento del perimento diviene del tutto irrilevante, poiché egli può continuare a esercitarlo sulla cosa "nuova".

Occorre però precisare che talvolta tale esercizio può proseguire immutato, come nel caso dell'usufrutto: l'usufruttuario, ad esempio, da che poteva trarre tutte le utilità dall'immobile, grazie al meccanismo surrogatorio, trarrà tutte le utilità da una somma di danaro, il che non vuol dire altro che ne percepirà i frutti. Oppure, per il caso dell'ipoteca, egli potrà vantare esattamente la medesima garanzia sul bene venuto meno e successivamente ricondotto allo stato originario, mediante l'impiego dell'indennizzo assicurativo. Talaltra, invece, l'evento del perimento impone necessariamente un'anticipazione e una compressione delle normali vicende che riguardano l'oggetto della garanzia. Così, se l'oggetto dell'ipoteca perisce e non si procede alla riedificazione, si apre sulla somma che prende il posto della cosa la fase del concorso, come se la medesima fosse stata venduta giudizialmente.

Come si è tentato di illustrare, avviene in questi casi un fenomeno di "trasformazione" economica del bene nel suo equivalente pecuniario, le cui modalità - ovvero la distruzione e la conseguente corresponsione dell'indennizzo - non interessano il creditore, poiché egli non aveva diritto a una cosa specifica e determinata, bensì a un valore. A seguito di tale trasformazione, la legge continua ad attribuire al soggetto attivo garantito una condizione equivalente a quella precedente il sinistro: egli potrà infatti rifarsi sulla somma di danaro - come si sarebbe soddisfatto sul ricavato della vendita -, mantenendo la prelazione originaria.

Si ritiene che questo duplice effetto possa essere spiegato senza ricorrere a costruzioni eccessivamente rifinite, come l'estinzione del diritto originario e la contestuale nascita di un altro non meglio specificato, o persino la conversione del primo in un pegno o in una nuova prelazione. Pare molto più lineare, invece, ritenere che il creditore continui a esercitare tutte le facoltà di cui disponeva prima, compatibilmente con le caratteristiche intrinseche del "nuovo" oggetto della garanzia, come ad esempio il danaro. Non è perciò necessario spendersi per conciliare ipoteca e bene mobile - e non si vuole nemmeno sostenere che lo siano, in evidente contrasto con il dato normativo -, ma, piuttosto, ci si deve soffermare sul trattamento che viene riservato all'indennizzo e al creditore, nei confronti del quale è innegabile che il meccanismo surrogatorio renda "indistruttibile", almeno in senso giuridico, la garanzia. Dunque, stabilire la risoluzione dell'ipoteca sul danaro, o il vincolo

di quest'ultimo in favore del soggetto attivo, significa tutelare nella massima maniera possibile il creditore, poiché determinati eventi divengono per lui del tutto irrilevanti e, anzi, contrariamente a quanto si riteneva unanimemente in passato, lo collocano nelle medesime condizioni di quello che non ha visto venir meno la garanzia.

Nonostante le difficoltà con le quali si è giunti all'affermazione della surrogazione dell'indennità alla cosa, attualmente, fatta eccezione per l'Inghilterra, i paesi europei maggiormente rappresentativi conoscono tutti il principio in discorso, sebbene con alcune inevitabili differenze di non poco conto, a cominciare dalla collocazione. Il codice civile italiano, difatti, stabilisce il principio della surrogazione tra le disposizioni generali della responsabilità patrimoniale. Tale posizionamento potrebbe forse far ritenere l'intenzione del legislatore di attribuire a tale regola una portata, appunto, generale, nel senso di formulare un principio di surrogazione reale. Questo aspetto non può essere ignorato, giacché il codice Pisanelli e i codici civili di Spagna e Germania, precedenti al nostro, già conoscevano il medesimo principio, ma lo regola(va)no nella parte riguardante l'ipoteca. Il legislatore del millenovecento quarantadue, avendo a disposizione almeno questi tre esempi ai quali ispirarsi, senza contare poi le innumerevoli disposizioni particolari nella legislazione speciale (autoveicoli, danni di guerra, espropriazione per pubblica utilità e via discorrendo), avrebbe potuto emularli e confinare la regola della surrogazione nello stesso luogo.

Eppure, così non è stato; ma non è questo il momento per verificare l'esistenza e la portata di un principio generale, anche se quanto precede e le esperienze straniere depongono evidentemente in suo favore. L'esempio italiano è stato in parte seguito dal *Código civil y comercial* argentino, che ha inserito l'art. 2194, peraltro rubricato proprio *Subrogación real*, tra le *disposiciones comunes* della parte relativa ai *derechos reales de garantía*.

Come si diceva, anche in Francia esiste la surrogazione dell'indennità alla cosa, ma lì si è ritenuto d'inserirla nella legge sulle assicurazioni, a seguito di numerose previsioni specifiche, relative a differenti beni. La Spagna, dal canto suo, conta invece ben tre enunciazioni della regola: nel codice civile, nella legge sull'ipoteca e in quella sull'assicurazione, anche se con le particolarità che si è cercato di illustrare.

Dai brevi cenni comparatistici, poi, emerge che la configurazione del diritto del creditore nel caso di sinistro che colpisce la cosa assicurata non è

uniforme ovunque e in questo la Francia si differenzia ancora una volta, poiché pare essere l'unico luogo, a quanto consta, dove al soggetto attivo spetta un'azione diretta contro la compagnia d'assicurazioni; azione diretta che invece sembra doversi escludere presso di noi.

Quanto alle varie teorie che sono state proposte circa l'art. 2742 c.c., soprattutto nel più discusso caso del mancato reimpiego delle somme per riparare o ripristinare la cosa, si ritiene che non sia necessario spendersi nel trovare una giustificazione al mantenimento dell'originaria ipoteca sull'indennizzo, poiché non pare essere quello il versante corretto dal quale osservare la disposizione. L'art. 2742 c.c., piuttosto, deve essere osservato dal lato trattamento che riserva all'indennizzo, vincolandolo al soddisfacimento dei creditori, i quali, anziché dividersi il ricavato della vendita del bene, si divideranno la somma corrisposta dall'assicuratore, mantenendo ciascuno la propria prelazione. Essi, inoltre, eserciteranno sulla medesima tutti i diritti che avrebbero potuto esercitare sul bene venuto meno: questo si ritiene essere il senso della surrogazione dell'indennità alla cosa.

L'art. 2742 c.c., come anche le altre disposizioni richiamate, dunque, si pone in linea con le finalità conservative dell'istituto della surrogazione reale. Dal lato passivo, il debitore riceve credito con maggiore facilità, poiché la surrogazione dell'indennità alla cosa rende più sicura la restituzione del danaro, mettendo al riparo la garanzia da eventi pregiudizievoli; dal lato attivo, invece, il creditore può sempre fare affidamento sull'indennizzo.

Capitolo IV

Aspetti problematici della surrogazione reale

SOMMARIO: 1. Introduzione. Sostituzione convenzionale della cosa: questioni aperte - 2. Sostituzione delle cose personali del coniuge in regime di comunione legale - 2.1. *Ratio*, presupposti e modo d'operare della sostituzione - 3. Sostituzione della cosa oggetto del pegno e dell'ipoteca. Premessa - 3.1. Storia della "crisi" delle garanzie reali: progressivo abbandono del principio di specialità e, con particolare riferimento al pegno, dello spossessamento in Francia, Spagna e Germania - 3.2. Sostituzione della cosa oggetto della garanzia pignoratizia. Evoluzioni legislative e autonomia privata - 3.3. Patto di rotatività e surrogazione reale convenzionale - 3.4. Surrogazione reale nel "nuovo" pegno non possessorio - 3.5. Sostituzione della cosa oggetto della garanzia ipotecaria - 4. Separazione patrimoniale e surrogazione reale - 4.1. Perimento e trasformazione della cosa e mantenimento del vincolo originario - 4.2. Sostituzione convenzionale della cosa e mantenimento del vincolo originario - 4.3. Onere di reimpiego e pubblicità - 5. Vigenza di un principio generale: "indistruttibilità" giuridica della cosa e continuazione "economica" del diritto sul suo equivalente pecuniario

1. Introduzione. Sostituzione convenzionale della cosa: questioni aperte

Nei capitoli precedenti sono state esaminate le principali applicazioni della surrogazione reale, in relazione ai rapporti obbligatori e ai diritti reali di godimento e garanzia.

Dalla sommaria disamina che è stata compiuta emergono almeno tre tratti essenziali del fenomeno surrogatorio, comuni agli ambiti anzidetti. In primo luogo, il venir meno, nel senso più generico possibile, della cosa sulla quale doveva esercitarsi il diritto, perché alienata indebitamente, perita materialmente, oppure acquisita d'imperio dallo Stato. In secondo luogo, un fenomeno di "trasformazione", imposto evidentemente dalla sopravvenuta mancanza della *res*, in virtù del quale subentra una cosa nuova su cui far valere il diritto. In terzo luogo, infine, la "conservazione" della situazione giuridica preesistente, che altrimenti dovrebbe estinguersi per assenza dell'oggetto.

Si tratta sempre, ad ogni modo, di momenti, per dir così, patologici dello svolgimento del rapporto, ovvero momenti nei quali la componente

materiale del diritto viene a mancare per cause indipendenti dalle parti e occorre individuare un bene "sostituito". Il meccanismo surrogatorio, dunque, con la sua finalità precipuamente conservativa, interviene per evitare che il rapporto s'estingua e che venga sacrificato l'interesse del creditore, o comunque di colui che poteva vantare una pretesa sulla cosa venuta meno.

Le ipotesi esaminate in precedenza, tuttavia, non esauriscono affatto il novero di quelle riconducibili alla surrogazione reale, poiché, se si guarda con più attenzione alle disposizioni codicistiche, ci si rende conto che il legislatore ha previsto l'applicazione del meccanismo surrogatorio non solo a casi, come detto pocanzi, patologici, bensì anche quando un bene, sottoposto a un particolare regime giuridico, viene sostituito per volontà delle parti durante il normale svolgimento del rapporto, ma tale sostituzione non importa il mutamento di detto regime, nel senso che la cosa nuova sarà anch'essa sottoposta al medesimo.

Il caso al quale ci si riferisce è l'art. 179, comma 1, lett. f), c.c., a norma del quale non costituiscono oggetto della comunione i beni acquisiti con il prezzo del trasferimento dei beni personali del coniuge o col loro scambio, purché ciò sia espressamente dichiarato all'atto dell'acquisto. La normativa sul regime patrimoniale della famiglia, dunque, giustamente, prevede che nel corso del matrimonio il patrimonio personale del soggetto coniugato possa subire dei mutamenti e si preoccupa di specificare che la "sostituzione" dei beni che ne fanno parte con altri rende parimenti personali quelli di nuova acquisizione.

Nel prosieguo si vedrà che anche la lett. f) dell'art. 179 c.c. è ritenuta dalla dottrina maggioritaria un'applicazione della surrogazione reale, poiché l'attributo della personalità della cosa, dal quale discendono evidentemente una serie di conseguenze, prima di tutto sul piano dell'amministrazione e della responsabilità patrimoniale del coniuge e sull'eventuale concorso con quella della comunione, si mantiene immutato sul bene che va a sostituire quello originariamente personale.

La disposizione specifica però che l'effetto surrogatorio si produce solo in presenza di una precisa dichiarazione da parte di colui che intende avvalersene, per cui, nel tentativo di collocare la fattispecie in analisi in un'ipotetica classificazione della surrogazione reale, si potrebbe affermare che essa rientra in quella di fonte convenzionale, giacché tale effetto non è automatico, come nelle ipotesi esaminate nei capitoli precedenti, bensì si

produce solo in seguito a una manifestazione di volontà. A ben vedere, tuttavia, si vedrà che il requisito soggettivo della dichiarazione non è richiesto sempre e comunque, potendosi individuare alcuni casi, rientranti nella previsione dell'art. 179, comma 1, lett. f), c.c., in cui l'effetto surrogatorio si produce automaticamente. Per tale ragione, non pare del tutto corretto collocare la disposizione da ultimo richiamata nella surrogazione reale convenzionale, ma sembra trattarsi piuttosto di un'ipotesi *border line*, la cui trattazione è stata volutamente posta sotto gli aspetti problematici dell'istituto, proprio in virtù di quel requisito soggettivo che si vedrà essere stato previsto per perseguire determinate finalità.

Ad ogni modo, per il momento si possono mettere in rilievo i seguenti due elementi: in primo luogo, un "vincolo" - sia consentita la genericità dell'espressione - che attiene a una cosa, come ad esempio la sua "personalità" nella comunione legale, nel senso che rispetto a determinati creditori non è, almeno immediatamente, aggredibile; in secondo luogo, la facoltà di sostituire detto bene con un altro, lasciando immutato tale "vincolo". L'esempio dell'art. 179 c.c. consente di allargare la riflessione a tutti i casi in cui un bene è sottoposto a un particolare regime giuridico, ossia quand'è, in senso lato, "destinato" a uno scopo, che potrebbe essere quello di garanzia (pegno e ipoteca), o di perseguimento di una finalità specifica (atti di destinazione, patrimoni separati o destinati e via discorrendo). Ebbene, in questi ambiti, è legittimo interrogarsi se sia consentito alle parti pattuire l'effetto surrogatorio, in modo da prevedere la sostituzione della *res*, senza perdere i benefici del regime giuridico alla quale era sottoposta quella sostituita.

Il quesito può essere allargato a tutti i casi di separazione patrimoniale⁵⁴⁹, ma non solo. Ad esempio, un problema simile a quello appena illustrato s'è posto, oramai qualche decennio addietro, in relazione al pegno rotativo, ovvero alla possibilità di sostituire la componente materiale del diritto reale di garanzia mantenendo la prelazione della prima data di costituzione, di modo che le successive sostituzioni dell'oggetto non vadano a provocare un fenomeno di tipo novativo.

La fattispecie del pegno rotativo, che sarà esaminata nel prosieguo, viene in genere spiegata, salvo alcune opinioni contrarie, mediante il ricorso

⁵⁴⁹ Recenti indagini mostrano un interesse per il rapporto tra la separazione patrimoniale e la surrogazione reale. Si segnala, a questo proposito, il pregevole contributo di L. BALLERINI, *Patrimoni separati e surrogazione reale. Il patto di sostituzione*, cit.

alla surrogazione reale. È noto che la rotatività della garanzia è stata imposta dalla necessità di superare l'ostacolo dello spossessamento, richiesto per il pegno tradizionale, che si traduceva in una sostanziale immobilità e improduttività del bene mobile, con evidente sacrificio dell'attività d'impresa. Si potrebbe immaginare, sulla scia di quanto avvenuto in relazione al pegno, il medesimo meccanismo per l'ipoteca, ovvero la sostituzione della cosa ipotecata con un'altra, mantenendo inalterato il rapporto originario⁵⁵⁰. Anche per la garanzia ipotecaria, difatti, potrebbero presentarsi esigenze di sostituzione del bene.

2. Sostituzione delle cose personali del coniuge in regime di comunione legale

La lett. f) dell'art. 179, comma 1, c.c. stabilisce che non costituiscono oggetto della comunione i beni acquisiti con il prezzo del trasferimento dei beni personali del coniuge o con il loro scambio, purché ciò sia espressamente dichiarato all'atto dell'acquisto; aggiunge il comma 2 che l'acquisto di beni immobili, o di mobili elencati nell'articolo 2683 c.c., effettuato dopo il matrimonio, è escluso dalla comunione, ai sensi delle lettere c), d) ed f) del comma primo, quando tale esclusione risulti dall'atto di acquisto, se di esso sia stato parte anche l'altro coniuge.

La formulazione attuale dell'art. 179 c.c. esprime il principio c.d. di surrogazione dei beni personali con altri beni personali⁵⁵¹. Non si tratta di

⁵⁵⁰ Per lunghissimo tempo la sostituibilità della cosa gravata da ipoteca è stata ritenuta unanimemente inammissibile, a meno di voler ricorrere alla costituzione di un nuovo rapporto ipotecario. Ultimamente, invece, A. GENOVESE, *Il trasferimento dell'ipoteca. Vicende del rapporto ipotecario*, cit., ha tentato di dimostrare il contrario. L'intento dell'Autore è senz'altro condivisibile, anche se non convince del tutto il ricorso alla figura della novazione, anziché quella della surrogazione reale, per spiegare la sostituzione del bene. Per l'approfondimento di questo aspetto cfr. *infra* par. 3.5.

⁵⁵¹ Per tutti, L.A. SCARANO, *I beni acquistati con il prezzo o lo scambio di beni personali* (art. 179 lett. f) c.c.), in *La comunione legale*, a cura di C.M. Bianca, I, Milano, 1989, 521, testo e nota 6. In argomento, si segnalano altresì: C.M. BIANCA, *Diritto civile*, II, 1, *La famiglia*, 6^a ed., Milano, 2017, 94 ss.; L. BARBIERA, *La comunione legale*, 2^a ed., in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, III, 2, *Persone e famiglia*, Torino, 1996, 451 ss.; G. A. BECCARA, *I beni personali*, in *Trattato di diritto di famiglia*, 2^a ed., diretto da P. Zatti, III, *Regime patrimoniale della famiglia*, a cura di F. Anelli e M. Sesta, Milano, 2012, 249 ss.; A. BARENGHI, *Note sugli acquisti individuali per surrogazione del coniuge in comunione legale*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 141 ss.; E. RUSSO, *L'oggetto della comunione legale e i beni personali*, in *Il codice civile. Commentario*, a cura di P. Schlesinger, sub Artt. 177-179, Milano, 1999, 217 ss.; A. TULLIO, *I beni personali*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da G. Bonilini, II, *Il regime patrimoniale della famiglia*, Milano, 2016, 1278 ss.; F. CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F.

un'innovazione introdotta dalla riforma del diritto di famiglia del 1975, bensì dell'attualizzazione di una regola molto più risalente, che ha trovato generalizzazione per la prima volta nel Codice Napoleone, con riferimento però all'istituto della dote⁵⁵². Tale principio è passato, naturalmente, prima alle codificazioni preunitarie e poi a quella nazionale, le quali, salvo lievi divergenze, sulla scia del modello francese, prevedevano tutte la possibilità di vendere l'immobile dotale e reinvestire il ricavato in un altro immobile, che avrebbe ricevuto la medesima qualità⁵⁵³.

Il sistema dotale, scomparso, a quanto consta, da tutti gli ordinamenti europei più rappresentativi⁵⁵⁴, presenta chiaramente numerose differenze rispetto agli odierni regimi patrimoniali della famiglia. Il principio surrogatorio, tuttavia, eccezion fatta per alcuni aspetti minori, è rimasto tutto sommato immutato, con ciò intendendosi che come l'impiego di risorse dotati avrebbe attribuito tale qualità ai nuovi acquisti, parimenti avviene oggi per lo scambio della proprietà personale dei coniugi. Principio surrogatorio che trova una conferma letterale nel disposto del *Code civil*, all'art. 1406, comma 2, a norma del quale "forment aussi des propres, par l'effet de la subrogation réelle, les créances et indemnités qui remplacent des propres, ainsi que les biens acquis en emploi ou remploi, conformément aux articles 1434 et 1435". La disposizione è solo parzialmente sovrapponibile al nostro art. 179, comma 1, let. f), c.c. e giustamente aggiunge, a differenza di quest'ultimo, che anche i crediti e le indennità che rimpiazzano cose personali divengono tali, facendo

Messineo, continuato da L. Mengoni, V, 1, *I rapporti patrimoniali tra coniugi. La comunione legale*, Milano, 1979, 112 ss.; G. GABRIELLI, M.G. CUBEDDU, *Il regime patrimoniale dei coniugi*, Milano, 1997, 47 ss.

⁵⁵² L'art. 1559 c.c. francese, soppresso insieme a tutto l'istituto della dote, disponeva che "l'immeuble dotal peut être échangé, mais avec le consentement de la femme, contre un autre immeuble de même valeur, pour les quatre cinquièmes au moins, en justifiant de l'utilité de l'échange, en obtenant l'autorisation en justice, et d'après une estimation par experts nommés d'office par le tribunal"; proseguiva poi il comma 2, "dans ce cas, l'immeuble reçu en échange sera dotal; l'excédant du prix, s'il y en a, le sera aussi, et il en sera fait emploi comme tel au profit de la femme". L'immobile dotale, dunque, previa autorizzazione della moglie e del tribunale e al ricorrere di un giusto motivo, poteva essere scambiato con un altro, il quale avrebbe assunto a sua volta la qualità di dotale.

⁵⁵³ Si segnalano gli artt. 1432 e 1433 c.c. estense, 1338 e 1339 c.c. sabauda, 1346 e 1355 c.c. parmense e 1376 c.c. Regno delle Due Sicilie. Quanto al Codice Pisanelli, si vedano gli artt. 1403 e 1406.

⁵⁵⁴ Per una panoramica sul punto e sui vari regimi patrimoniali della famiglia in Europa, anche in prospettiva comparatistica, si vedano M. RHEINSTEIN, M.A. GLENDON, *Interspousal relations*, in *International encyclopedia of comparative law*, IV, *Persons and family*, cit., 2004, 31 ss.

così applicazione di un meccanismo vagamente assimilabile a quello dell'art. 2742 c.c., previsto per il perimento delle garanzie reali.

L'attribuzione della qualità di bene personale attraverso il meccanismo surrogatorio rientra in quella che in Francia si suole definire come *préservation de l'intégrité de la masse*, con ciò intendendosi che si vuole evitare al titolare di tale massa – nella specie, il patrimonio personale – la perdita del suo diritto in caso *disparition juridique ou matérielle des éléments qui la composent*⁵⁵⁵. Il principio non opera in modo differente da quanto già visto in tema di eredità giacente, in cui si considera appartenente a detta eredità tutto ciò che viene acquistato con mezzi della medesima (si veda, ad esempio, il § 2019 BGB). Come si avrà modo di approfondire in relazione alla separazione patrimoniale in generale, la surrogazione reale anche qui conferma il suo carattere eminentemente conservativo, nel senso che le vicende che colpiscono il bene – non solo quelle sfavorevoli (perimento, espropriazione, ecc.), bensì anche quelle attinenti al suo normale utilizzo (vendita e reinvestimento del ricavato) – non comportano la perdita della “qualità” che spettava al bene originario. Ad ogni modo, volgendo lo sguardo ad altri sistemi, si troveranno ulteriori conferme dell'esistenza di quanto appena riportato.

In Spagna, ad esempio, il *Código civil* stabilisce il principio surrogatorio non solo per i beni personali (art. 1346 c.c. spagnolo), ma anche per quelli facenti parte della comunione (art. 1347 c.c. spagnolo), nel senso che le due categorie è come se seguissero binari separati: è personale tutto ciò che va a sostituire un bene personale; è comune tutto ciò che va a sostituire un bene comune. Con riferimento a quest'ultimo caso, sono considerati *bienes gananciales* dal n. 3 della disposizione da ultimo richiamata tutte le cose acquisite mediante l'impiego o il reimpiego di beni comuni ai coniugi⁵⁵⁶.

⁵⁵⁵ Si esprimono in questi termini E. SAVAUX, B. GRIMONPREZ, voce *Subrogation réelle*, cit., 7. In dottrina, per l'applicazione della surrogazione reale alla proprietà personale, si vedano anche P. MALAURIE, L. AYNÈS, *Droit des régimes matrimoniaux*, 5^a ed., Parigi, 2015, 128 ss. Riferiscono gli Autori che tale principio risalirebbe addirittura al diciassettesimo secolo, sebbene all'epoca non fosse chiaramente stabilito in termini generali. Esso è successivamente passato in varie *Coutumes* (*Coutume de Paris*, art. 232, *Coutume d'Anjou*, art. 296 e *Coutume de Blois*, art. 164), sempre per casi specifici, per poi confluire nel Codice Napoleone e assumere, in seguito a varie riforme, la formulazione attuale. Anche in ambito spagnolo la funzione della surrogazione reale è stata individuata nel “mantener el equilibrio entre las distintas masas de bienes”: cfr. M.L. MARIN PADILLA, *Estudio y aplicación de la subrogación real en el Derecho de familia*, cit., 718 ss.

⁵⁵⁶ In dottrina, sull'argomento, si segnalano L.F. RAGEL SÁNCHEZ, *La sociedad de gananciales* (2). *El activo de la sociedad*, in *Tratado de Derecho de la Familia*, diretto da M. Yzquierdo Tolsada e M. Cuenca Casas, III, *Los Regímenes económicos matrimoniales*, Cizur Menor, 2011, 753

In area germanica, invece, si segnala il § 1473 BGB, rubricato *Unmittelbare Ersetzung*, che non si discosta da quanto visto sino ad ora.

Gli ordinamenti europei più rappresentativi, dunque, prevedono tutti l'applicazione della surrogazione reale al caso di sostituzione dei beni che appartengono alla proprietà personale dei coniugi. Occorre però esaminare più da vicino il modo d'operare del meccanismo surrogatorio, in quanto non vengono in considerazione solo le esigenze degli sposi a distinguere le cose individuali da quelle comuni – per evidenti ragioni di amministrazione e godimento –, bensì anche le ragioni dei terzi, per la validità degli atti di disposizioni e per la responsabilità patrimoniale.

2.1. *Ratio*, presupposti e modo d'operare della sostituzione

Si è già accennato al fatto che i commi 1, lett. f), e 2 dell'art. 179 c.c., e parimenti le corrispondenti disposizioni estere, rispondono a un ben determinato fine: garantire l'integrità "economica" delle masse, o "sfere", come efficacemente affermato⁵⁵⁷, che vengono in considerazione nel caso in cui i coniugi abbiano optato per il regime di comunione legale dei beni, ovvero quella personale e quella comune⁵⁵⁸. Ciò significa che i beni appartenenti all'una o all'altra categoria seguiranno inevitabilmente vicende separate, poiché, qualora vengano rispettati i presupposti che si vedranno, si evita la "confusione" del bene personale con quelli comuni e viceversa. In breve, ciascuna cosa deve mantenere la natura di quella che va a sostituire e sarà sottoposta al medesimo regime giuridico⁵⁵⁹.

Una volta chiarito che il meccanismo surrogatorio spiega come sia possibile conservare la qualità di bene personale in capo a quelli di nuova acquisizione, occorre soffermarsi un momento sulla ragione per la quale il legislatore ha voluto stabilire questo effetto, poiché qui la surrogazione reale si pone come strumento per realizzare un determinato fine. Quale sia tale fine

ss.; M. RIVERA FERNÁNDEZ, *La Sociedad Legal de Gananciales*, Madrid, 2010, 89 ss.; J.L. JARRILLO GÓMEZ, *Bienes privativos*, in *Comunidad de gananciales*, a cura di X. O'Callaghan Muñoz e M. Begoña Fernández González, Madrid, 2016, 81 ss.; R.M. MEDINA SÁNCHEZ, *Bienes gananciales*, ivi, 96 ss.; e M. ANDERSON, *El régimen económico matrimonial*, in *Derecho de familia*, coordinato da C. Villagrasa Alcaide, Barcellona, 2011, 192 ss.

⁵⁵⁷ L'espressione è di E. RUSSO, *L'oggetto della comunione legale e i beni personali*, cit., 220.

⁵⁵⁸ Questo rilievo è diffuso nella dottrina europea. Per la Francia, si veda *retro* nota 555; per la Spagna, invece, J.L. JARRILLO GÓMEZ, *Bienes privativos*, cit., 84. Per l'Italia, E. RUSSO, *L'oggetto della comunione legale e i beni personali*, cit., 222.

⁵⁵⁹ M. RIVERA FERNÁNDEZ, *op. loc. cit.*

è presto detto. L'art. 179 c.c. mira, evidentemente, a garantire l'autonomia individuale del coniuge sotto un duplice profilo. In primo luogo, esso risponde alla medesima *ratio* dell'art. 210 c.c., ovvero preservare (anche) i beni c.d. personalissimi e la loro eventuale sostituzione con altri, sottraendoli persino alla comunione convenzionale⁵⁶⁰. In secondo luogo – e stavolta nella prospettiva, per dir così, dinamica della proprietà privata – incentiva l'iniziativa (economica) del singolo verso i terzi, poiché il traffico commerciale sarebbe inevitabilmente compromesso e ostacolato se fossero riservati alla comunione legale i benefici derivanti dall'alienazione o dallo scambio dei beni personali⁵⁶¹.

Oltre al profilo della tutela dell'individuo, è possibile ravvisare un'ulteriore tutela, questa volta in favore dei creditori personali del coniuge. Come già osservato in relazione all'art. 2742 c.c., il meccanismo surrogatorio di cui all'art. 179 c.c. costituisce un complemento della garanzia patrimoniale di coloro che hanno fatto credito al soggetto coniugato, poiché lascia immutata detta garanzia – ossia il suo patrimonio –, malgrado l'alienazione dei beni che la compongono⁵⁶².

Il principio di surrogazione dei beni personali, dunque, garantisce uno spazio di libertà al coniuge, anche nel momento “dinamico” della

⁵⁶⁰ Secondo L.A. SCARANO, *I beni acquistati con il prezzo o lo scambio di beni personali* (art. 179 lett. f) c.c.), cit., 522, la disposizione in discorso garantisce indipendenza e autonomia economica del coniuge, anche nei confronti dell'altro, con particolare riferimento alla sfera intima e privata.

⁵⁶¹ Si è detto, a questo proposito, che, se non operasse l'art. 179, comma 1, lett. f), c.c., si verificherebbe un “progressivo esproprio” dei beni personali in favore della comunione. Cfr. G. A BECCARA, *I beni personali*, cit., 249 ss. Si segnalano, poi, le interessanti e condivisibili osservazioni di E. RUSSO, *L'oggetto della comunione legale e i beni personali*, cit., 217 ss. circa la libera disponibilità del patrimonio di ciascuno, che sarebbe inevitabilmente intaccata se la proprietà individuale fosse (indirettamente) limitata dal meccanismo di acquisizione automatica alla comunione di tutto quanto proviene in ragione di un bene personale.

⁵⁶² In questo senso C. RADICE, *La comunione legale tra i coniugi: i beni personali*, in *Il diritto di famiglia*, diretto da G. Bonilini e G. Cattaneo, II, *Il regime patrimoniale della famiglia*, Torino, 1998, 148. Tuttavia, come giustamente notato da G. A BECCARA, *I beni personali*, cit., 250, nota 141, questa tutela dei creditori è fortemente limitata dal mancato automatismo della surrogazione reale nel caso in analisi, poiché è sempre richiesta, affinché si realizzi l'effetto surrogatorio, la dichiarazione di cui all'art. 179 c.c., la cui mancanza inevitabilmente riconduce il bene alla comunione. L'osservazione è senz'altro corretta, ma si ritiene che non valga per il caso del perimento o dell'espropriazione per pubblica utilità del bene personale. In queste ipotesi l'indennizzo che prende il posto del bene perito acquisirà automaticamente e immediatamente la qualità di bene personale, poiché subentra in sostituzione di quest'ultimo. In termini parzialmente analoghi, si vedano P. MALAURIE, L. AYNÈS, *Droit des régimes matrimoniaux*, cit., 129, secondo i quali la surrogazione reale, nell'ambito qui in analisi, “permet d'échapper aux risques de l'insolvabilité d'un débiteur”.

trasformazione del patrimonio, poiché, diversamente, se tale principio non fosse previsto, egli sarebbe disincentivato a investire i propri beni, per non correre il rischio di veder cadere in comunione quelli di nuova acquisizione. Tuttavia, come si diceva, la particolarità del caso in discorso, almeno quando riguarda la sostituzione volontaria dei beni personali, ovvero il loro “scambio” in senso lato, non si produce automaticamente, bensì è necessario che il coniuge esprima la volontà di avvalersi del meccanismo in analisi. Si profila così, oltre a un elemento che può dirsi oggettivo, consistente nel reimpiego di una risorsa personale, anche uno soggettivo, dato proprio dalla dichiarazione richiesta dall’art. 179, comma 1, lett. f), c.c.

Circa quest’ultimo presupposto, ci si è a lungo interrogati su quale sia la finalità perseguita dal legislatore nel momento in cui ha escluso, mediante appunto la richiesta dell’espressione di una determinata volontà, l’automatismo del meccanismo surrogatorio. Ci si è domandati, in altri termini, quale interesse si sia voluto tutelare quando all’elemento oggettivo è stato aggiunto quello soggettivo. Da una parte, è stato affermato che si tratterebbe di un’evidente applicazione della regola del *favor communionis*: la mancanza, colpevole o incolpevole, della dichiarazione riconduce, in ogni caso, il bene nuovo alla massa comune⁵⁶³. Da un’altra, invece, s’è detto che la finalità sarebbe quella essenzialmente pubblicitaria e probatoria, ossia la manifestazione di volontà in discorso sarebbe volta a far conoscere ai diretti interessati – i terzi creditori e l’altro coniuge – l’utilizzo del patrimonio personale⁵⁶⁴. Se, tuttavia, si considera che trattasi di dichiarazione unilaterale non recettizia, non essendo richiesta la partecipazione degli anzidetti soggetti all’acquisto, peraltro caratterizzata dalla libertà nelle forme⁵⁶⁵, risulta difficile

⁵⁶³ Questa è la tesi di L. BARBIERA, *La comunione legale*, cit., 455, secondo il quale la dichiarazione di provenienza costituisce una limitazione al principio di surrogazione, non essendo per altro possibile, per il coniuge interessato ad affermare la personalità del bene, sostituirla con altra prova. Nel medesimo senso, discorre di “meccanismo di difesa della comunione” G. A BECCARA, *I beni personali*, cit., 254.

⁵⁶⁴ E. RUSSO, *L’oggetto della comunione legale e i beni personali*, cit., 234 ss., pone l’accento sulla natura precipuamente pubblicitaria della dichiarazione in discorso.

⁵⁶⁵ Secondo F. CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, cit., 115, la forma della dichiarazione è libera, poiché l’art. 179 c.c. si limita a prescrivere solo la contestualità con l’acquisto. Per la non recettizietà, per tutti C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., 101. Da ultimo, A. TULLIO, *I beni personali*, cit., 1279. Secondo E. RUSSO, *L’oggetto della comunione legale e i beni personali*, cit., 232, invece, la dichiarazione, almeno con riferimento ai beni immobili, dovrebbe esse inserita nell’atto di acquisto di questi ultimi, nel senso che ne formerebbe parte integrante.

giustificare che l'intento del legislatore sia stato dettato da finalità "divulgative".

Si deve allora ritenere che la dichiarazione imposta al soggetto coniugato, se intende valersi dell'effetto surrogatorio, risponda alla necessità di stabilire un collegamento tra il *bien ancien* e il *bien nouveau*, di modo che il secondo sia sottoposto al medesimo regime giuridico del primo, tutte le volte in cui l'attributo della personalità di quello nuovo non risulta immediatamente dal tipo negoziale posto in essere. Si prenda, ad esempio, il caso della permuta: se il coniuge scambia un bene personale con un'altra cosa, quest'ultima ne assume oggettivamente il medesimo carattere, poiché è stata ottenuta mediante l'"impiego" di un bene appunto personale⁵⁶⁶. Più discutibile potrebbero essere i casi in cui egli *i*) venda un bene personale e solo successivamente, magari a distanza di molto tempo, impieghi il ricavato in un nuovo acquisto, oppure *ii*) impieghi immediatamente danaro proprio, oppure ancora *iii*) reinvesta quanto ricevuto *ex art. 179, comma 1, lett. b*) (se magari è stato beneficiario di una donazione).

In tutte queste ipotesi, il danaro che viene investito è sempre personale. Quanto al caso *sub i*), esso è regolato dalla *lett. f*), la quale peraltro non richiede la contestualità tra vendita o scambio e nuovo acquisto; quanto ai casi *sub ii*) e *iii*), che vanno sotto il nome di surrogazione reale del danaro, ossia la sua sostituzione con un bene mobile o immobile, anch'essi rientrano nel meccanismo surrogatorio, proprio perché non è richiesta detta contestualità. Il danaro originariamente personale, dunque, ben può essere speso per l'acquisto di cose che non cadranno in comunione e "trasformato" di conseguenza, purché sia effettuata la dichiarazione di provenienza, come richiesto dall'*art. 179 c.c.*⁵⁶⁷.

⁵⁶⁶ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., 102, difatti, ritiene che l'onere della dichiarazione non sussista quando risulti obiettivamente certo il carattere personale del corrispettivo, proprio come accade nel caso della permuta. Segue questa impostazione anche L.A. SCARANO, *I beni acquistati con il prezzo o lo scambio di beni personali (art. 179 lett. f) c.c.)*, cit., 530 ss. In giurisprudenza si veda Cass., 20 gennaio 2006, n. 1197, in *Foro it.*, Rep. 2006, voce *Famiglia (regime patrimoniale)*, n. 112, secondo cui la dichiarazione prevista dall'*art. 179 comma 1, lett. f)*, c.c., con la quale l'acquirente in regime di comunione legale attesta che il bene oggetto del contratto viene acquistato con il prezzo del trasferimento di beni personali, è necessaria solo quando è oggettivamente incerto se l'acquisto realizzi o meno il reinvestimento di denaro personale, non già quando è certo il carattere personale del corrispettivo pagato. Il principio è stato ribadito anche da Cass., 5 maggio 2010, n. 10855, in *Notariato*, 2010, 6, 624 ss., con nota di R. SCOTTI.

⁵⁶⁷ Come efficacemente chiarito da E. RUSSO, *L'oggetto della comunione legale e i beni personali*, cit., 229, la *lett. f*) riguarda le ipotesi di acquisti che sarebbero ricaduti in comunione

Una conferma a quanto precede si può rinvenire nell'art. 1434 c.c. francese, il quale discorre proprio di "emplois ou le remploi [...] de deniers propres ou provenus de l'aliénation d'un propre", ossia di impiego o reimpiego di somme proprie o provenienti dall'alienazione di un bene personale. La disposizione da ultimo richiamata prevede, inoltre, al pari dell'art. 179 c.c., che lo sposo effettui una dichiarazione di provenienza e impiego di danaro proprio⁵⁶⁸.

La manifestazione di volontà in discorso, oltre ai problemi che si è cercato di delineare sommariamente nelle pagine che precedono, ne pone altri, relativi, ad esempio, alla veridicità del suo contenuto, al tempo in cui deve essere resa e via discorrendo. Questi profili, per quanto interessanti, non possono essere qui approfonditi, poiché non riguardano direttamente il meccanismo surrogatorio, nel senso che il requisito soggettivo della dichiarazione vale solo a escludere l'automatismo della surrogazione reale, ma non muta l'essenza conservativa dell'istituto. Eventualmente, si potrebbe potrebbero annoverare i casi appena esaminati nell'ambito della surrogazione reale c.d. convenzionale, poiché qui l'effetto di sostituzione si produce solo in seguito all'espressione di una determinata volontà; ma una volta che il coniuge ha reso la dichiarazione in discorso, il meccanismo surrogatorio non si differenzia dagli altri casi di surrogazione reale.

Si tenga però ben presente che, sempre come visto pocanzi, talvolta la surrogazione reale si produce automaticamente in talune delle ipotesi coperte dall'art. 179, comma 1, lett. f), c.c., ovvero anche in assenza di un'esplicita dichiarazione del coniuge, sicché la fattispecie in analisi non è sempre rimessa alla volontà individuale, presentando per queste ragioni alcuni profili peculiari, che hanno indotto a collocare la sua trattazione tra i gli aspetti "problematici" del meccanismo surrogatorio. A ben vedere, in realtà, forse

in virtù della lett. a) dell'art. 177 c.c., sicché la provenienza del danaro dal patrimonio personale, espressamente dichiarata all'atto d'acquisto, preclude l'ingresso della cosa nuova nella comunione legale. Anche L.A. SCARANO, *I beni acquistati con il prezzo o lo scambio di beni personali (art. 179 lett. f) c.c.)*, cit., 536 ss. ritiene che possa essere investito nell'acquisto di beni personali il danaro del quale il coniuge sia titolare sin da epoca anteriore al matrimonio. Cass., 18 agosto 1994, n. 7437, in *Foro it.*, Rep. 1994, voce *Famiglia (regime patrimoniale)*, n. 35, ha equiparato, per *analogia iuris*, ai sensi dell'art. 12, comma 2, delle preleggi, ricorrendo identità di *ratio*, il danaro che, anziché ricavato dalla vendita di un bene donato o ereditato, sia stato direttamente acquisito a titolo gratuito da uno dei coniugi e poi investito nell'acquisto dei beni.

⁵⁶⁸ Anche in Francia la dichiarazione si ritiene essere unilaterale. Cfr. P. MALAURIE, L. AYNES, *Droit des régimes matrimoniaux*, cit., 157.

sarebbe stato più opportuno non prevedere affatto il requisito soggettivo della dichiarazione, come avviene ad esempio in Spagna, per almeno tre ragioni. In primo luogo, per una questione di coerenza del sistema. L'art. 179, comma 1, lett. f), c.c. sembra difatti essere l'unica ipotesi legislativa in cui la surrogazione è talvolta subordinata all'espressione di una volontà in tal senso; si tratta perciò di un *unicum*, ma, evidentemente, è prevalso, come già detto, il *favor communionis*. In secondo luogo, si eviterebbero tutte le ricordate questioni relative all'efficacia, al tempo, al contenuto e così via, della manifestazione di volontà. In terzo luogo, come giustamente osservato, sarebbe stato "più rispettoso della libertà di autodeterminazione del soggetto" stabilire l'automatica personalità dei beni acquistati⁵⁶⁹. Automatismo che in Francia si realizza in determinati casi e in Spagna, invece, sempre. Quanto al primo ordinamento, si esclude la necessità della dichiarazione in tutti i casi in cui il bene proprio si "trasforma" nel senso visto nel capitolo che precede, ovvero quando avviene la sua conversione nell'equivalente economico, a causa di perimento materiale o giuridico⁵⁷⁰. Anche presso di noi si deve ritenere immediatamente realizzata la surrogazione in occasione della distruzione o espropriazione del bene personale, poiché l'indennizzo va a sostituire il bene proprio venuto a mancare, persino nel caso di reinvestimento di detto indennizzo⁵⁷¹. Per tale ragione, si dovrebbe ritenere che anche i casi rientranti nella prima parte della lett. e) dell'art. 179, comma 1, c.c. siano da ricondurre alla surrogazione reale, poiché il risarcimento dovuto in virtù di un danno a un bene personale è anch'esso personale⁵⁷².

⁵⁶⁹ Si esprime in questi termini G. A BECCARA, *op. loc. cit.*, secondo il quale sarebbe stato più opportuno stabilire il criterio inverso, ovvero rimettere alla volontà del coniuge la scelta di non rendere personali i beni acquistati in sostituzione di quelli già personali.

⁵⁷⁰ P. MALAURIE, L. AYNES, *Droit des régimes matrimoniaux*, cit., 155 discorrono infatti di *subrogation réelle immédiate*.

⁵⁷¹ In questo caso, la personalità del bene discende dalla lett. e) dell'art. 179 c.c., relativo al risarcimento del danno.

⁵⁷² Si tratta cioè sempre di una "trasformazione" economica del bene. Così accade in Francia, dove l'art. 1406 c.c. francese attribuisce la qualità di bene personale a "par l'effet de la subrogation réelle, les créances et indemnités qui remplacent des propres". Anche in Spagna il risarcimento per danni arrecati ai beni comuni, o l'indennizzo per il loro esproprio, sono considerati *bienes gananciales*. Lo stesso vale per i beni personali. Cfr. L.F. RAGEL SÁNCHEZ, *La sociedad de gananciales* (2). *El activo de la sociedad*, cit., 774 ss. Ravvisano un caso di surrogazione reale nella corresponsione dell'inenità d'esproprio o d'assicurazione G. GABRIELLI, M.G. CUBEDDU, *Il regime patrimoniale dei coniugi*, cit., 40 ss., spec. 48, e L.A. SCARANO, *I beni acquistati con il prezzo o lo scambio di beni personali* (art. 179 lett. f) c.c.), cit., 551.

Tornano alla dichiarazione, sarebbe, ad ogni modo, alquanto singolare imporre al soggetto coniugato di dover dichiarare, ad esempio, che l'indennizzo che sostituisce un bene strettamente personale, magari perché legato alla professione – si pensi a un tassista al quale viene rubata l'automobile –, provenga da un bene personale ed è perciò personale a sua volta.

Quanto alla penisola iberica, dalla lettura degli artt. 1346 e 1347 c.c. spagnolo, relativi rispettivamente ai *bienes privativos* e *gananciales*, non si rinviene la necessità di una manifestazione di volontà. Si richiede, dunque, solo ed esclusivamente il requisito oggettivo della provenienza del danaro, sicché tutto quanto acquisito in virtù di un bene personale è a sua volta personale; altrettanto vale per i beni in comunione. Allo stesso modo, non rileva che abbia agito un solo coniuge oppure entrambi, poiché prevale sempre il criterio della natura della risorsa impiegata per l'acquisto⁵⁷³.

Sino ad ora è stato considerato solo il caso in cui sia stato speso del danaro appartenente esclusivamente al coniuge oppure alla comunione. Potrebbe però accadere che il soggetto coniugato impieghi, per l'acquisto di un unico bene, in parte risorse proprie e in parte appartenenti a entrambi. Si tratta di stabilire se il nuovo acquisto possa essere considerato proprio del coniuge, oppure della comunione. Sono astrattamente prospettabili due soluzioni. Da un lato, l'instaurazione di una comunione ordinaria tra il coniuge e la comunione legale, con quote proporzionali al valore dei mezzi impiegati nell'acquisto; dall'altro, l'applicazione di quella che in Francia viene chiamata la *règle major pars*, in virtù della quale il bene nuovo si considera personale a tutti gli effetti, ma il coniuge deve rimborsare alla comunione quanto ha speso per l'acquisto⁵⁷⁴. Nonostante quest'ultima alternativa possa

⁵⁷³ L'art. 1347, n. 3, c.c. spagnolo precisa che "son bienes gananciales [...] los adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos". Ad ogni modo, in caso di controversia, sarà necessario provare la provenienza personale o comune del danaro o del bene in virtù del quale è stato acquisito quello nuovo. Secondo M. RIVERA FERNÁNDEZ, *La Sociedad Legal de Gananciales*, cit., 89, conta "la exclusiva base objetiva de la procedencia del dinero utilizado para la sustitución de unas cosas por otras".

⁵⁷⁴ L'art. 1407, comma 1, c.c. francese dispone che "le bien acquis en échange d'un bien qui appartenait en propre à l'un des époux est lui-même propre, sauf la récompense due à la communauté ou par elle, s'il y a soulté". Da questa regola la dottrina ha formulato la *règle major pars*: cfr. P. MALAURIE, L. AYNÈS, *Droit des régimes matrimoniaux*, cit., 156. Presso di noi si discorre di "criterio della prevalenza". Si veda ad esempio L.A. SCARANO, *I beni acquistati con il prezzo o lo scambio di beni personali (art. 179 lett. f) c.c.)*, cit., 545.

risultare preferibile per esigenze di semplificazione, anche per evitare l'instaurazione di una comunione convenzionale sul bene acquistato con le predette modalità, essa non sembra accoglibile in assenza di un dato normativo in tal senso. Si consideri che l'effetto surrogatorio, almeno seguendo l'impostazione che qui si vuole offrire, presuppone sempre un collegamento causale tra il bene nuovo e quello precedente. Nel caso in esame, tuttavia, tale collegamento è solo parziale, sicché, a rigore, la personalità del bene dovrebbe appunto essere limitata alla porzione del medesimo acquistata con mezzi propri del coniuge, riservando la restante parte alla comunione legale⁵⁷⁵.

Delineato nei suoi tratti essenziali il meccanismo surrogatorio, occorre spendere qualche ultima considerazione sull'effetto che si produce in virtù dell'art. 179, comma 1, lett. f), c.c., ovvero l'attribuzione della personalità a quei beni che, per volontà del coniuge, sostituiscono altri suoi beni personali. Qui la finalità conservativa della surrogazione reale si rinviene proprio nell'attribuzione al *bien nouveau* della predetta qualità e realizza la continuità, per dir così, economica del patrimonio personale del soggetto coniugato.

Che un bene appartenga esclusivamente a uno degli sposi è circostanza che determina il suo assoggettamento a particolari regole, così come sono assoggettati a una particolare disciplina i beni che rientrano nella comunione legale. Con riferimento ai beni individuali, la loro esatta identificazione assume rilievo sotto un duplice profilo. In primo luogo, per quanto riguarda l'amministrazione; in secondo luogo, in caso di insolvenza, qualora la comunione sia chiamata a far fronte alle obbligazioni di cui all'art. 186 c.c.: l'art. 190 c.c. sancisce infatti la sussidiarietà dei beni personali, sempre entro la metà del credito. Il discorso può essere replicato per le cose che appartengono a entrambi, anch'esse sottoposte a particolari regole in tema di amministrazione e responsabilità patrimoniale⁵⁷⁶. È dunque fondamentale stabilire la natura di un determinato bene, in quanto da essa dipendono le regole che gli sono applicabili. In questo ambito, il meccanismo surrogatorio,

⁵⁷⁵ Sembra essere questa l'opinione prevalente in dottrina. Si vedano G. GABRIELLI, M.G. CUBEDDU, *Il regime patrimoniale dei coniugi*, cit., 56, L.A. SCARANO, *op. loc. cit.*, e G. A BECCARA, *I beni personali*, cit., 252, i quali, pur riconoscendo la maggior linearità della soluzione francese, concludono per l'instaurazione di una comunione ordinaria tra il coniuge singolarmente e la comunione legale. *Contra* E. RUSSO, *L'oggetto della comunione legale e i beni personali*, cit., 225, nota 14, ultima parte.

⁵⁷⁶ Questo profilo è efficacemente messo in luce da L. BARBIERA, *La comunione legale*, cit., 459.

al di là dei fini per i quali è stato stabilito, consente di individuare tutti i “sostituti” del bene originariamente personale o comune e di considerarli alla medesima stregua.

In conclusione, le componenti del patrimonio individuale del soggetto coniugato sono liberamente sostituibili con altre, senza che tale sostituzione volontaria comporti la perdita dell’attributo della personalità, a condizione che siano soddisfatti i requisiti posti dall’art. 179, comma 1, lett. f), c.c.⁵⁷⁷.

3. Sostituzione della cosa oggetto del pegno e dell’ipoteca. Premessa.

Nei paragrafi che precedono è stato esaminato il funzionamento del meccanismo surrogatorio in relazione ai beni personali del soggetto coniugato. Come si è avuto modo di vedere, tra le ragioni per le quali è stata prevista la libera sostituibilità delle cose che fanno parte del patrimonio individuale del coniuge v’è l’esigenza di non trasformare il *favor communionis* in una sorta di “vincolo di indisponibilità”, in virtù del quale la proprietà del singolo verrebbe “immobilizzata”, se i risultati del suo sfruttamento o reinvestimento andassero a vantaggio della comunione legale. In altri termini, il legislatore ha inteso tutelare la proprietà privata da due differenti versanti. In primo luogo, da quello, per dir così, statico, nel senso che si è voluto lasciare uno spazio di libertà di scelta, per evitare che il coniuge perda la propria autonomia finanziaria in favore della comunione legale, ogni qual volta compie una sostituzione di un bene proprio (si può richiamare, per identità di *ratio*, ancora l’art. 210 c.c.); in secondo luogo, da quello dinamico, ovvero di sfruttamento delle possibilità economiche dei beni personali e, più in generale, dei traffici commerciali, che sarebbero inevitabilmente ostacolati se la comunione beneficiasse in ogni caso dei risultati ottenuti mediante operazioni sui beni individuali. Si è voluto evitare, dunque, che la prospettiva della caduta in comunione di tutti i beni “nuovi” indistintamente si risolvesse in una sorta di “vincolo di fatto” apposto al patrimonio del soggetto coniugato.

Non si tratta chiaramente di un “vincolo” nel senso tecnico del termine, ma risulta comunque evidente che, tutte le volte in cui una determinata cosa è

⁵⁷⁷ È condivisibile l’affermazione di E. RUSSO, *L’oggetto della comunione legale e i beni personali*, cit., 223, secondo il quale vige un principio di illimitata surrogabilità dei beni personali. L.A. SCARANO, *I beni acquistati con il prezzo o lo scambio di beni personali (art. 179 lett. f) c.c.)*, cit., 531, qualifica come “potestativo” il diritto del coniuge a trasformare i propri beni personali in altri, altrettanto personali.

– sia consentita per il momento la genericità delle espressioni – sottoposta a un particolare regime giuridico, dal quale, direttamente o indirettamente, discende una limitazione o persino un'esclusione della possibilità di farlo circolare o fruttare economicamente, sorge un conflitto tra due contrapposte esigenze. Da un lato, coloro che hanno interesse a mantenere quel "vincolo", che gli attribuisce un qualche vantaggio; dall'altro, coloro che hanno acconsentito alla sua creazione, privati della possibilità di sfruttamento della cosa medesima, privazione che può essere maggiore o minore a seconda del "vincolo" di cui si tratta.

Lo sfruttamento in discorso non consiste solo nell'eventuale guadagno realizzato dall'alienazione del bene, bensì anche dal trarre profitto da tutte le utilità che il bene medesimo può dare, compresa l'utilizzazione che se ne può fare, se, ad esempio, trattasi di un bene produttivo. Sussiste il rischio, in altri termini, che la sottoposizione di una cosa a una disciplina particolare, dalla quale deriva un limite alla sua circolazione o al suo sfruttamento economico, si trasformi nella sua sostanziale immobilità e improduttività.

Questa eventualità sorge inevitabilmente, ad esempio, in relazione ai diritti reali di garanzia, nei quali si ha l'individuazione di un bene determinato e la sua destinazione all'adempimento di un'obbligazione. Non è necessario in questa sede ricostruire tutti i caratteri che sono propri dei diritti in discorso, ma è noto che alcuni di essi limitano appunto le possibilità di sfruttamento della cosa gravata. Non è un caso che, da qualche tempo, la configurazione dei loro elementi costitutivi è sottoposta a profonda revisione critica, ossia ci si domanda se la concezione ottocentesca delle garanzie in discorso sia ancora attuale e rispondente alle esigenze del mercato moderno⁵⁷⁸.

Si prendano, a titolo meramente esemplificativo, il requisito dello spossessamento nel pegno, oppure il principio di specialità, comune a tutte le garanzie reali. Da molti anni a questa parte, i tradizionali presupposti individuati dalla legge per le garanzie in discorso hanno determinato una vera e propria crisi delle medesime, poiché la rigida interpretazione del dettato codicistico non è stata in grado di venire incontro alle mutevoli esigenze del

⁵⁷⁸ Almeno con riferimento all'Italia, i caratteri tradizionali del pegno e dell'ipoteca, anche nel passaggio da una codificazione all'altra, sono rimasti sostanzialmente immutati. Salvo alcune fattispecie specifiche, contenute nella legislazione speciale, di cui si darà conto più avanti e che si discostano dal modello codicistico, per il resto il legislatore italiano non è intervenuto organicamente, come invece avvenuto in altri ordinamenti, quali, ad esempio, Francia e Spagna.

mondo delle imprese, interessate, al medesimo tempo, all'erogazione del credito e al mantenimento della disponibilità dei beni produttivi concessi in garanzia.

Si riscontra così una "crisi" del sistema delle garanzie reali, le cui cause vengono individuate proprio nelle caratteristiche intrinseche di questo genere di garanzie⁵⁷⁹. Il rilievo, diffuso tanto nella dottrina italiana quanto in quella estera, come si vedrà, è in realtà più risalente di quanto ci si potrebbe aspettare e le risposte degli ordinamenti europei più rappresentativi sono state molteplici e variegate. In questo contesto in continuo mutamento, è giusto domandarsi quale possa essere il ruolo assunto dalla surrogazione reale, atteso che alcuni (oramai non più) nuovi istituti sono stati spiegati proprio con il ricorso al meccanismo surrogatorio, laddove è stato necessario motivare la sostituzione dell'oggetto della garanzia e il mantenimento del vincolo originario.

Il riferimento è alle garanzie c.d. rotative e a quelle senza spossessamento, in cui la cosa sulla quale la garanzia pende può essere sostituita da un'altra di pari valore, o trasformata, come, ad esempio, quando essa rimane presso il costituente e viene sottoposta al normale processo produttivo all'interno dell'impresa, il tutto senza che si verifichi una novazione del rapporto e con il mantenimento della prelazione originaria⁵⁸⁰. Un esempio di questo genere di garanzie si può rinvenire oltreoceano nell'art. 2674, comma 1, c.c. quebecchese, a norma del quale "l'hypothèque qui grève une universalité de biens subsiste mais se reporte sur le bien de même nature qui remplace celui qui a été aliéné dans le cours des activités de l'entreprise" ;

⁵⁷⁹ Ovvero accessorietà, indivisibilità, specificità, realtà e via discorrendo. Sul punto si vedano le interessanti osservazioni di P. ZANELLI, *Considerazioni introduttive: dalle garanzie reali alle garanzie omnibus. La formazione extra legislativa del pegno: le norme bancarie uniformi*, in G. GORLA, P. ZANELLI, *Del Pegno. Delle ipoteche*, 4ª ed., in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, sub art. 2784-2899, Bologna-Roma, 1992, 1 ss., il quale giustamente mette in luce il problema comune alle garanzie reali, ovvero quello di conciliare le esigenze di libera circolazione dei beni e dei commerci, con quelle di tutela e sviluppo del credito. Si veda, inoltre, l'interessante contributo di M. BUSSANI, *Il modello italiano delle garanzie reali*, in *Contr. e impr.*, 1997, 163. Anche quest'ultimo Autore rileva la sostanziale continuità del pegno e dell'ipoteca dall'unità d'Italia a oggi e le problematiche che tale immutabilità della disciplina ha prodotto.

⁵⁸⁰ Per l'approfondimento di questo profilo si veda *infra* par. 3.2. Per il momento è sufficiente richiamare, per tutti, i fondamentali contributi di E. GABRIELLI, *Il pegno «anomalo»*, Padova, 1990; ID., *Sulle garanzie rotative*, cit.; ID., voce *Rotatività della garanzia*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, agg. VI, Torino, 2011, 821; ID., « *Forma* » e « *realtà* » nel diritto italiano delle garanzie reali, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 449 ss.

prosegue il comma 3: “si aucun bien ne remplace le bien aliéné, l’hypothèque ne subsiste et n’est reportée que sur les sommes d’argent provenant de l’aliénation, pourvu que celles-ci puissent être identifiées”. La garanzia, come si legge nella disposizione, rimane immutata nonostante il cambiamento della componente materiale. Nell’Europa continentale, questo meccanismo è diffuso soprattutto nel pegno, tipica garanzia mobiliare.

Prima però di soffermarsi sulle forme di garanzia per le quali è ammessa la sostituibilità dell’oggetto e su quelle che non richiedono la consegna della cosa, è opportuno tratteggiare, almeno per sommi capi, le linee evolutive seguite dal sistema delle garanzie reali.

3.1. Storia della “crisi” delle garanzie reali: progressivo abbandono del principio di specialità e, con particolare riferimento al pegno, dello spossessamento in Francia, Spagna e Germania

Il sistema delle garanzie reali, almeno come delineato dal codice civile, da molto tempo è ritenuto non più confacente alle esigenze della società odierna, soprattutto delle imprese. Limitando l’analisi a un determinato periodo di riferimento, che va dall’epoca dell’industrializzazione al presente, appare chiaro, già a una prima e superficiale analisi, come vi sia un ideale distacco tra la disciplina codicistica del pegno e dell’ipoteca, improntata e modellata sulle condizioni socio-economiche del diciannovesimo secolo e, per certi versi, punto d’arrivo di un’evoluzione plurisecolare degli istituti in analisi, e i bisogni attuali dell’imprenditoria, che si trova a operare in condizioni di mercato profondamente mutate rispetto al periodo delle codificazioni. Pegno e ipoteca, dunque, sono divenuti strumenti inadeguati alla tutela del credito, poiché, mentre essi sono rimasti sostanzialmente fermi alla loro originaria concezione, nel frattempo è venuto a cambiare il contesto nel quale gli operatori economici svolgono la propria attività, nonché il modo d’operare di questi ultimi.

Valgano due banali esempi a riprova di quanto appena messo in luce. Con riferimento all’ipoteca, sono più che note le lungaggini connesse alla realizzazione del credito. L’esecuzione sul bene immobile, difatti, oltreché difficoltosa, si protrae nel tempo e spesso non conduce alla totale

soddisfazione del creditore⁵⁸¹. Con riferimento, invece, al pegno, la privazione del possesso delle cose mobili destinate all'esercizio dell'impresa, a ben vedere, appare sconveniente per tutti i soggetti coinvolti. Quanto al debitore, gli è sottratta la disponibilità del bene e perciò non lo può sfruttare; quanto al creditore, egli si deve accollare la custodia del medesimo, con tutti i rischi connessi a questo compito. Più in generale, infine, anche l'economia nazionale ne risente, giacché i beni produttivi dati in pegno vengono immobilizzati, con la conseguenza che fonti di ricchezza vengono rese improduttive. Eppure, nelle legislazioni europee più rappresentative, il requisito dello spossessamento – principale “ostacolo” allo sviluppo del pegno “classico” – è sempre stato una costante. Non si può non richiamare, a questo proposito, la prima codificazione vera e propria, ossia quella napoleonica, la quale, all'art. 2076, escludeva il sorgere del privilegio se la cosa data in pegno non fosse stata consegnata al creditore oppure a un terzo⁵⁸². La necessità che la disponibilità della cosa venisse sottratta al debitore era talmente forte che la *Cour de Cassation* definì lo spossessamento come l'“essenza stessa” del pegno⁵⁸³.

Il modello francese, come si può facilmente intuire, fu seguito pedissequamente da alcune delle codificazioni successive. Si segnala, ad esempio, l'art. 1882 c.c. abr., nonché tutta la legislazione preunitaria⁵⁸⁴. Secondo questo modello, la consegna della cosa è necessaria affinché sorga la prelazione e dunque l'opponibilità della garanzia ai terzi⁵⁸⁵. Come si avrà modo di vedere, lo spossessamento è da sempre ritenuto avere, tra le altre, una

⁵⁸¹ Non a caso, si discorre di “inefficienza economica” dell'ipoteca. Cfr. ancora E. GABRIELLI, questa volta nella prima edizione della voce *Rotatività della garanzia*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XVIII, Torino, 1998, 104, testo e nota 5.

⁵⁸² Non si dimentichi che l'art. 2073 c.c. francese, nella sua versione originale, conferiva appunto al creditore il privilegio rispetto agli altri di farsi pagare sulla cosa data in pegno. La stessa disposizione, quanto allo spossessamento, era contenuta nella prima versione del *Code de commerce*, all'art. L. 521-2.

⁵⁸³ Si tratta di *Cour de Cassation*, 18 maggio 1898, secondo cui “il est de l'essence même de ce contrat que la chose donnée en gage soit mise en possession du créancier ou d'un tiers convenu”. La pronuncia è riportata da P. CROCQ, voce *Gage*, in *Répertoire de droit civil*, VI, Parigi, 2017, 5.

⁵⁸⁴ Per completezza, si segnalano le disposizioni di riferimento delle codificazioni preunitarie. Si vedano gli artt. 2103 c.c. parmense, 2077 c.c. estense, 1946 c.c. Regno delle Due Sicilie e 2129 c.c. sabardo.

⁵⁸⁵ Con la conseguenza che la mancata tradizione della cosa data in pegno, come chiarito da L. ROSSI, voce *Pegno civile*, in *Dig. it.*, XVIII, 1, Torino, 1928, 1279 ss., impediva l'efficacia della convezione tra pignorante e pignoratario nei confronti dei terzi; tuttavia, in quel caso, tra gli anzidetti soggetti sarebbe comunque sorto un rapporto personale, in virtù del quale, ad esempio, il primo avrebbe potuto pretendere la consegna del bene in adempimento del contratto.

funzione precipuamente pubblicitaria. Lievemente differente – e, forse, si direbbe, ancora più incisivo sul punto – è il sistema seguito dai codici spagnolo (art. 1863) e tedesco (§ 1205), i quali annoverano la tradizione del bene tra gli elementi essenziali per la costituzione del contratto di pegno.

In un modo o nell'altro, dunque, la perdita del possesso da parte del debitore è sempre stata un elemento centrale nella configurazione della garanzia in discorso. Solamente il Codice civile per il Regno Lombardo-Veneto ebbe la cura di regolare espressamente il pegno sui beni mobili che non ammettono la tradizione materiale, quali, a norma del § 427, esemplificativamente, i crediti, le merci da trasportarsi "per condotta" e le universalità. Per queste specie di cose il § 452 imponeva l'apposizione sulle medesime si un segno in virtù del quale "possa ognuno facilmente conoscere la fatta pignorazione". Salvi questi casi eccezionali, la consegna non era surrogabile in modo alcuno, poiché il creditore o il terzo dovevano sempre acquisire la disponibilità del bene in modo ostensibile e aperto ed era perciò inimmaginabile che la medesima venisse sostituita da altre forme di possesso ideale o consensuale⁵⁸⁶.

Delineato sommariamente nei predetti termini il quadro delle codificazioni europee, almeno nella loro versione originale, non passò molto tempo prima che ci si rendesse conto dei limiti del pegno così configurato. Soprattutto con riferimento all'attività imprenditoriale e commerciale, appariva innegabile il problema che si presentava in caso di garanzia su beni mobili necessari alla produzione o al lavoro del debitore. La privazione del possesso, difatti, rendeva la cosa inutilizzabile.

L'esigenza di evitare questa circostanza si pose innanzitutto nel credito agrario. Le cose mobili facenti parte dell'impresa agricola, difatti, non potevano assolutamente essere allontanate dal fondo, poiché altrimenti ciò avrebbe determinato la fine dell'attività. Tra l'altro, privare l'agricoltore dei mezzi e del bestiame dati in pegno, per ottemperare alla previsione codicistica, significava altresì rendergli di fatto impossibile l'adempimento

⁵⁸⁶ In Italia, per il pegno commerciale, M. BATTISTA, voce *Pegno commerciale*, in *Dig. it.*, XVIII, 1, Torino, 1928, 1376; per quello civile, L. ROSSI, voce *Pegno civile*, cit., 1280. Per la Francia, P. CROCQ, *op. loc. cit.*; per la Spagna, M.L. MARÍN PADILLA, *El principio general de la subrogación real en los derechos reales de garantía y goce*, cit., 1170.

dell'obbligazione di restituire il danaro ricevuto, non avendo più possibilità di lavorare⁵⁸⁷.

La prima forma, a quanto consta, di pegno senza spossessamento è stata introdotta in Francia, mediante la *loi* 18 luglio 1898 ed ha preso proprio il nome di *warrant agricole*. Questa specie di *gage sans dépossession* consentiva all'agricoltore di impegnare il proprio raccolto, mantenendo però la disponibilità del medesimo. La pubblicità nei confronti dei terzi e l'opponibilità a loro del vincolo erano affidate all'iscrizione di questa garanzia in un registro tenuto presso il tribunale del luogo, nel quale erano altresì individuati i beni gravati. In poco tempo seguirono altre forme di *warrant*, tutte concepite secondo il medesimo meccanismo: il *warrant hotelier* con *loi* 8 agosto 1913, per l'albergatore sui beni mobili necessari alla conduzione dell'albergo; *petrolier* con *loi* 21 aprile 1932, sulle scorte petrolifere; *vinicole* con *loi* 23 ottobre 1935; e infine *industriel*, mediante la *loi* 12 settembre 1940, sui prodotti in corso di fabbricazione o già fabbricati. Tutte queste sottospecie di *warrant* erano accomunate da un elemento, ovvero la possibilità per l'imprenditore di trattenere per sé la cosa data in pegno, lavorarla e dunque sostituirla con il risultato del processo produttivo, oppure con il ricavato della vendita. In breve, una surrogazione dell'oggetto della garanzia, che passava immutata da quello originario al "nuovo"⁵⁸⁸.

La legislazione francese appena segnalata, tuttavia, come si può agevolmente ricavare dalle numerose varianti di *warrant* che si sono susseguite, peccava di frammentarietà, trattandosi di interventi dettati da specifiche contingenze e, ad ogni modo, percepiti come (e ridotti a) una deroga al modello tradizionale del pegno. Ciononostante, l'elemento della perdita del possesso inizia, per dir così, a vacillare, non essendo più una condizione imprescindibile per la costituzione della garanzia, tanto che in tempi recenti, sempre con riferimento alla Francia, come si vedrà nel prosieguo, verrà persino rimosso.

Sempre nella Francia dei primi anni del secolo ventesimo, oltre alla "crisi" dello spossessamento, un altro carattere tipico delle garanzie reali inizia

⁵⁸⁷ Per alcune brevi, ma interessanti, informazioni sulla storia del pegno senza spossessamento si segnala G. TRAPANI, *Il c.d. pegno mediante compossesso e il pegno senza spossessamento*, Milano, 1963, 99 ss.

⁵⁸⁸ Discorre di surrogazione reale, relativamente ai diversi tipi di *warrant*, F. FIORENTINI, *La riforma francese delle garanzie nella prospettiva comparatistica*, in *Europa e dir. priv.*, 2006, 1164, nota 30.

a essere riconsiderato. Si tratta del c.d. principio di specialità, in virtù del quale pegno e ipoteca devono insistere su beni determinati o esattamente determinabili⁵⁸⁹. Appare significativa, a riprova sia della necessità di modernizzare il sistema delle garanzie reali che dell'allontanamento dal loro modello tradizionale, l'introduzione del *nantissement des fonds de commerce* da parte della *loi* 17 marzo 1909⁵⁹⁰. Con tale forma di garanzia l'imprenditore può assoggettare al vincolo gli elementi materiali e immateriali dell'impresa, come, a titolo meramente esemplificativo, i materiali, le attrezzature, il marchio, l'avviamento, i brevetti e via discorrendo, con esclusione però della merce. Si tratta, sia consentita la generalizzazione, di una forma di garanzia il cui oggetto può variare nel corso del tempo – resta difatti all'imprenditore la possibilità di portare avanti l'attività –, sino a giungere, in ipotesi, a una diminuzione del valore del *nantissement*, giacché esso s'esercita sulle entità esistenti al momento dell'esecuzione⁵⁹¹. Spossessamento e specialità, dunque, a meno di un secolo dall'avvento della codificazione napoleonica, non sono più un elemento essenziale della garanzia pignorizia.

Questo processo di allontanamento dal modello tradizionale prende avvio nei decenni successivi anche in Spagna. Seguendo pedissequamente l'esempio francese, vengono introdotte, nell'ordine, la *prenda agricola y ganadera* (*Real decreto* 22 settembre 1917), *aceteira* (*Real decreto* 29 novembre 1935) e *industrial* (*ley* 17 maggio 1940); tutte forme di *prenda no posesoria* o *sin desplazamiento*. Tuttavia, con largo anticipo rispetto alla Francia medesima, dove una riforma organica arriverà solo nel 2006, e agli altri ordinamenti europei più rappresentativi, la penisola iberica si dota di una legislazione unitaria sul pegno senza spossessamento già nel 1954, con la *Ley de hipoteca*

⁵⁸⁹ Il principio è contenuto nell'art. 2809 c.c. In generale, sulla distinzione tra garanzia generica e specifica, si veda senz'altro M. FRAGALI, voce *Garanzia e diritti di garanzia*, in *Enc. del dir.*, XVIII, Milano, 1969, 453. Con particolare riferimento all'ipoteca, C. MAIORCA, voce *Ipoteca (diritto civile)*, cit., 57 ss. Quanto alla "crisi" del principio di specialità, si segnala P. CROCQ, *Le principe de spécialité des sûretés réelles: chronique d'un déclin annoncé*, in *Droit & patrimoine*, 2001, 58 ss.

⁵⁹⁰ Anche il *nantissement*, come il *warrant*, sarà declinato in molteplici varianti: con la *loi* 22 febbraio 1944, ad esempio, verrà introdotto quello di *films cinématographiques*.

⁵⁹¹ Sull'argomento, P. CROCQ, voce *Nantissement*, in *Répertoire de droit civil*, VIII, Parigi, 2017, 1 ss.; nella dottrina italiana, una panoramica del sistema francese è offerta da G. CHINÈ, voce *Pegno*, III) *Pegno rotativo*, in *Enc. giur. Treccani*, XXV, 2006, 2. Ulteriori informazioni si possono rinvenire in P. PISCITELLO, *Le garanzie bancarie flottanti*, Torino, 1999, 26 ss., e, in forma più sintetica, ID., *Costituzione in pegno di beni dell'impresa e spossessamento*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2001, 163 ss.

*mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión*⁵⁹². Il principio generale che regge la nuova disciplina ruota attorno alla sostituzione degli effetti pubblicitari dati dallo spossessamento con l'iscrizione in un apposito registro del bene mobile impegnato, al fine di lasciare il medesimo nella disponibilità del debitore. Inoltre, è consentita la surrogazione dell'oggetto della garanzia durante lo svolgimento del rapporto.

Come anticipato, in Francia, con la *Ordonnance* n. 2006-346 del 23 marzo 2006, è stato integralmente riformato l'istituto del pegno. In seguito al radicale intervento del legislatore, è stata consacrata in via generale, per tutti i mobili corporali, la validità del pegno senza spossessamento. I nuovi artt. 2337 e 2338 c.c. francese stabiliscono rispettivamente che "le gage est opposable aux tiers par la publicité qui en est faite" e che la garanzia mobiliare "est publié par une inscription sur un registre spécial dont les modalités sont réglées par décret en Conseil d'Etat"; il pegno con spossessamento rimane comunque possibile⁵⁹³.

Il progressivo allontanamento dal requisito dello spossessamento è stato accolto anche da recenti codificazioni. Conferma questa tendenza l'art. 2220 c.c. argentino, che regola la *prenda con registro*, nella quale l'elemento della *tradición al acreedor prendario* è sostituito da altre forme di pubblicità⁵⁹⁴.

Anche con riferimento all'ipoteca si possono rinvenire numerosi esempi di riforme che hanno creato fattispecie sempre più distanti dal modello tradizionale. Rimanendo in ambito spagnolo, si può segnalare l'introduzione nel 2007 dell'art. 153-bis *Ley Hipotecaria*, a norma del quale è ora possibile la *hipoteca de máximo*, ovvero un'ipoteca a garanzia di obbligazioni certe quanto

⁵⁹² L'art. 5 *Ley de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión* ha ribadito il principio previsto dagli artt. 1877 c.c. spagnolo e 109 *Ley Hipotecaria* (corrispondenti al nostro art. 2742 c.c.): "la hipoteca y la prenda se extenderá a toda clase de indemnizaciones que correspondan al hipotecante o pignorante, concedidas o debidas por razón de los bienes hipotecados o pignorados, si el siniestro o hecho que los motiva acaeciere después de la constitución de la hipoteca o prenda".

⁵⁹³ Cfr. P. CROCQ, voce *Gage*, cit., 7. È significativa l'affermazione dell'Autore secondo cui "le gage cesse donc d'être un contrat réel, sa validité supposant désormais seulement la rédaction d'un écrit, et la dépossession, au profit du créancier ou d'un tiers convenu (l'entierement demeurant possible), n'est plus qu'une simple condition d'opposabilité du gage laquelle peut être remplacée par l'accomplissement d'une formalité de publicité si les parties préfèrent constituer un gage sans dépossession".

⁵⁹⁴ Il nuovo *Código civil y comercial* argentino del 2015, tuttavia, non contiene la disciplina della *prenda no posesoria*, ma si limita a recepire quanto era stato già stabilito dal *decreto ley* n. 15.348 del 1946, successivamente modificato da altri provvedimenti legislativi. L'art. 2 del Decreto prevede tuttora che "los bienes sobre los cuales recaiga la prenda con registro quedarán en poder del deudor o del tercero que los haya prendado en seguridad de una deuda ajena".

all'esistenza, ma incerte quanto all'ammontare (si pensi ad esempio agli interessi a tasso variabile)⁵⁹⁵. La dottrina spagnola, già da tempo impegnata a superare i principi di accessorietà e specialità delle garanzie reali, ha poi ulteriormente declinato il nuovo tipo ipotecario in *hipoteca flotante* e *hipoteca global*. La prima è posta a garanzia di una somma che copre due o più debiti certi e liquidi, nel senso che *flota* (galleggia, fluttua) su questi ultimi e li copre entrambi. La seconda, invece, è caratterizzata dalla *cláusola de globalización*, in virtù della quale rientrano nella copertura della garanzia un numero indefinito di obbligazioni, ovvero tutte quelle che rientrano nei criteri che le parti hanno voluto indicare nel titolo costitutivo⁵⁹⁶. L'intento della riforma è evidentemente quello di limitare i costi imposti dalla necessità di iscrivere tante ipoteche quante sono le obbligazioni garantite.

La riforma spagnola è stata preceduta e ha preso come modello la *hypothèque rechargeable* francese, introdotta nel 2006, quasi subito abrogata dopo nemmeno un decennio nel marzo del 2014, per il timore di favorire l'eccessivo indebitamento delle famiglie e dei consumatori. Alla fine del medesimo anno, tuttavia, è stata reintrodotta, ma solo per gli operatori professionali. Si tratta di un'ipoteca che, a norma del nuovo art. 2422 c.c. francese, "peut être ultérieurement affectée à la garantie de créances professionnelles autres que celles mentionnées dans l'acte constitutif pourvu que celui-ci le prévoie expressément"⁵⁹⁷.

Gli esempi che precedono, soprattutto quelli relativi alle "nuove" forme di ipoteca, sebbene non rientrino esattamente nel campo d'indagine del presente lavoro, senza subbio dimostrano l'allontanamento, o

⁵⁹⁵ La legge che ha operato la riforma è la n. 41 del 2007. Non è possibile addentrarsi nella disciplina di questa nuova fattispecie, ma si può comunque accennare al fatto che, a norma dell'art. 153-bis *Ley Hipotecaria*, solo determinati soggetti possono ricevere come garanzia quel tipo d'ipoteca e solo per determinate rapporti (si tratta essenzialmente di istituti bancari e di obbligazioni nascenti da conto corrente).

⁵⁹⁶ In argomento si vedano: A. CARRASCO PERERA, E. CORDERO LOBATO e M.J. MARÍN LÓPEZ, *Tratado de los derechos de garantía*, cit., 851 ss.; J.I. CANLE FERNÁNDEZ, *Consideraciones sobre la hipoteca flotante: el nuevo artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria*, in *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2011, 299 ss.; e M.E. GINEBRA MOLINS, *sub art. 153-bis*, in *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, cit., 1324 ss.; F. AZOFRA, *Hipotecas flotantes*, in *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2008, 1179 ss.

⁵⁹⁷ Per una panoramica sull'*hypothèque rechargeable*, si segnalano D. LEGEAIS, voce *Sûretés*, in *Répertoire de droit civil*, XI, Parigi, 2016, 1 ss., e C. GIJSBERS, *Dix ans après: l'hypothèque immobilière revivifiée?*, in *L'attractivité du droit français des sûretés réelles*, diretto da N. Borga e O. Gout, Issy-les-Moulineaux, 2016, 167 ss.

l'“affievolimento”, com'è stato efficacemente detto⁵⁹⁸, dai principi di specialità e accessorietà delle garanzie reali. Questi ultimi, in particolar modo il primo, sono da sempre ritenuti il principale ostacolo alla surrogazione dell'oggetto della garanzia ipotecaria, poiché si ritiene comunemente che l'ipoteca debba insistere sempre sul medesimo bene, esattamente individuato.

L'*hipoteca flotante* e l'*hypothèque rechargeable* non riguardano certamente la surrogazione del bene oggetto della garanzia, ma rappresentano comunque la prova del fatto che, per venire incontro alle esigenze del mercato, degli operatori economici e non solo, è possibile riconsiderare alcuni assunti tradizionali del sistema delle garanzie reali. Su questo punto, ad ogni modo, si tornerà nel prosieguo.

Questa breve panoramica sui sistemi europei più rappresentativi rimarrebbe incompleta se non si accennasse a quanto accaduto in Germania. L'ordinamento tedesco, a differenza di quello francese e spagnolo, ha seguito un percorso evolutivo parzialmente diverso, con ciò intendendosi che non ha fatto intensivo ricorso alla legislazione speciale, bensì ha lasciato ampio spazio all'autonomia privata, le cui soluzioni sono state poi recepite dalla giurisprudenza. Premesso che anche il BGB, al § 1205, richiede lo spossessamento del debitore, già prima dell'entrata in vigore della codificazione tedesca era stata riconosciuta la validità della *Sicherungsübereignung*, ovvero il trasferimento fiduciario ai fini di garanzia, al quale si faceva ricorso nella prassi proprio per evitare la *traditio* materiale del bene al creditore⁵⁹⁹.

Mediante il ricorso a tale figura, il debitore trasferisce al creditore la proprietà della cosa vincolata sino al momento in cui si conclude la restituzione del finanziamento. Contestualmente, colui che ha messo a disposizione il danaro – generalmente un istituto bancario – e il soggetto passivo del rapporto stipulano *ex* § 930 BGB un ulteriore accordo (*Sicherungsabrede*), sotto forma, ad esempio, di locazione, comodato, deposito e via discorrendo, in virtù del quale il datore della garanzia può continuare a

⁵⁹⁸ La condivisibile espressione è di F. FIORENTINI, *La riforma francese delle garanzie nella prospettiva comparatistica*, cit., 1201. Rileva altresì l'Autrice che la riforma francese del 2006 ha in un certo senso “sfidato” e “sconfitto” gli ostacoli culturali e dogmatici che si sarebbero potuti opporre all'introduzione dell'ipoteca c.d. ricaricabile.

⁵⁹⁹ Secondo quanto riferito da M. BRINKMANN, *The Peculiar Approach of German Law in the Field of Secured Transactions and Why it has Worked (So Far)*, in *Secured Transactions Law Reform*, Oxford-Portland, 2016, 341, già nel 1896 sarebbe stata riconosciuta dalla *Reichsgericht* la validità della *Sicherungsübereignung*.

servirsi del bene per la sua attività, divenendo possessore immediato della cosa. Il proprietario a scopo di garanzia, invece, ha il possesso mediato della medesima, ovvero a mezzo del debitore.

La sostituibilità dell'oggetto della garanzia è possibile altresì con il ricorso al *Raumsicherungsvertrag*, ovvero il trasferimento a scopo di garanzia c.d. ampliato oppure *omnibus*⁶⁰⁰. Si tratta dell'accordo con il quale si sottopongono a garanzia tutte le merci, presenti o future, destinate alla lavorazione, che si trovano nel magazzino dell'imprenditore; costui può servirsi di tutte quelle necessarie a proseguire l'attività, ma assume l'obbligo di sostituirle con altrettante dello stesso genere e valore. Se, invece, l'operatore commerciale provvede alla vendita delle cose così date in garanzia, egli, sempre in virtù del medesimo accordo, cede al finanziatore i diritti che gli deriveranno dalla vendita. All'imprenditore finanziato può anche essere concessa la facoltà di lavorare e trasformare i beni (*Verarbeitungsklausel*).

Oltre a quanto appena sommariamente illustrato, nel diritto tedesco è altresì diffuso il ricorso alla vendita con riserva di proprietà (§ 445 BGB), quando trattasi di fornire all'imprenditore beni materiali necessari alla produzione. In breve, il fornitore rimane proprietario della merce sino all'integrale pagamento del prezzo. Nel frattempo, il debitore, grazie alla stipulazione di apposite clausole non dissimili da quelle indicate pocanzi, può rivendere o lavorare quanto ha ricevuto.

È discusso se il trasferimento della proprietà in garanzia e la vendita con riservato dominio siano riconducibili a un denominatore comune, rappresentato dal pegno senza spossessamento, o, se si vuole formulare il quesito diversamente, se entrambe rappresentino delle "sottospecie" di quest'ultimo⁶⁰¹. Ciononostante, un punto di convergenza può essere individuato con sufficiente certezza, ovvero il fatto che, indipendentemente dal ricorso all'una o all'altra figura, i beni sottoposti a garanzia hanno un "destino dinamico", poiché saranno sostituiti da un "surrogato", ovvero il

⁶⁰⁰ Cfr. R. SERICK, *Le garanzie mobiliari nel diritto tedesco*, trad. it. a cura di P.M. Vecchi, Milano, 1990, 37 ss.

⁶⁰¹ Risponde negativamente R. SERICK, *Le garanzie mobiliari nel diritto tedesco*, cit., 137 ss., facendo leva sulle differenze tra le due figure che rendono impossibile ricondurle a un denominatore comune. L'Autore, tuttavia, non esclude che si possano gettare "dei ponti fra questi due poli distinti".

prodotto lavorato, oppure il credito derivante dall'alienazione⁶⁰². In questi termini si può allora rinvenire un'affinità tra le anzidette figure.

Prima di procedere con l'analisi dell'esperienza italiana e delle attuali forme di "rotatività" della garanzia, occorre concludere richiamando il sistema inglese. In particolare, viene in rilievo, quando trattasi di garanzie che, sia consentita la generalizzazione, consentono la sostituibilità dell'oggetto, la *floating charge*⁶⁰³. Già nella seconda metà del diciannovesimo secolo si possono rinvenire riconoscimenti da parte delle corti della garanzia in discorso. Il primo caso che tradizionalmente viene ricordato in proposito è *Holroyd v Marshall*, nel quale fu riconosciuta la possibilità di concedere in garanzia non solo un bene presente, bensì anche uno futuro, ovvero quello che avrebbe "rimpiazzato" il primo in seguito alla sua vendita⁶⁰⁴.

Non è però possibile ripercorrere l'evoluzione dell'istituto in discorso e la copiosa elaborazione giurisprudenziale che vi si è sviluppata attorno. È qui sufficiente ricordare che la *floating charge* consiste in una garanzia costituita da (e su) un complesso di beni presenti o e futuri - generalmente il magazzino, l'attivo aziendale o i macchinari dell'impresa - che rimangono nella disponibilità del debitore sino all'estinzione del credito o alla *crystallisation*,

⁶⁰² Le espressioni sono sempre di R. SERICK, *Le garanzie mobiliari nel diritto tedesco*, cit., 42. E. GABRIELLI, *Spossamento e funzione di garanzia nella teoria delle garanzie reali*, in *Fallimento*, 2002, 936, afferma difatti che trasferimento a scopo di garanzia e vendita con riserva della proprietà vengono qualificate alla stregua di garanzie reali senza spossamento. Secondo G. TRAPANI, *Il c.d. pegno mediante compossesso e il pegno senza spossamento*, cit., 34, il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia sarebbe, a rigore, un metodo per "eludere la legge", in quanto in pratica si realizza una costituzione in pegno nella quale il datore non è più tenuto a spogliarsi del possesso della cosa data in garanzia.

⁶⁰³ Sulla *floating charge* inglese si vedano senz'altro L. GULLIFER, *Goode on Legal Problems of Credit and Security*, 5^a ed., Londra, 2013, 123 ss.; ID., *The Reforms of the Enterprise Act 2002 and the Floating Charge as a Security Device*, in *Current Issues in European Financial and Insolvency Law*, Oxford-Portland, 2009, 17 ss.; e D. FELDMAN, F. MEISEL, *Corporate and commercial law: modern developments*, Londra, 1996, 193 ss.; R. GOODE, *Charges over book debts*, in *The Law Quarterly Review*, 1994, 592. Nella letteratura in lingua italiana, invece, E. GABRIELLI, *Sulle garanzie rotative*, cit., 49 ss.; ID. (e G.A. DANESE), *Le garanzie sui beni dell'impresa: profili della floating charge nel diritto inglese*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1995, I, 633; e G.B. BRUNI, *La garanzia « fluttuante » nell'esperienza giuridica inglese e italiana*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1986, I, 692.

⁶⁰⁴ Come riportato da L. GULLIFER, *Goode on Legal Problems of Credit and Security*, cit., 124, nel caso *Holroyd v Marshall*, (1862) 10 H.L. Cas. 191, il debitore aveva assegnato i suoi macchinari a un *trustee* del creditore e nell'accordo era stato pattuito che il *trust* si sarebbe esteso automaticamente a tutti gli altri macchinari acquistati in sostituzione dei primi dati in garanzia. La *House of Lords*, chiamata a stabilire se il creditore avesse un diritto di prelazione sui beni di nuova acquisizione, rispose affermativamente. Ulteriori riferimenti al caso anzidetto si possono leggere in E. GABRIELLI- G.A. DANESE, *Le garanzie sui beni dell'impresa: profili della floating charge nel diritto inglese*, cit., 634, testo e nota 4.

evento che determina la trasformazione della garanzia da *floating* a *fixed*⁶⁰⁵. Per quanto qui interessa, occorre segnalare che, durante il normale svolgimento del rapporto, l'imprenditore è libero di proseguire normalmente la propria attività, sfruttando, trasformando e persino sostituendo i beni che formano oggetto della garanzia. L'intento perseguito è evidentemente quello di evitare i già ricordati inconvenienti dello spossessamento⁶⁰⁶.

3.2. Sostituzione della cosa oggetto della garanzia pignorizia. Evoluzioni legislative e autonomia privata

Nelle pagine che precedono si è tentato di mettere in luce come sia stato necessario porre rimedio ad alcuni inconvenienti imposti dalla tradizionale configurazione delle garanzie reali. I sistemi europei più rappresentativi hanno reagito a questa necessità con metodi diversi, ma tutti comunque accomunati da una precisa circostanza, ovvero l'eliminazione del requisito dello spossessamento della cosa mobile data in garanzia. Tuttavia, se l'eliminazione della *traditio* ha sicuramente risolto il problema dell'utilizzazione del bene da parte del debitore, un'altra questione s'è successivamente posta nel dibattito sulla garanzia pignorizia, ovvero la possibilità di sostituire l'oggetto della medesima con uno nuovo, senza che tale procedimento provochi la novazione del rapporto.

L'Italia, a differenza di Germania, Francia e Spagna, si è mossa con notevole ritardo in questo ambito⁶⁰⁷. Come già rilevato nei capitoli precedenti, soprattutto in relazione alla trasformazione del bene gravato da ipoteca (art. 2742 c.c.), la possibilità di sostituire l'elemento oggettivo del pegno con uno

⁶⁰⁵ Tale evento rende inefficaci gli atti di disposizione dei beni sottoposti a garanzia; esso determina altresì l'impossibilità per il debitore di proseguire nella gestione dell'attività. La *crystallisation* si verifica evidentemente in situazioni di crisi dell'attività, spesso individuate dallo stesso atto costitutivo della garanzia.

⁶⁰⁶ Anche nella dottrina anglosassone è diffuso il rilievo per cui è sconveniente per entrambe le parti privare il debitore della disponibilità del bene dato in garanzia. Cfr. in proposito L. GULLIFER, *op. loc. cit.*, secondo cui "To require a trading company borrowing money on the security of its stock to obtain the consent of the creditor every time it wished to dispose of an item of stock would create an intolerable administrative burden for both parties".

⁶⁰⁷ Si segnala che persino nel Codice civile russo, in vigore sotto l'U.R.S.S., era previsto (al § 92) che la cosa mobile data in pegno potesse essere lasciata presso il debitore, previa apposizione di un segno indelebile. Costui era peraltro obbligato ad assicurare il bene per il perimento, nel qual caso il diritto si sarebbe trasferito sull'indennità d'assicurazione. Cfr. sul punto G. TRAPANI, *Il c.d. pegno mediante compossesso e il pegno senza spossessamento*, cit., 71, nonché L. BARBIERA, *Garanzia del credito e autonomia privata*, Napoli, 1971, 121, nota 73.

nuovo, mantenendo inalterato il rapporto (e dunque l'ordine di prelazione) originario appariva contrastante con i più elementari principi in tema di garanzie reali.

Sotto la vigenza del Codice Pisanelli, difatti, la sostituibilità della cosa data in pegno era presa in considerazione unicamente mediante un procedimento di tipo novativo. In altri termini, sempre ferma restando la *traditio* del bene al creditore, era possibile sostituire l'oggetto della garanzia mediante la costituzione di un nuovo pegno, il che avrebbe determinato appunto la novazione del rapporto e la "perdita" della prelazione originaria⁶⁰⁸. Ciò, evidentemente, non consentiva di raggiungere effetti analoghi a quelli previsti dalla legislazione straniera di cui s'è dato conto.

Nella seconda metà del ventesimo secolo, in assenza di interventi del legislatore sul punto, la dottrina non poteva far altro che continuare ad auspicare l'introduzione di "forme di garanzia che prescindessero dal possesso del bene gravato"⁶⁰⁹. L'invito, tuttavia, è rimasto inascoltato per diverso tempo e quando s'è trattato d'elaborare strumenti idonei a soddisfare le anzidette esigenze del mercato, in taluni casi, s'è preferito ricorrere a soluzioni diverse. Così, come rilevato da più parti, si è verificata innanzitutto una vera e propria proliferazione dei privilegi – fenomeno iniziato in realtà già sotto la vigenza della precedente codificazione, di cui, a titolo esemplificativo, si può richiamare il privilegio agrario –, introdotti mediante interventi specifici, settoriali e non rispondenti a una logica comune, talvolta ritenuti persino forme di ipoteca mobiliare "mascherata"⁶¹⁰.

⁶⁰⁸ Si vedano, ad esempio, le parole di L. ROSSI, voce *Pegno civile*, cit., 1283, secondo il quale "se il creditore restituisce le cose dategli in pegno al costituente il pegno nell'intesa che questi le sostituisca con altre, si ha la cessazione del primo contratto di pegno e una nuova costituzione di pegno per la cui efficacia è necessario che concorrano tutte le condizioni che occorrono per la sua validità".

⁶⁰⁹ Si esprimeva in questi termini A. MONTELLI, voce *Pegno (diritto vigente)*, in *Noviss. dig. it.*, XII, Torino, 1965, 797, il quale riteneva "indispensabile" per il potenziamento dell'agricoltura e dell'industria l'introduzione di forme di pegno senza spossessamento. L'Autore, probabilmente sulla scorta delle esperienze straniere, proponeva l'introduzione di un sistema basato sulla pubblicità mediante l'iscrizione in appositi registri delle cose mobili date in garanzia, o l'apposizione di un marchio sulle medesime.

⁶¹⁰ Secondo P. PISCITELLO, *Le garanzie bancarie flottanti*, cit., 5 ss., ed E. GABRIELLI, voce *Rotatività della garanzia*, cit., 1998, 112, questa tecnica legislativa ha condotto a un disordine della disciplina che ne impedisce la razionalizzazione. Per alcuni brevi riferimenti al fenomeno in discorso sotto la vigenza del Codice Pisanelli, si veda G. TUCCI, voce *Ipoteca: II) Ipoteca mobiliare*, in *Enc. giur. Treccani*, XVII, Roma, 2001, 2.

Questo processo è culminato con l'oramai noto art. 46 T.U.B. (entrato in vigore nel 1993), a norma del quale possono essere oggetto del privilegio gli impianti e le opere presenti o future, materie prime, prodotti da lavorare o lavorati e i beni acquistati con il finanziamento così garantito. In breve, *mutatis mutandis*, una sorta di *floating charge* che colpisce l'insieme delle cose e degli strumenti dell'impresa destinati alla produzione.

Altri interventi del legislatore hanno riguardato più da vicino l'istituto del pegno. È possibile ricordare il primo esempio, a quanto consta, di pegno rotativo. La l. n. 401 del 1985 consente la costituzione della garanzia pignoratizia su prosciutti, oltre che con le consuete forme dell'art. 2786 c.c., anche mediante l'apposizione sui medesimi di un contrassegno indelebile e la contestuale annotazione in appositi registri. La "rotatività" della garanzia, in questo caso, è data dal fatto che il vincolo pignoratizio "segue" il bene in tutte le fasi produttive, vale a dire si sposta immutato sulla cosa in tutti i momenti della lavorazione, sino a trasferirsi automaticamente sul prodotto finale⁶¹¹.

Un ulteriore esempio si rinviene nella legislazione speciale sul pegno di titoli, anche di Stato, valori mobiliari in gestione centralizzata e strumenti finanziari. Occorre ricordare le disposizioni di riferimento, ovvero, rispettivamente, l'art. 7 l. n. 289 del 1986 e l'art. 22, comma 4, l. n. 1 del 1991; oltre varie fonti di rango minore, quali i dd.mm. del Ministero del Tesoro (ora Ministero dell'Economia e delle Finanze) 27 maggio 1993 e 5 gennaio 1995, nonché la delibera Consob del 15 luglio 1994⁶¹². Tali provvedimenti si sono resi necessari in seguito all'informatizzazione del sistema di gestione dei titoli (c.d. dematerializzazione). Successivamente alla soppressione del documento fisico che incorpora il titolo – la *chartula* –, è stato necessario ripensare le modalità di costituzione del vincolo, che sono così passate dall'annotazione materiale sul medesimo e dalla sua *traditio* alla registrazione negli elenchi tenuti dall'intermediario⁶¹³. La caratteristica che accomuna le richiamate disposizioni è la possibilità di procedere alla surrogazione dell'oggetto della garanzia con

⁶¹¹ Come fa giustamente notare E. GABRIELLI, *Sulle garanzie rotative*, cit., 105, testo e nota 214, non si tratta di pegno su un bene futuro, poiché nel caso in analisi la cosa esiste materialmente, ma subisce un procedimento di trasformazione che ne muta l'utilizzazione economica. Ritieni che trattasi di garanzia rotativa anche G. CHINÈ, voce *Pegno*, III) *Pegno rotativo*, cit., 3.

⁶¹² Per un elenco aggiornato ed esaustivo delle fattispecie di garanzia rotativa, si veda senz'altro E. GABRIELLI, voce *Rotatività della garanzia*, cit., 2011, 824.

⁶¹³ L'evoluzione del procedimento è puntualmente descritta da L. CAPALDO, *Natura, contenuto e profili problematici delle norme bancarie in materia di pegno*, in *Fallimento*, 2002, 955.

altri strumenti di pari valore, senza che tale sostituzione o integrazione comporti una novazione, per cui, in caso di procedura concorsuale, varrà la data della prima registrazione, a nulla rilevando le successive modifiche. Si deve segnalare, infine, il pegno non possessorio introdotto dall'art. 1 d.l. n. 59 del 2016, sul quale ci si soffermerà nelle pagine seguenti.

In prospettiva storica, è possibile osservare che la rotazione della garanzia nel caso di pegno irregolare di titolo o valori, tuttavia, non ha mai suscitato particolari problemi – anche alla luce delle normative appena richiamate –, giacché il trasferimento della proprietà di detti beni dal debitore alla banca creditrice legittima gli atti di sostituzione dell'oggetto – ovvero l'acquisto di nuovi titoli con il ricavato della vendita di quelli scaduti –, senza interruzioni dell'originario rapporto di garanzia⁶¹⁴.

Nel contempo, mentre si susseguivano gli interventi del legislatore, sempre più numerosi nell'enucleare fattispecie di garanzie rotative, ci si è interrogati sull'ammissibilità del c.d. patto di rotatività nel caso di pegno regolare, ovvero l'accordo mediante il quale – evidentemente all'infuori delle ipotesi normative – si conviene la sostituzione dell'oggetto della garanzia, senza effetti novativi. Si può anticipare, per il momento, che il quesito appena formulato ha ricevuto risposta affermativa, sicché, attualmente, le garanzie rotative non pongono più problemi di ammissibilità, quanto piuttosto questioni legate ai limiti della loro utilizzabilità⁶¹⁵, sulle quali si tornerà nel prosieguo. Tuttavia, poiché il riconoscimento di una garanzia rotativa convenzionale è passato anche attraverso il ricorso al principio contenuto nell'art. 2742 c.c., è opportuno dar conto brevemente del dibattito sul punto.

Inizialmente, la giurisprudenza ha assunto un atteggiamento preclusivo – sebbene con motivazioni altalenanti – nei confronti degli accordi con i quali si pattuisce la sostituzione dell'oggetto della garanzia con altre cose del medesimo genere e qualità. In un caso si è detto che un siffatto contratto non dà luogo, per difetto del requisito essenziale dello spossessamento, a un pegno, bensì a una garanzia atipica⁶¹⁶. In un altro, invece, la sostituzione

⁶¹⁴ E. GABRIELLI, « Forma » e « realtà » nel diritto italiano delle garanzie reali, cit., 453; G. CHINÈ, voce *Pegno*, III) *Pegno rotativo*, cit., 4. In giurisprudenza, si veda App. Milano, 23 gennaio 2004, in *Foro it.*, Rep. 2005, voce *Pegno*, n. 16.

⁶¹⁵ Ne dà giustamente atto M. RESCIGNO, *Le garanzie « rotative » convenzionali: fattispecie e problemi di disciplina*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2001, I, 3.

⁶¹⁶ In questi termini, Trib. Roma, 18 luglio 1991, in *Foro it.*, 1992, I, 950, secondo cui il contratto con il quale, a garanzia di un credito, si dispone la custodia di una certa quantità di beni da parte di un soggetto terzo presso i magazzini della società debitrice, con facoltà per

dell'oggetto originario è stata qualificata come un nuovo pegno, con le facilmente ipotizzabili conseguenze in caso di revocatoria ordinaria o fallimentare⁶¹⁷. È stata altresì esclusa, sempre nelle ipotesi in esame, la prelazione pignorizia⁶¹⁸.

Quanto alla dottrina, autorevoli voci si sono misurate con la problematica in esame. Da un lato, come già osservato, nell'ultimo decennio del secolo scorso è stata avanzata la tesi favorevole all'ammissibilità della surrogazione reale convenzionale, che costituisce il fondamento del patto di rotatività della garanzia, a condizione che alla sostituzione si sia proceduto mediante una scrittura *ex artt. 2787, comma 3, e 2800 c.c.*, contenente sufficienti dettagli circa la cosa data in pegno⁶¹⁹. Questa sembra essere oggi la visione prevalente, peraltro accolta anche dalla Suprema Corte di Cassazione⁶²⁰. Dall'altro, s'è fatto notare che l'autonomia privata, ammesso che esista un principio generale di surrogazione reale, non può spingersi sino a incidere sul procedimento di formazione del pegno e a escludere i suoi elementi essenziali, per cui l'accordo che stabilisce la rotazione della garanzia sarebbe efficace solo *inter partes* e non opponibile ai terzi⁶²¹.

questa di sostituirli, in tutto o in parte, con altri beni di eguale genere e qualità, e con il solo onere per il consegnatario di registrarne in tal caso il carico e lo scarico nel libro magazzino da trasmettere periodicamente, per il suo controllo, al creditore, non dà luogo, per difetto del requisito essenziale dello spossessamento, ad un pegno, bensì ad una garanzia atipica.

⁶¹⁷ Trib. Livorno, 13 dicembre 1996, in *Foro it.*, Rep. 1998, voce *Fallimento*, n. 486, ha stabilito che nel caso di pegno c.d. rotativo, comunemente praticato dalle banche, dovrà aversi riguardo al fatto che, in sede di rinnovo, venga disposta o meno la sostituzione dei titoli originari, giacché, nel primo caso, dovrà ritenersi perfezionato al momento della *datio rei* un contratto nuovo e diverso dal precedente contratto di pegno, ai sensi dell'art. 2786 c.c.; qualora ciò si verifichi in sede fallimentare, si dovrà accertare se il nuovo contratto di pegno è stato concluso in periodo sospetto agli effetti dell'esperibilità dell'azione revocatoria *ex art. 67 l. fall.*

⁶¹⁸ Trib. Rovigo, 4 febbraio 1997, in *Foro it.*, Rep. 1998, voce *Pegno*, n. 34. Per un elenco esaustivo della giurisprudenza contraria alla rotatività della garanzia, si veda A.M. AZZARO, *Il pegno « rotativo » arriva in cassazione: ovvero « come la dottrina diventa giurisprudenza »*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1998, II, 492, nota 4.

⁶¹⁹ Il riferimento è sempre a E. GABRIELLI, *Il pegno « anomalo »*, cit., 181 ss. Per ulteriori riferimenti bibliografici alle opere del medesimo Autore si veda *retro* nt. 578.

⁶²⁰ Sul contenuto della decisione della Corte, si veda *infra*. In dottrina, invece, si segnalano, oltre all'Autore citato alla nota precedente, M. RESCIGNO, *Le garanzie « rotative » convenzionali: fattispecie e problemi di disciplina*, cit., 1 ss.; G. CHINÈ, voce *Pegno*, III) *Pegno rotativo*, cit., 1 ss.; cfr., infine, P. PISCITELLO, *Le garanzie bancarie flottanti*, cit., 34 ss., sebbene con motivazione diversa rispetto a quella della surrogazione reale convenzionale; in termini dubitativi, ma lasciando intendere la soluzione affermativa, F. REALMONTE, *Il pegno*, 2^a ed., in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, XIX, *Tutela dei diritti*, I, Torino, 1997, 825.

⁶²¹ Il principale oppositore della teoria a sostegno del pegno rotativo è F. GAZZONI, *Qualche dubbio sul pegno rotativo (in attesa di spiegazioni...)*, in *Riv. notar.*, 2000, 1468; ID., *Il vestito dell'imperatore (replica « ossessiva » sul pegno rotativo)*, *ivi*, 2002, 564; da ultimo, P.E. MERLINO,

Anche per coloro che propendono per l'ammissibilità della garanzia rotativa si presentavano comunque le seguenti questioni. In primo luogo, in assenza di una previsione legislativa esplicita, rinvenire una disposizione di riferimento che consenta la sostituibilità dell'oggetto della garanzia, senza sacrificare la prelazione originaria. In secondo luogo, le modalità della sostituzione, ovvero come attuare la surrogazione oggettiva nel pegno senza contravvenire al dettame degli artt. 2787, comma 3, e 2800 c.c., in relazione alla certezza della data di costituzione del vincolo per l'esercizio della prelazione.

Quanto al primo profilo, il fondamento normativo è stato – correttamente individuato – ad avviso di chi scrive – nell'art. 2742 c.c., che, secondo la migliore dottrina, esprime emblematicamente il principio della surrogazione reale⁶²². La disposizione, difatti, sancisce, tra le altre cose, come visto nel capitolo terzo, il trasferimento dell'originaria prelazione sul bene "nuovo", che prende il posto del precedente. Da essa, dunque, è possibile ricavare la generale sostituibilità dell'elemento oggettivo della garanzia, senza pregiudizio per la preferenza accordata al creditore garantito. Altre disposizioni codicistiche, poi, sono state individuate per arricchire il novero dei riferimenti normativi dai quali desumere l'esistenza del principio surrogatorio: si tratta degli artt. 2815, 2816 e 2825, comma 2, c.c.⁶²³.

Come già messo in luce dalla dottrina francese di *fin de siècle*⁶²⁴, proprio con particolare riferimento alla surrogazione reale, la garanzia attribuisce rilievo al bene "vincolato" non nella sua individualità e specificità, bensì in relazione al valore che esso rappresenta, sicché i "sostituti" del medesimo ben possono essere sottoposti allo stesso vincolo, in quanto, per dir così, ne fanno le veci, senza che ciò si traduca nella novazione del rapporto. Riportando questa considerazione al caso del pegno, "attraverso un atto di privata autonomia, gli strumenti e le strutture più adeguate alla funzione perseguita, è possibile operare una sostituzione dell'oggetto del pegno, poiché l'interesse protetto con la garanzia specifica non è quello diretto al conseguimento della

Sisifo, Zeus e la rotatività del pegno: riflessioni su Corte di cassazione, III sezione civile, 26 gennaio 2010, n. 1526, ivi, 2011, 168.

⁶²² Cfr. ancora E. GABRIELLI, *Il pegno «anomalo»*, cit., 187 ss.; ID., E. GABRIELLI, *Sulle garanzie rotative*, cit., 124 ss.

⁶²³ A proposito dei quali si veda *retro* cap. 2, par. 18. Per l'elenco delle disposizioni di riferimento cfr. G. CHINÈ, voce *Pegno, III) Pegno rotativo*, cit., 4 ss.

⁶²⁴ Sulla quale si veda *retro* cap. 1, par. 2.3. Il rilievo è diffuso anche nella dottrina più recente: si vedano P. SIMLER, P. DELEBECQUE, *Les suretés. La publicité foncière*, cit., 512.

res, ma quello diretto al conseguimento dell'utilità reale: del valore economico rappresentato dalla cosa"⁶²⁵.

Peraltro, il fatto che l'accordo sulla rotatività della garanzia contenga sin dall'inizio la clausola di sostituzione, sta a significare che le parti vogliono realizzare un'operazione economica unitaria, nella quale l'individuazione del momento e delle modalità con cui avverranno i mutamenti del bene non è nient'altro che l'espressione del profilo dinamico e causale del medesimo rapporto⁶²⁶. In breve, per riconoscere efficacia e validità alle garanzie rotative occorre considerare non i singoli atti mediante i quali si attuano le sostituzioni, bensì l'operazione economica e l'affare nel loro complesso.

Prima di illustrare come tutto quando precede è stato recepito dalla giurisprudenza, siano consentite alcune osservazioni. Il riferimento al meccanismo surrogatorio, per motivare la sostituibilità del bene con il mantenimento della prelazione originaria, appare senza dubbio corretto. Nelle ipotesi esaminate sino ad ora, difatti, si rinvengono i tratti propri della surrogazione reale. In primo luogo, un mutamento non del bene in sé e per sé, considerato come interesse protetto dall'ordinamento – in questo caso il diritto del creditore a conseguire un determinato valore –, bensì della cosa, ovvero la componente materiale del diritto, costituita dai vari oggetti della garanzia pignorizia che si susseguono nel corso del rapporto, in virtù delle sostituzioni⁶²⁷. In secondo luogo, l'effetto conservativo, nel senso che il mutamento nei predetti termini non altera la prelazione originaria e dunque il rapporto iniziale non subisce modificazione alcuna (fuorché nella componente materiale). Come si diceva, la teoria dottrinale riassunta nelle pagine che precedono ha trovato integrale accoglimento da parte della Cassazione. La Corte, sul finire degli anni novanta, ha sancito l'ammissibilità della garanzia rotativa, tuttavia con alcune precisazioni⁶²⁸. Quanto al fondamento del patto

⁶²⁵ Sono queste le parole di E. GABRIELLI, *Il pegno «anomalo»*, cit., 189.

⁶²⁶ Il ricorso al concetto di operazione economica unitaria, nella quale le sostituzioni non provocano una novazione, ma, nel permanere dell'originaria identità del vincolo, rappresentano solo fasi dello svolgimento del rapporto, si deve sempre a E. GABRIELLI, *Il pegno «anomalo»*, cit., 187. In forma più sintetica, ora ID., « *Forma* » e « *realtà* » nel diritto italiano delle garanzie reali, cit., 455.

⁶²⁷ Per la distinzione tra i concetti di "bene" e "cosa", si veda *retro* cap. 1, par. 5.

⁶²⁸ Il *leading case*, per dir così, è Cass., 28 maggio 1998, n. 5264, in *Foro it.*, 1998, I, 2405, secondo cui è legittimo il c.d. pegno rotativo che si realizza quando nella convenzione costitutiva della garanzia le parti prevedono la possibilità di sostituire i beni originariamente costituiti in garanzia, con la conseguenza che la sostituzione posta in essere non determina effetti novativi sul rapporto iniziale, a condizione che le sostituzioni risultino da atti scritti

di rotatività, vengono richiamate le disposizioni già indicate, ovvero gli artt. 2742, 2795, commi 1 e 2, 2815, 2816 e 2825, comma 2, c.c., che prendono in considerazione la cosa non nella sua individualità, ma nel suo valore economico⁶²⁹.

Per evitare che la sostituzione del bene si traduca in un pregiudizio per i creditori chirografari – afferma la Cassazione –, è necessario che i beni sostituiti abbiano un valore pari a quello della cosa data originariamente in pegno, poiché, se invece avessero un valore superiore, costoro vedrebbero ridotto il patrimonio che possono aggredire. In altri termini, fintantoché si rimane entro detto limite, le sostituzioni sono neutrali nei confronti degli altri creditori. Infine, quanto al requisito dello spossessamento, i beni “nuovi” devono essere anch’essi sottratti alla disponibilità del debitore ed è necessario che la consegna dei medesimi sia assistita da una scrittura con data certa e sufficiente indicazione, ex art. 2787, comma 3, c.c., della cosa e del credito.

3.3. Patto di rotatività e surrogazione reale convenzionale

Delineata nelle pagine che precedono l’evoluzione normativa, dottrinale e giurisprudenziale della garanzia rotativa, occorre soffermarsi sul patto di rotatività. Con tale espressione si indica l’accordo, inserito nel negozio costitutivo della garanzia, di cui costituisce parte integrante, mediante il quale si determina la surrogazione convenzionale dell’oggetto del pegno⁶³⁰. Il pegno

aventi data certa, che avvenga la consegna del bene e che questo bene offerto in sostituzione abbia lo stesso valore di quello sostituito. La pronuncia ha accolto *in toto* la tesi prospettata da E. GABRIELLI, *Il pegno «anomalo»*, cit. Nella giurisprudenza di merito un’apertura in tal senso era già avvenuta con Trib. Milano, 17 novembre 1997, in *Foro it.*, 1998, I, 1309.

⁶²⁹ Si segnala che la Cassazione, nel provvedimento citato alla nota precedente, ha affermato che “l’ammissibilità di modificazioni oggettive che non facciano venir meno l’identità del rapporto giuridico o che, pur dando vita alla costituzione di un rapporto nuovo, assicurino, comunque, la tutela della situazione giuridica preesistente è, in effetti, specificamente riconosciuta dal legislatore, rispetto ai diritti reali di garanzia”. Il passaggio relativo alla “costituzione di un rapporto nuovo”, come chiarito dai primi commentatori della sentenza (si veda, ad esempio, L. PANZANI, *Revocatoria della garanzia pignoratizia e patto di rotatività*, in *Fallimento*, 1999, 270, al quale si deve l’espressione che segue) è evidentemente un “*lapsus calami*”, come si evince facilmente dalla lettura di tutta la sentenza, incentrata sull’esclusione dell’effetto novativo. Concorda sul punto E. GABRIELLI, voce *Rotatività della garanzia*, cit., 2011, 831.

⁶³⁰ Per tutti, E. GABRIELLI, « *Forma* » e « *realtà* » nel diritto italiano delle garanzie reali, cit., 457. Si segnala, tuttavia, che la ricostruzione in termini di surrogazione reale non è universalmente accolta. Da ultimo, per una critica a questa impostazione, si veda U. MALVAGNA, *Sulle clausole di rotatività del nel pegno: funzione « conservativa » del valore della garanzia e strutture decisionali delle sostituzioni*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2014, I, 313 ss., spec. 315,

rotativo, in quanto caratterizzato dall'accordo suddetto, nonché dagli atti con i quali si procede alla sostituzione dell'oggetto, è da considerarsi come una fattispecie a formazione progressiva, che si compone di più elementi. L'accordo in discorso si muove in ogni caso entro le maglie della tipicità legale, nel senso che non si tratta di una pattuizione ascrivibile a quelle individuate dall'art. 1322, comma 2, c.c. e perciò estranea ai contratti nominati⁶³¹. Per tale ragione, la garanzia per la quale è stata pattuita la rotatività si considera costituita nel momento in cui avviene l'originaria consegna del bene e le successive sostituzioni non determinano né l'insorgenza di un nuovo rapporto, né la nuova decorrenza del periodo sospetto ai fini dell'azione revocatoria⁶³². Tuttavia, affinché queste ultime due circostanze possano verificarsi, è necessario che ricorrano le seguenti condizioni per evitare frodi e collusioni ai danni dei creditori chirografari.

In primo luogo, la sostituzione deve avvenire nei limiti del valore del bene originariamente dato in pegno. Questo aspetto è stato chiarito dalla Cassazione già alla fine degli anni novanta⁶³³ e ha trovato conferma in successivi provvedimenti legislativi. Tra questi si segnala il d.lgs. n. 213 del 1998 – che ha introdotto una tra le prime ipotesi di garanzia rotativa – il quale stabilisce, all'art. 34, comma 2, che “possano essere accesi specifici conti destinati a consentire la costituzione di vincoli sull'insieme degli strumenti finanziari in essi registrati; in tal caso l'intermediario è responsabile dell'osservanza delle istruzioni ricevute all'atto di costituzione del vincolo in

nota 8. Si veda altresì C. ABATANGELO, *Le nuove garanzie mobiliari tra realtà e obbligatorietà del vincolo*, Padova, 2012, 87 ss.

⁶³¹ Come chiarito efficacemente ancora da E. GABRIELLI, *Il pegno «anomalo»*, cit., 181 ss., mancando nel pegno rotativo l'alterazione della funzione propria della garanzia reale – che rimane sempre quella di attribuire al creditore un diritto a conseguire un determinato valore –, non si realizza una modifica della struttura formale della medesima, con la conseguenza che si rimane sempre nell'ambito del tipo individuato dalla legge. Di qui l'attributo di “anomalo” e non di “atipico” al pegno: E. GABRIELLI, « *Forma* » e « *realtà* » nel diritto italiano delle garanzie reali, cit., 458.

⁶³² Il principio è pacifico in giurisprudenza. Si veda, *ex multis*, Cass., 1° luglio 2015, n. 13508, in *Foro it.*, Rep. 2015, voce *Fallimento*, n. 327, secondo cui il patto di rotatività del pegno costituisce fattispecie a formazione progressiva che trae origine dall'accordo scritto e di data certa delle parti, cui segue la sostituzione dell'oggetto del pegno, senza necessità di ulteriori stipulazioni e con effetti ancora risalenti alla consegna dei beni originariamente dati in pegno. Ne consegue, ai fini dell'esperibilità dell'azione revocatoria fallimentare, che la continuità dei rinnovi fissa la genesi del diritto reale di garanzia al momento della stipulazione originaria e non a quello successivo della sostituzione.

⁶³³ Cass., 28 maggio 1998, n. 5264, cit., seguita poi da Cass., 5 marzo 2004, n. 4520, in *Fallimento*, 2005, 547 e da Cass., 1° febbraio 2008, n. 2456, in *Foro it.*, Rep. 2008, voce *Fallimento*, n. 471.

ordine alla conservazione dell'integrità del valore del vincolo ed all'esercizio dei diritti relativi agli strumenti finanziari". Il decreto appena richiamato è stato poi integrato dal Regolamento Consob del 23 dicembre 1998, il quale, all'art. 46, comma 1, ha ulteriormente specificato che "per gli strumenti finanziari registrati in conto in sostituzione o integrazione di altri strumenti finanziari registrati nel medesimo conto, a parità di valore, la data di costituzione del vincolo è identica a quella degli strumenti finanziari sostituiti o integrati". Ancora più esplicita è la lett. g) dell'art. 1 d.lgs. 170 del 2004: si intende per "clausola di sostituzione: la clausola del contratto di garanzia finanziaria che prevede la possibilità di sostituire in tutto o in parte l'oggetto, nei limiti di valore dei beni originariamente costituiti in garanzia".

Il rispetto della parità di valore (tra oggetto "sostituto" e "sostituito") è imposto dalla necessità di non alterare il principio della *par condicio creditorum*. Si è posto, a questo proposito, il problema relativo al momento in cui calcolare detto valore: all'atto della costituzione del vincolo oppure della sostituzione. L'opinione prevalente ritiene che sia possibile misurare tale equivalenza solo *a posteriori* rispetto al momento in cui si è costituita la garanzia. In altri termini, il valore di riferimento è quello del bene nel momento in cui viene sostituito⁶³⁴.

In secondo luogo, è necessario che siano rispettati i dettami degli artt. 2787 e 2800 c.c., affinché il creditore possa godere della prelazione. Sul punto, tuttavia, si rinvencono orientamenti contrastanti. Da un lato, alcune pronunce richiedono che la sostituzione risulti da atto scritto, avente data certa, contenente sufficienti indicazioni della cosa "nuova"⁶³⁵. Dall'altro - con atteggiamento invero più permissivo -, è stato affermato che il trasferimento del vincolo pignoratizio non richiede una nuova e distinta manifestazione di volontà delle parti o che l'indicazione dei diversi beni risulti da un atto scritto avente data certa, rivelandosi, invece, sufficiente che la descritta sostituzione sia accompagnata dalla specifica indicazione di quelli sostituiti e dal

⁶³⁴ E. GABRIELLI, « Forma » e « realtà » nel diritto italiano delle garanzie reali, cit., 460; G. CHINÈ, voce *Pegno*, III) *Pegno rotativo*, cit., 6, i quali escludono che il patto di rotatività debba contenere *ab origine* l'indicazione del valore al quale "ancorare" le sostituzioni. Come chiarito da M. RESCIGNO, *Le garanzie « rotative » convenzionali: fattispecie e problemi di disciplina*, cit., 16, Il valore andrà poi fissato o nel prezzo di realizzo (ove l'oggetto originario del pegno venga venduto) o nel prezzo di mercato, laddove non venga alienato, così che il limite della rotatività sia fissato nella sua soglia massima nell'evoluzione positiva del valore dei beni che di volta in volta ne formano oggetto.

⁶³⁵ Cass., 28 maggio 1998, n. 5264, cit.; Cass., 5 marzo 2004, n. 4520, cit.

riferimento all'accordo suddetto, così consentendosi il collegamento con l'originaria pattuizione⁶³⁶.

Al di là delle forme mediante le quali debba avvenire il mutamento dell'oggetto del pegno, il patto di rotatività, dunque, consente alle parti di escludere l'effetto novativo ogniqualvolta procedano alla sostituzione della *res* sulla quale grava la garanzia. È possibile così rinvenire nella fattispecie esaminata i tratti caratteristici del fenomeno surrogatorio. In primo luogo, l'effetto "conservativo", malgrado il mutamento oggettivo che – seppur convenzionalmente stabilito – colpisce il pegno. Il creditore, difatti, potrà esercitare sui beni "sostituti" (*rectius*: l'ultimo della serie di sostituzioni) il medesimo diritto che avrebbe esercitato sulla cosa originariamente data in garanzia. In altri termini, come già chiarito nei capitoli precedenti, nella garanzia rotativa muta esclusivamente l'elemento materiale della medesima, ovvero la cosa sulla quale essa grava, ma rimane del tutto immutato il bene, con ciò intendendosi l'interesse protetto dall'ordinamento mediante la costituzione del pegno, ovvero il diritto a conseguire un determinato valore quale garanzia del credito.

In secondo luogo, il fatto che il mutamento dell'oggetto è del tutto indifferente e neutrale non solo rispetto al creditore privilegiato, bensì anche a quelli chirografari. Se difatti viene rispettata la parità di valore tra *bien ancien* e *bien nouveau*, questi ultimi non subiscono pregiudizio alcuno.

3.4. Surrogazione reale nel "nuovo" pegno non possessorio

Il d.lgs. 3 maggio 2016, n. 59, ha introdotto il "pegno mobiliare non possessorio". Si tratta di un "sotto-tipo"⁶³⁷ del pegno tradizionale, che può

⁶³⁶ In questi termini, Cass., 22 dicembre 2015, n. 25796, in *Foro it.*, 2016, I, 2146, con nota di M. LUCCI. Si veda inoltre Cass., 1° ottobre 2012, n. 16666, in *Contratti*, 2013, 1003, con nota di M.M. D'AGUI, secondo cui la forma scritta è prevista dall'art. 2787, comma 3 c.c., ai soli fini della prelazione del creditore pignoratorio sulla cosa oggetto della garanzia, mentre per le parti la convenzione costitutiva del pegno si perfeziona, ai sensi dell'art. 2786 c.c., con la consegna della cosa al creditore, e ciò basta ad escludere che il trasferimento ai nuovi titoli del vincolo pignoratorio originariamente gravante sui titoli scaduti, previsto dalla convenzione stipulata per iscritto dalle parti, possa realizzarsi solo a seguito di un ulteriore atto scritto. In dottrina, propende per la necessità che la sostituzione risulti da atto scritto, M. RESCIGNO, *Le garanzie « rotative » convenzionali: fattispecie e problemi di disciplina*, cit., 15 ss.

⁶³⁷ L'espressione è di E. GABRIELLI, *Una garanzia reale senza possesso*, in *Giur. it.*, 2017, 1717. Chiarisce l'illustre Autore che il pegno non possessorio si differenzia da quello rotativo in quanto quest'ultimo rientra nello schema legale del pegno, seppur in forma "anomala", mentre il primo presenta alcune "note extra tipiche" che non sono invece rinvenibili nello

essere costituito su beni mobili, esistenti o futuri, destinati all'esercizio dell'impresa, a esclusione dei mobili registrati. La particolarità di questa nuova fattispecie consiste nella facoltà per il debitore o il terzo concedente il pegno di trasformare o alienare, nel rispetto della loro destinazione economica, o comunque di disporre dei beni gravati. In tal caso, la garanzia si trasferisce, rispettivamente, al prodotto risultante dalla trasformazione, al corrispettivo della cessione del bene gravato o al bene sostitutivo acquistato con tale corrispettivo, senza che ciò comporti una novazione.

La nuova disciplina è ascrivibile alla categoria delle garanzie rotative, giacché, di regola ("ove non sia diversamente disposto nel contratto", stabilisce l'art. 1, comma 2), il vincolo che pende sui beni dati in pegno rimane invariato nonostante i mutamenti della componente materiale del diritto. È significativo che il legislatore discorra di "trasferimento" della garanzia sulle cose che vanno a sostituire quelle originariamente oppignorate. Tale termine non può non rimandare ad alcune fattispecie esaminate in precedenza, ossia gli artt. 1017, 1019 e 1020 c.c., nei quali si stabilisce appunto il "trasferimento" dell'usufrutto all'indennità dovuta dal terzo, dall'assicuratore, oppure sulla nuova costruzione. È ben vero che il perimento della cosa – presupposto delle disposizioni da ultimo richiamate – è evento diverso dalla trasformazione o lavorazione del bene dell'impresa, ma pare comunque possibile intravedere un parallelismo con il pegno non possessorio, laddove comunque si tratti di "mutamento" dell'oggetto del diritto reale al quale non corrisponde un fenomeno novativo.

Non è possibile stabilire con certezza se si tratti di una scelta lessicale consapevole, nel senso di evocare, per dir così, agli anzidetti casi di surrogazione reale⁶³⁸. Ad ogni modo, in considerazione del "trasferimento" del pegno alla cosa nuova, "senza che ciò comporti costituzione di una nuova garanzia" (è l'art. 1, comma 2), si ritiene di poter affermare che operi nel caso in esame il meccanismo surrogatorio. Più precisamente, per l'ipotesi di

schema legale del pegno classico. In argomento, si vedano anche: M. CAMPOBASSO, *Il pegno non possessorio*. «Pegno» ma non troppo, in *Nuove leggi civili comm.*, 2018, 703; e F. MURINO, *Prime considerazioni sul c.d. pegno non possessorio*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2017, I, 231. Per una sintesi delle novità apportate dal provvedimento, invece, cfr. G.B. BARILLA, *Alcune osservazioni a margine del recepimento legislativo del pegno non possessorio*, in *Corr. giuridico*, 2017, 5.

⁶³⁸ L'identità dei termini potrebbe deporre in questo senso. Si noti però che il d.lgs. n. 59 del 2016 è caratterizzato da pessima qualità del linguaggio, spesso impreciso e atecnico, come autorevolmente rilevato da E. GABRIELLI, *Una garanzia reale senza possesso*, cit., 1715.

lavorazione delle cose oppignorate, si avrà la surrogazione di cosa a cosa; per quelle di alienazione, la surrogazione del prezzo alla cosa.

Il meccanismo surrogatorio è una naturale conseguenza delle facoltà di gestione e disposizione dei beni dati in garanzia, nell'ottica di lasciare all'imprenditore la libertà di condurre l'attività⁶³⁹. È così possibile soddisfare al medesimo tempo le esigenze di tutti i soggetti coinvolti: il finanziatore, che non vede la propria garanzia diminuita, nonostante il processo di trasformazione o l'alienazione delle cose, e il debitore, che può continuare a sfruttarle.

3.5. Sostituzione della cosa oggetto della garanzia ipotecaria

In precedenza sono state analizzate le ipotesi normative di trasformazione dell'oggetto della garanzia ipotecaria, in seguito al perimento materiale o giuridico del medesimo. Il sistema, come si è cercato di dimostrare, ammette che la cosa sulla quale la garanzia pende si trasformi e assuma altre vesti, senza che questo fenomeno alteri la posizione del creditore, il quale potrà esercitare sul *bien nouveau* esattamente gli stessi diritti che avrebbe esercitato sul *bien ancien*.

Ammesso dunque che in talune ipotesi legislative il mutamento in discorso è possibile, occorre domandarsi se sia consentito alle parti addivenire per via convenzionale alla sostituzione della cosa che costituisce l'oggetto dell'ipoteca. Al quesito, così formulato, si deve rispondere in maniera affermativa e una conferma proviene dall'art. 1321 c.c.: il contratto, difatti, può essere volto anche a modificare l'oggetto di un precedente rapporto. Tuttavia, una sostituzione, per dir così, pura e semplice, imporrebbe al creditore di rinunciare all'originaria ipoteca (e al relativo grado), in quanto dovrebbe procedere alla cancellazione di quella iscritta sul bene originario e all'iscrizione su quello nuovo. Al di là delle considerazioni circa la convenienza di un'operazione di tal fatta, in linea di principio si deve ritenere ammissibile l'accordo dal quale discende la costituzione di una "nuova"

⁶³⁹ Cfr. M. CAMPOBASSO, *Il pegno non possessorio. «Pegno» ma non troppo*, cit., 717 ss., che discorre a questo proposito di "meccanismo di surrogazione". Nel senso della surrogazione reale, si vedano anche E. GABRIELLI, *Una garanzia reale senza possesso*, cit., 1717, che richiama l'art. 2742 c.c., e F. MURINO, *Prime considerazioni sul c.d. pegno non possessorio*, cit., 255.

garanzia immobiliare su un bene diverso, in sostituzione di quella precedente⁶⁴⁰.

Considerato però che nelle ipotesi normative di trasformazione della cosa gravata nell'equivalente economico l'effetto novativo, come visto, è sempre escluso dal legislatore, il quesito precedente si potrebbe porre in altro modo, ovvero se sia consentito alle parti di mutare l'oggetto dell'ipoteca, senza che ciò provochi una novazione e dunque ammettendo il trasferimento del medesimo vincolo sul bene nuovo. In questa differente formulazione, l'interrogativo ha ricevuto tutt'altra risposta, principalmente per due ragioni. In primo luogo, poiché nel sistema delle garanzie reali – si è detto – vige il principio di specialità, in virtù del quale esse devono riguardare beni specifici; in secondo luogo, in quanto la surrogazione reale non è un principio generale del nostro ordinamento, bensì ha natura strettamente eccezionale⁶⁴¹.

In riferimento alla seconda delle motivazioni addotte per negare una surrogazione reale convenzionale, pare potersi affermare che essa non convinca del tutto. La vicenda del pegno rotativo, ad esempio, come riassunta nelle pagine che precedono, dovrebbe aver oramai dimostrato che le modificazioni convenzionali dell'oggetto della garanzia reale – chiaramente, a determinate condizioni, per la salvaguardia dei terzi – sono ammissibili. In breve, sia consentita la generalizzazione, come è possibile modificare convenzionalmente l'oggetto del pegno, prevedendo in anticipo la sua sostituibilità mediante il patto di rotatività, senza porre in essere un fenomeno di tipo novativo, quando ciò corrisponde all'interesse delle parti, allo stesso modo dovrebbe essere consentito altrettanto per l'ipoteca. Si pensi, poi,

⁶⁴⁰ Per tutti, L. BARBIERA, *Garanzia del credito e autonomia privata*, cit., 301 ss., che ritiene ammissibile la sostituzione dell'oggetto della garanzia mediante un negozio modificativo che esprime la volontà delle parti in tal senso. L'Autore, tuttavia, tralascia volutamente l'interrogativo relativo alla permanenza dell'originaria prelazione in relazione alla revocatoria fallimentare. Sul punto, da ultimo, anche A. GENOVESE, *Il trasferimento dell'ipoteca. Vicende del rapporto ipotecario*, cit., 85 ss., nel senso dell'ammissibilità di un siffatto accordo.

⁶⁴¹ A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, cit., 55, ravvisa un contrasto tra il principio di specialità e la surrogazione reale, essendo quest'ultima una figura del tutto eccezionale. Secondo D. RUBINO, *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, cit., 75, "fuori dai casi previsti dalla legge, i privati non possono quindi trasportare su un nuovo oggetto l'identica, originaria ipoteca, ma solo estinguerla (per rinuncia) e costituirne sul secondo bene una distinta, con relativo nuovo grado". Della medesima opinione è A. CHIANALE, *L'ipoteca*, cit., 325. Sempre nel senso dell'inammissibilità del trasferimento del vincolo ipotecario da un bene all'altro, si vedano G. GORLA, P. ZANELLI, *Del Pegno. Delle ipoteche*, cit., 192 ss., essenzialmente sempre in ragione dell'eccezionalità dell'art. 2825 c.c.

all'ambito della separazione patrimoniale, in cui recenti indagini hanno confermato la sostituibilità convenzionale dell'oggetto del "vincolo"⁶⁴².

In riferimento alla prima delle motivazioni, invece, per ora si può osservare che le esperienze straniere dimostrano ampiamente la "crisi" del principio di specialità⁶⁴³. Premesso che, secondo la ricostruzione che qui si intende sostenere, la surrogazione convenzionale nell'ipoteca comunque non andrebbe affatto a intaccare il principio di specialità, ad ogni modo, anche qualora si ritenesse sussistente questo *vulnus*, pare che gli esempi della *hipoteca flotante*, della *hipoteca global* e della *hypothèque rechargeable* dimostrino il carattere recessivo di quest'ultimo, nel senso che, se effettivamente ricorrono delle esigenze, è ben possibile una compressione del principio di specialità.

Non pare del tutto fuori luogo, dunque, porsi l'interrogativo relativo alla possibilità di modificare in via convenzionale l'oggetto della garanzia ipotecaria senza incorrere negli "inconvenienti" della novazione, primo fra tutti la perdita del grado. La posizione dottrinale favorevole alla sostituibilità del bene oggetto dell'ipoteca, in termini di surrogazione reale, è assolutamente minoritaria e non pare aver ricevuto ampio seguito⁶⁴⁴. Occorre però far notare che la maggior parte delle opinioni contrarie non ha tenuto conto – principalmente e probabilmente per ragioni temporali – della recente

⁶⁴² Il riferimento è ancora al contributo di L. BALLERINI, *Patrimoni separati e surrogazione reale. Il patto di sostituzione*, cit., 329 ss., il quale muove proprio dai principi di specialità e pubblicità in tema di garanzie reali. Si segnala che l'Autore riconosce spazio all'autonomia privata, quanto alla sostituibilità dei beni oggetto di separazione patrimoniale, pur non ammettendo l'esistenza di un principio generale di surrogazione.

⁶⁴³ Crisi che la dottrina ha già da qualche decennio messo in luce: cfr. P. CROCCO, *Le principe de spécialité des sûretés réelles: chronique d'un déclin annoncé*, cit., 59. A. GENOVESE, *Il trasferimento dell'ipoteca. Vicende del rapporto ipotecario*, cit., 142, in riferimento alla regola contenuta nell'art. 2809 c.c., dubita persino dell'esistenza di un principio generale di specialità.

⁶⁴⁴ Le uniche voci, a quanto consta, ad aver sostenuto questa posizione si riducono sostanzialmente a quattro: M. ALBERGO, *È ammissibile la surrogazione reale nell'ipoteca?*, in *Vita not.*, 1987, CXLI, F. LOFFREDO, *Atti tra vivi. Legge notarile*, 2^a ed., Milano, 2011, 240 ss., B. BORRILLO, *La circolazione della garanzia ipotecaria*, Napoli, 2016, 215, e F. FIORENTINI, *Le garanzie immobiliari in Europa*, Berna-Napoli, 2009, 416 ss., testo e nota 75. Al primo Autore ha replicato, peraltro con osservazioni critiche, M.N. BADALAMENTI, *Osservazioni al quesito «È ammissibile la surrogazione reale nell'ipoteca?»*, in *Vita not.*, 1989, LXXXVIII. Un cenno alla questione anche in L. BALLERINI, *Patrimoni separati e surrogazione reale. Il patto di sostituzione*, cit., 336, testo e nota 542, nonché in M. BUSSANI, *Il modello italiano delle garanzie reali*, cit., 166. In giurisprudenza, un'isolata pronuncia di merito (App. Bologna, 24 settembre 1994, in *Dir. fallim.*, 1995, II, 1031, con nota critica di A. CREMONINI e G. FRANCHI) ha stabilito che non è autonomamente soggetta a revocatoria fallimentare, come concessa per debito preesistente, l'ipoteca costituita in sostituzione di altra precedente ipoteca contestuale su beni diversi; anche la seconda iscrizione, infatti, al pari della prima trova il proprio titolo nell'originario contratto di mutuo, attenendo la sostituzione convenzionale dell'ipoteca al solo aspetto accessorio della garanzia.

esperienza del pegno rotativo e della sua recezione da parte della legge, che invero costituisce un significativo passo in avanti quanto alla rotatività della garanzia.

Come si diceva, pare ammissibile in linea di principio un accordo mediante il quale debitore e creditore convengono il trasferimento dell'ipoteca da un immobile a un altro. Detto trasferimento pone tuttavia una lunga serie di questioni che non è possibile affrontare in modo esauriente nel presente scritto⁶⁴⁵. Per tale ragione, ci si soffermerà su quella che si ritiene essere la più importante, ovvero il (mantenimento del) grado dell'originaria garanzia in capo al bene "nuovo". Prima di spendere qualche osservazione sul principio di specialità quanto all'oggetto della garanzia, sovente invocato per negare la surrogazione reale nell'ipoteca, è opportuno richiamare quelle disposizioni codicistiche che prevedono il trasferimento dell'ipoteca da un bene all'altro, senza mutamento del grado. Viene in rilievo, innanzitutto, ancora l'art. 2742 c.c., per il caso in cui si procede alla ricostruzione dell'immobile, che, come visto, può essere diverso da quello perito e sorgere persino su un fondo differente; si considerino, poi, a titolo meramente esemplificativo, gli artt. 853, comma 3, e 2825, comma 4, c.c., dei quali si è già dato conto. Le disposizioni appena richiamate testimoniano come per l'ordinamento sia ammissibile il "trasporto" della medesima ipoteca da un bene a un altro, senza che si modifichi il grado della garanzia e dunque la "precedenza" accordata al creditore.

Quest'ultima particolarità è però chiaramente un effetto legale, prodotto dalla disciplina in discorso. Quando trattasi invece di una modifica convenzionale, occorre essere cauti, poiché essa potrebbe essere letta, soprattutto quando è in gioco un elemento essenziale dell'obbligazione qual è il suo oggetto, come una novazione⁶⁴⁶. Tuttavia, in considerazione del fatto che

⁶⁴⁵ Per una compiuta analisi di tutte le problematiche connesse al trasferimento dell'ipoteca, tra le quali si possono ricordare, a titolo meramente esemplificativo, quelle relative all'invalidità della garanzia, al grado e alla pubblicità della vicenda modificativa, si veda A. GENOVESE, *Il trasferimento dell'ipoteca. Vicende del rapporto ipotecario*, cit., 97 ss.

⁶⁴⁶ Si veda Cass., 22 settembre 2000, n. 12039, in *Foro it.*, Rep. 2000, voce *Obbligazioni in genere*, n. 43, secondo cui, affinché possa verificarsi novazione oggettiva di una precedente obbligazione, occorre che vi sia un mutamento sostanziale della medesima 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. Cass., 22 maggio 1998, n. 5117, in *Foro it.*, Rep. 1998, voce *Obbligazione in genere*, n. 54, ha escluso che la modifica dell'oggetto del contratto integri

l'ipoteca attribuisce sostanzialmente, come più volte ribadito, il diritto a far vendere la cosa ipotecata e a soddisfarsi sul ricavato⁶⁴⁷, non dovrebbe integrare gli estremi di una modifica essenziale il suo "trasporto" da un bene a un altro.

Si può dunque discutere sulla natura eccezionale degli artt. 853, 2742 e 2825 c.c. e sulla loro applicabilità a casi non espressamente contemplati, ma, a quanto consta, essi raramente sono stati messi in relazione con il principio di specialità quanto all'oggetto della garanzia reale⁶⁴⁸. Difatti, la specialità, consistente nell'iscrizione dell'ipoteca su beni "specialmente indicati", come prescrive l'art. 2809 c.c., impedisce la costituzione di garanzie generiche che hanno ad oggetto una pluralità di beni indefinita, ma il principio in discorso non impone affatto che il vincolo ipotecario gravi perennemente sul medesimo bene⁶⁴⁹. Anzi, come appena visto, sono numerose le ipotesi legali di mutamento dell'oggetto della garanzia. Atteso dunque che la modifica convenzionale del bene ipotecato replica, per dir così, uno schema previsto per ipotesi specifiche dalla legge, dovrebbe essere possibile in via convenzionale raggiungere un accordo di questo contenuto, che però non alteri il grado della garanzia.

È possibile proporre, a questo proposito, un parallelismo con il caso del pegno rotativo. Anche nell'ipotesi dell'ipoteca, difatti, potrebbe convenire alle parti la sostituzione dell'oggetto della garanzia – purché tale sostituzione non sia volta unicamente a "frodare" gli altri creditori – e il fondamento del mutamento in discorso può essere rintracciato ancora nell'art. 2742 c.c., come chiarito da chi si è occupato *ex professo* della materia⁶⁵⁰. Se, dunque, la sostituzione dell'oggetto effettivamente corrisponde a un particolare interesse delle parti – come potrebbe essere quello di sfruttare un'occasione favorevole

una novazione quando dà luogo ad una nuova obbligazione incompatibile con il persistere della obbligazione originaria.

⁶⁴⁷ Circostanza che pare trovare conferma nel divieto di patto commissorio di cui all'art. 2744 c.c.

⁶⁴⁸ Ad esempio, A. RAVAZZONI, *op. loc. cit.*, declina il principio di specialità anche in senso "temporale", per cui sarebbe preclusa alle parti la sostituzione del bene ipotecato. Per l'approfondimento delle ipotesi richiamate nel testo, si veda *retro* cap. III, par. 18 e ivi i riferimenti bibliografici alla dottrina che generalmente le annovera tra i casi di surrogazione reale. In questo senso, cfr. anche C. CICERO, voce *Ipoteca*, in *Dig. disc. priv., sez. civ., agg. X*, Torino, 2016, 486.

⁶⁴⁹ In questi termini, per motivare la sostituibilità del bene ipotecato, M. ALBERGO, *È ammissibile la surrogazione reale nell'ipoteca?*, cit., CXLII.

⁶⁵⁰ In riferimento al pegno rotativo, trattasi di E. GABRIELLI, *Il pegno «anomalo»*, cit., 188 ss.

di vendita del bene gravato⁶⁵¹ – e non v'è alterazione del valore garantito – in breve, se essa non va a ledere la posizione dei terzi –, non paiono sussistere ragioni che possano impedire la surrogazione reale in via convenzionale, con tutte le conseguenze che le sono proprie, ovvero l'effetto precipuamente conservativo della situazione giuridica, che consentirà al creditore d'esercitare sul bene "nuovo" esattamente lo stesso diritto che avrebbe esercitato su quello precedente.

Naturalmente, affinché tale operazione possa ricevere adeguata tutela, anche in relazione alle pretese dei terzi, è necessario che riceva opportuna pubblicità. Pare possibile fare ricorso, a questo proposito, al procedimento applicabile nel caso dell'art. 2825 c.c., anche se occorre distinguere tra il bene sostituito e quello sostituto. Quanto al primo, dovrà procedersi all'annotazione della sostituzione a margine dell'originaria iscrizione (art. 2843 c.c.) e all'indicazione del bene "nuovo", essendo l'annotazione il mezzo di pubblicità delle vicende modificative dell'ipoteca⁶⁵². Quanto al secondo, come previsto dall'art. 2825, comma 2, c.c., occorrerà una nuova iscrizione, la quale, tuttavia, non sembra avere carattere propriamente costitutivo, poiché valgono data e grado originari, ossia della prima garanzia⁶⁵³.

In conclusione, dunque, attesa sia l'assenza di una disposizione che vieta espressamente il "trasporto" dell'ipoteca che la presenza di disposizioni che invece l'ammettono, nonché la sostanziale neutralità dell'operazione descritta nei confronti di tutti i creditori, si deve concludere per l'ammissibilità

⁶⁵¹ Lo fa giustamente notare F. FIORENTINI, *Le garanzie immobiliari in Europa*, cit., 417, la quale aggiunge anche che la surrogazione reale convenzionale nell'ipoteca consentirebbe di risparmiare le spese di cancellazione.

⁶⁵² Così afferma C. MAIORCA, voce *Ipoteca (diritto civile)*, cit., 147, in relazione alle ipotesi di surrogazione reale propria, ovvero di sostituzione di cosa a cosa. L'opinione trova conferma nel disposto dell'art. 33 r.d. n. 215 del 1933, che, in tema di bonifica e assegnazione dei fondi, disponeva: "A cura del consorzio deve essere altresì provveduto alle volture catastali e alla pubblicità dei passaggi delle ipoteche sui fondi di nuova assegnazione. Tale pubblicità è fatta mediante annotazione a margine o in calce all'iscrizione originaria, con l'indicazione del fondo di nuova assegnazione o della quota parte di esso, se l'ipoteca debba gravare su questa". Cfr. anche A. CHIANALE, *L'ipoteca*, cit., 324, nota 37.

⁶⁵³ Si veda ancora C. MAIORCA, voce *Ipoteca (diritto civile)*, cit., 147, che sostanzialmente equipara la nuova iscrizione a un'annotazione. *Contra*, tuttavia, D. RUBINO, *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, cit., 76, secondo il quale, invece, "la pubblicità, pur non creando una nuova ipoteca, è costitutiva, e non semplicemente dichiarativa, per quanto riguarda il trapasso del vincolo, cioè necessaria tra le parti" (corsivo dell'Autore).

del patto mediante il quale si sostituisce l'oggetto della garanzia ipotecaria, senza determinazione di un nuovo rapporto⁶⁵⁴.

4. Separazione patrimoniale e surrogazione reale

Nelle ipotesi di sostituzione analizzate nelle pagine che precedono si è fatto genericamente riferimento a cose che sono sottoposte a un "vincolo". Quest'ultima espressione, tuttavia, è stata impiegata in modo generico e atecnico, solo per indicare la condizione di determinate *res* assoggettate a un particolare regime giuridico dal quale discende la loro "destinazione" al soddisfacimento di un interesse. In termini generali e atecnici, sia consentita ancora la genericità delle espressioni, si può affermare che la garanzia reale, ad esempio, è "destinata" a soddisfare il creditore mediante la sottoposizione, appunto, della cosa a un particolare sistema di regole, volto proprio alla tutela di quest'ultimo soggetto (diritto di seguito, prelazione, surrogazione dell'indennità alla cosa e via discorrendo)⁶⁵⁵.

In relazione alle ipotesi vagliate in precedenza, si è potuto constatare che il legislatore *i*) ha previsto un meccanismo di salvaguardia del titolare del diritto reale di godimento o di garanzia, per il caso in cui l'oggetto di tale diritto venga a mancare, perché distrutto o espropriato, ed ha *ii*) altresì ammesso, al ricorrere di certe condizioni, la possibilità di "sostituire" l'oggetto della situazione giuridica senza la produzione di un fenomeno novativo. Si è avuto modo di notare, inoltre, che il meccanismo surrogatorio è stato inizialmente pensato dal legislatore per rimediare a eventi nefasti che colpiscono la cosa (perimento o espropriazione), peraltro solo in relazione ad alcuni degli *iura in re aliena*, lasciando dunque scoperte altre ipotesi che invece meriterebbero il medesimo trattamento.

⁶⁵⁴ La neutralità dell'operazione è correttamente posta in luce da App. Bologna, 24 settembre 1994, cit., in motivazione, secondo cui "la dazione della seconda ipoteca, in sostituzione della prima, non ha aggravato in alcun modo il patrimonio delle parti interessate né ha creato vincoli ulteriori rispetto a quelli che erano stati previsti nell'originaria convenzione". In dottrina, cfr. B. BORRILLO, *La circolazione della garanzia ipotecaria*, cit., 217, la quale ravvisa un possibile danno per i creditori solo ed esclusivamente qualora l'immobile "nuovo" sia già gravato da ipoteca, nel qual caso, tuttavia, pare difficile immaginare che costoro accettino la sostituzione in discorso.

⁶⁵⁵ Sulle definizioni dei concetti di "vincolo" e "destinazione", nonché per una panoramica sui problemi collegati, si vedano senz'altro le osservazioni di AND. FUSARO, voce *Destinazione (vincoli di)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, V, Torino, 1989, 321 ss.

Limitando il discorso alla trasformazione (economica) della cosa nell'indennizzo o nel risarcimento del danno, imposta dal suo venir meno, e con la riserva di vagliare più in là la vigenza del principio generale di surrogazione, si possono porre alcuni casi dubbi, per dir così, di perimento del bene. L'art. 2742 c.c., come più volte detto, rende l'evento della distruzione irrilevante nei confronti del creditore garantito, giacché egli potrà soddisfarsi sull'indennizzo, come si sarebbe soddisfatto sulla cosa se non fosse venuta a mancare. L'oggetto del diritto reale, in breve, subisce una trasformazione, la quale però non travolge l'originaria garanzia e prelazione.

Si provi a immaginare che la cosa perita e assicurata per tale evento, anziché costituire oggetto d'ipoteca, ad esempio, faccia parte di un fondo patrimoniale *ex art. 167 c.c.*, sia stata destinata *ex art. 2645-ter c.c.*, o vada a comporre un patrimonio destinato a uno specifico affare, come previsto dalla lett. a) dell'art. 2447-*bis* c.c., oppure sia stata conferita in *trust*. In tutti questi casi, potrebbe porsi il seguente interrogativo, se l'indennizzo che va a sostituire il bene venuto meno sia anch'esso sottoposto ai predetti "vincoli" e perciò sia trattato alla stessa stregua, come l'indennizzo rimpiazza il bene ipotecato, oppignorato o usufruttuato. Il quesito, poi, potrebbe porsi anche in relazione alla sostituzione convenzionale delle medesime cose, come lo si è visto in relazione alla sostituzione di quella ipotecata: ovvero se sia ammissibile mutare per via pattizia l'oggetto del fondo patrimoniale, del *trust*, del vincolo di destinazione e via discorrendo, senza incorrere provocare una novazione del rapporto.

Per quanto concerne quest'ultimo profilo, potranno tornare utili alcuni riferimenti comparatistici, al fine di anticipare, solo per ora, la soluzione che verrà illustrata nel prosieguo. Vengono in soccorso due recenti modifiche legislative in Argentina e in Francia.

L'art. 1684, comma 2, c.c. argentino prevede espressamente che "excepto estipulación en contrario del contrato, el fiduciario adquiere la propiedad fiduciaria de los frutos y productos de los bienes fideicomitidos y de los bienes que adquiera con esos frutos y productos o por subrogación real respecto de todos esos bienes, debiéndose dejar constancia de ello en el título para la adquisición y en los registros pertinentes"⁶⁵⁶. La disposizione stabilisce

⁶⁵⁶ Gli artt. 1666 ss. c.c. argentino disciplinano il *contrato de fideicomiso*, assimilabile al *trust* anglosassone, nel quale il *fiduciante* trasferisce la proprietà di determinati beni al *fiduciario*, che li amministra nell'interesse del *beneficiario*. L'art. 1684 c.c. argentino dispone, a

espressamente, tra l'altro, che il fiduciario (figura assimilabile al *trustee*) acquisisce la proprietà delle cose che per surrogazione reale sostituiscono quelle che gli sono state trasferite al momento della costituzione del vincolo e quelle che acquista con i frutti di queste ultime, senza necessità che ciò sia stabilito nel *contrato de fideicomiso*.

Quanto alla Francia, si segnala la nuova formulazione dell'art. 2021, comma 2, c.c. francese, a norma del quale "de même, lorsque le patrimoine fiduciaire comprend des biens ou des droits dont la mutation est soumise à publicité, celle-ci doit mentionner le nom du fiduciaire ès qualités". Secondo un'autorevole opinione, la disposizione, dando per scontata la sostituibilità dei beni compresi nella *fiducie*, farebbe implicito riferimento alla surrogazione reale⁶⁵⁷.

Tuttavia, prima di formulare una risposta a tali interrogativi, occorre fare un passo indietro e soffermarsi brevemente sul fenomeno della separazione patrimoniale. Con tale espressione generalmente si fa riferimento al "distacco" di una massa patrimoniale da un patrimonio "di provenienza", con due principali conseguenze: in primo luogo, la creazione di un'unità avente una propria destinazione; in secondo luogo, la sorte giuridica strettamente connessa a tale destinazione⁶⁵⁸. La predetta definizione ha volutamente carattere incompleto, poiché illustra solo due aspetti precipui del

questo proposito, che l'amministratore acquisisce la titolarità, per surrogazione reale, dei beni acquisiti con i frutti o con il prodotto dei beni conferiti mediante il contratto di fedecommesso, ai quali si estende il vincolo originario. Il dato normativo non lascia spazio a interpretazioni: il legislatore ha stabilito che in questo ambito opera il meccanismo surrogatorio. In dottrina si veda S. VARNI, *sub Arts. 1666 a 1700*, in *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, IV, diretto da M. Herrera, G. Caramelo e S. Picasso, Buenos Aires, 2015, 384 ss.

⁶⁵⁷ M. BIANCA, *Atti di destinazione e attuazione del vincolo*, in *Scritti in onore di Marco Comporti*, Milano, 2008, 213 ss. Secondo M. BORISSOVA, *La fiducia en el Gran Ducado de Luxemburgo: presentación de una técnica contractual*, in *El trust en el derecho civil*, Barcellona, 2007 196, anche la legge lussemburghese sulla *fiducie* consentirebbe la surrogazione reale.

⁶⁵⁸ Questa è la definizione offerta da L. BIGLIAZZI GERI, voce *Patrimonio autonomo e separato*, in *Enc. del dir.*, XXXII, Milano, 1982, 281 ss., la quale dà immediatamente atto della vastità e complessità del fenomeno, come testimonia il lungo elenco di disposizioni che, a ragione oppure a torto, sono state indicate come espressione del medesimo. È significativo che anche i beni gravati da pegno o ipoteca siano stati talvolta annoverati tra queste ipotesi. In argomento, ad ogni modo, non si può prescindere dai contributi di M. BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Padova, 1996, e G. D'AMICO, *La proprietà « destinata »*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 525 ss. Si vedano anche: A. PINO, *Il patrimonio separato*, Padova, 1950; A. BUONFRATE, voce *Patrimonio separato e destinato*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, agg. III, 2, Torino, 2007, 878; R. DICILLO, voce *Atti e vincoli di destinazione*, *ivi*, 151; G. DORIA, *Il patrimonio 'finalizzato'*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 485 ss.; U. STEFINI, *Destinazione patrimoniale ed autonomia negoziale: l'art. 2645-ter*, 2ª ed., Padova, 2010. Nella dottrina francese, si segnala S. GUINCHARD, *L'affectation des biens en droit privé français*, cit., 286 ss.

fenomeno in analisi, che però non sono gli unici. Ad essi, difatti, occorre aggiungere – senza pretesa di completezza, in considerazione dell’elevato numero di figure che vengono ricondotte all’istituto in analisi –, le seguenti altre caratteristiche: la limitazione della responsabilità patrimoniale, le particolari forme di amministrazione e gestione dei beni “separati” e, infine, la non distraibilità di questi ultimi dalla destinazione⁶⁵⁹. Destinazione – è bene ricordarlo – che può trovare la propria fonte esclusivamente nella legge, poiché comporta sempre una deroga al principio di cui all’art. 2740 c.c., giustificabile solo in virtù del perseguimento dello scopo per il quale si ammette il “distacco” di un bene dalla garanzia generale dei creditori e la sua sottoposizione a un particolare regime giuridico⁶⁶⁰.

Limitandosi alle ipotesi codicistiche più note, si possono richiamare, a questo proposito, gli artt. 170, 2645-*ter*, ultima parte, e 2447-*quinques* c.c., dettati, rispettivamente, per l’esecuzione sui beni del fondo patrimoniale, su quelli destinati a realizzare un interesse meritevole di tutela e del patrimonio societario destinato a un singolo affare. Tutti, salvo lievi differenze, stabiliscono che le cose sottoposte a quel particolare regime giuridico rispondono esclusivamente delle obbligazioni inerenti al perseguimento dello “scopo” per il quale la legge prevede la separazione, sottraendole perciò ai creditori della persona fisica o giuridica che ha istituito il vincolo. La proprietà destinata, dunque, segue, quanto all’amministrazione, alla responsabilità patrimoniale e al regime di pubblicità una via che raramente – per non dire quasi mai – incrocia quella degli altri beni che non sono sottoposti al medesimo vincolo.

Nel tentativo di fornire una risposta ai quesiti formulati in precedenza, si potrebbe cedere alla tentazione di analizzare separatamente i casi del fondo patrimoniale, dell’art. 2645-*ter* e del *trust* – solo per soffermarsi su quelli più emblematici, quando si tratta di separazione patrimoniale –, ma, poiché si

⁶⁵⁹ Per un’illustrazione dei tratti comuni alle fattispecie di separazione patrimoniale, si veda R. DICILLO, voce *Atti e vincoli di destinazione*, cit., 152. Le caratteristiche, tuttavia, non si esauriscono a quelle menzionate. Occorre ricordare, difatti, il regime di pubblicità (i vincoli di destinazione devono essere portati a conoscenza dei terzi, affinché siano a loro opponibili) e la loro strumentalità rispetto al soddisfacimento di particolari interessi. Cfr. in proposito anche A. BUONFRATE, voce *Patrimonio separato e destinato*, cit., 880.

⁶⁶⁰ Non è questa la sede per indagare la “crisi” dell’universalità della responsabilità patrimoniale, principio che però pare messo in discussione dall’art. 2645-*ter* c.c., come efficacemente rilevato da G. D’AMICO, *La proprietà « destinata »*, cit., 532 ss., testo e nota 26. Sul punto concordano M. BIANCA, *Atti di destinazione e attuazione del vincolo*, cit., 205, e G. DORIA, *Il patrimonio ‘finalizzato’*, cit., 491 ss.

ritiene che la soluzione sia la medesima per tutti, in quanto essi condividono i tratti tipici del fenomeno in analisi riassunti in precedenza, si procederà in modo unitario.

4.1. Perimento e trasformazione della cosa e continuità del vincolo originario

A differenza del pegno, dei privilegi e dell'ipoteca, il legislatore non ha disciplinato il caso della distruzione delle cose sottoposte ai regimi di cui si è dato conto in precedenza che siano però assicurate. A dire il vero, manca una regola generale per il caso del perimento, molto probabilmente in quanto, all'epoca della codificazione, non si era ancora del tutto fatta strada l'idea che a tale evento potesse porsi rimedio mediante l'individuazione di un bene sostituto, causalmente collegato a quello venuto meno.

È legittimo chiedersi, dunque, se il meccanismo dell'art. 2742 c.c. possa costituire il giusto punto di riferimento nel tentativo di fornire una risposta agli interrogativi formulati in precedenza. Innanzitutto, occorre rilevare un primo tratto distintivo, ovvero che la surrogazione dell'indennità alla cosa è stata concepita per tutelare il creditore nel caso del perimento di un bene che non gli appartiene, ma sul quale vanta un diritto. Tuttavia, non è da escludere che il principio surrogatorio possa presidiare anche l'interesse *i)* del disponente, che ha conferito i beni in fondo patrimoniale, o li ha destinati a uno scopo, oppure del *trustee*, a mantenere inalterato il vincolo, nonché *ii)* dei creditori del patrimonio separato, per i quali la distruzione, se non operasse la surrogazione reale, porrebbe inesorabilmente fine alla possibilità di recuperare il credito⁶⁶¹. Nei confronti di questi ultimi, si possono svolgere le medesime osservazioni che la dottrina più avanzata del diciannovesimo rivolgeva ai detrattori del principio surrogatorio, ovvero che se l'indennizzo che sostituisce il bene "destinato" e venuto a mancare andasse a vantaggio dei creditori personali del disponente, questi riceverebbero indubbiamente un indebito vantaggio, a detrimento di quelli che avevano fatto credito alla separazione. Se, invece, la somma corrisposta dall'assicuratore rimane soggetta allo stesso

⁶⁶¹ Già M. BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, cit., 229, si era posta l'interrogativo illustrato nel testo. L'Autrice giustamente si domanda se la surrogazione reale possa costituire il giusto strumento per preservare l'interesse del disponente a mantenere la separazione patrimoniale e quello dei creditori del patrimonio separato.

regime giuridico cui era assoggettata la cosa distrutta, non si avrà alcuna alterazione delle rispettive posizioni nei differenti gruppi di creditori.

Dal versante, invece, di colui che ha creato il vincolo comportante la separazione patrimoniale, anche qui è possibile affermare che un ordinamento evoluto non può arrestarsi di fronte al caso di un evento nefasto qual è il perimento della cosa e sacrificare i relativi interessi, ma deve predisporre dei meccanismi di salvaguardia e continuità della situazione giuridica, ogniqualvolta è possibile individuare un bene “sostituto” causalmente legato a quello venuto meno, come l’indennizzo corrisposto dall’assicuratore.

Pare che sussista, dunque, un’identità di *ratio* tra la tutela del creditore *ex art. 2742 c.c.* e coloro che vantano un diritto alla separazione o all’esecuzione sulla cosa patrimonialmente segregata: l’indennità d’assicurazione o d’esproprio, prenderanno il posto della cosa distrutta⁶⁶², sia nell’interesse del disponente, che vede comunque realizzato lo scopo iniziale sul bene “nuovo”, eventualmente a seguito del reimpiego della somma, che, soprattutto, dei creditori della massa patrimoniale separata, verso i quali la distruzione risulterà del tutto irrilevante. È da ritenere, per le motivazioni già illustrate in precedenza, che anche il risarcimento del danno dovuto dal terzo responsabile si surroghi alla cosa. In caso di perimento materiale o giuridico, dunque, il principio della surrogazione dell’indennità alla cosa opererà automaticamente.

Un apparente ostacolo sembrerebbe però impedire, o quantomeno sconsigliare, una tale conclusione. Si ricorderà che in relazione all’art. 2742 c.c. numerosi autori hanno rilevato l’incompatibilità tra il danaro e la garanzia ipotecaria, quando si è trattato di verificare l’effettiva continuità dell’ipoteca

⁶⁶² In dottrina non è mancato chi ha invocato il principio della surrogazione reale per giustificare la conservazione del vincolo di destinazione *ex art. 2645-ter* in caso di perimento materiale o giuridico del bene. Per tutti, M. BIANCA, *Atti di destinazione e attuazione del vincolo*, cit., 213, secondo la quale un’“altra regola volta a garantire la conservazione del vincolo di destinazione è lo strumento della surrogazione reale, strumento che consente il permanere del vincolo sui beni destinati, anche in caso sottrazione, distruzione o alienazione non conforme alla destinazione”; cfr. anche M. BIANCA, M. D’ERRICO, A. DE DONATO e C. PRIORE, *L’atto notarile di destinazione. L’art. 2645-ter del codice civile*, Milano, 2006, 40. Nello stesso senso, inoltre, R. DICILLO, voce *Atti e vincoli di destinazione*, cit., 167, e S. BARTOLI, *Trust e atto di destinazione nel diritto di famiglia e delle persone*, Milano, 2011, 148. In riferimento all’istituto della dote, non più in vigore in seguito alla riforma del diritto di famiglia intervenuta nel 1975, era pacifico che, ad esempio, l’espropriazione per pubblica utilità rientrasse tra i casi di alienazione c.d. necessaria, la quale avrebbe provocato una “surrogazione nell’oggetto della dote”: cfr. in proposito C.A. FUNAIOLI, voce *Dote (dir. priv.)*, in *Enc. del dir.*, XIV, Milano, 1965, 43.

sul bene nuovo. Un'analoga considerazione potrebbe svolgersi in relazione ad alcune fattispecie di separazione patrimoniale, ovvero per quelle che, per espressa definizione legislativa, possono riguardare solo beni immobili o mobili registrati, o comunque sottoposti a un regime di pubblicità. In altri termini, occorre spiegare come una somma di danaro possa essere sottoposta a un vincolo che la legge prevede solo per determinate categorie di beni. Il dubbio è senz'altro legittimo e un esempio potrà renderlo più chiaro. Si immagini che un immobile destinato in fondo patrimoniale venga distrutto e che il titolare percepisca un indennizzo da parte dell'assicurazione. L'art. 167 c.c. non contempla i beni mobili tra quelli che possono essere conferiti nel fondo, sicché occorre domandarsi se tale indennizzo, quale "sostituto" dell'immobile, possa giovare della limitazione all'esecuzione di cui all'art. 170 c.c.

Una risposta all'interrogativo verrà ipotizzata nei paragrafi che seguono. Per il momento è possibile anticipare che il reinvestimento della somma in un bene capace di costituire oggetto del fondo patrimoniale farà sì che il vincolo prosegua immutato sul bene nuovo. Più complesso il caso, come si vedrà, del periodo compreso tra il perimento e il reinvestimento del danaro.

4.2. Sostituzione convenzionale della cosa e continuità del vincolo originario

Per il caso del perimento di una cosa ipotecata od oppignorata, come visto nel paragrafo che precede, viene in soccorso il disposto dell'art. 2742 c.c., al quale occorre aggiungere anche gli artt. 1016 ss. c.c. in tema di distruzione di quella usufruttuata. In breve, il perimento materiale o giuridico della *res* è indifferente rispetto a coloro che vantano un diritto sulla medesima, ogniqualvolta è possibile individuare un bene sostituto. Più complesso, e senza dubbio più frequente, è il caso in cui colui che ha apposto un vincolo su un bene, comportante la separazione patrimoniale, decida di sostituire l'oggetto del vincolo con un altro. Si pone, *mutatis mutandis*, una questione analoga a quella che si pose a suo tempo in relazione alla sostituibilità dell'oggetto del pegno. La problematica è stata recentemente affrontata e risolta in senso positivo, almeno laddove, all'atto di costituzione del vincolo che importa la segregazione patrimoniale, sia stata prevista una "clausola

surrogatoria”⁶⁶³. Ciononostante, si ritiene necessario svolgere alcune osservazioni in proposito.

Innanzitutto, è possibile richiamare il soppresso istituto della dote, quale esempio di sostituzione di cose rientranti in un patrimonio separato. Già il Codice Pisanelli ammetteva il trasferimento della qualità dotale in determinate ipotesi di alienazione di beni dotali. Si trattava dell’art. 1406 c.c. abr., il quale disponeva che, in caso di autorizzazione del tribunale a vendere o permutare un immobile dotale, quanto ricevuto in cambio o acquistato con il ricavato diveniva a sua volta dotale⁶⁶⁴. Era altresì possibile che, qualora fosse stata inserita una specifica previsione nel contratto di costituzione della dote, c.d. condizione d’impiego e reimpiego – una sorta di clausola di sostituzione o rotazione *ante litteram* –, l’investimento del danaro dotale avrebbe attribuito al nuovo acquisto la medesima qualità (art. 1403 c.c. abr.). Questo regime è passato immutato al codice civile vigente, che l’ha recepito agli artt. 183 e 189, ora riformulati in seguito alla Riforma del diritto di famiglia.

Gli esempi che precedono suscitano, dunque, un interrogativo, ovvero se in relazione al fondo patrimoniale e agli altri casi di segregazione patrimoniale in generale, attualmente vigenti e introdotti successivamente all’avvento della codificazione, sia immaginabile una sostituzione convenzionale dell’oggetto, che però non altera il vincolo originario. Il legislatore, a questo proposito, offre invero pochi elementi dai quali argomentare una possibile soluzione, almeno se si circoscrive la ricerca di un appiglio normativo esclusivamente alla disciplina degli istituti qui considerati. Sarebbe però riduttivo non volgere lo sguardo altrove e limitarsi a constatare l’impossibilità di una sostituzione convenzionale per il sol fatto che non è espressamente prevista.

Movendo dal caso del *trust*, che può gravare indistintamente su qualsiasi tipo di bene, tanto mobile quanto immobile, è opinione diffusa, in Italia come, soprattutto, all’estero, che uno degli elementi essenziali

⁶⁶³ Cfr. L. BALLERINI, *Patrimoni separati e surrogazione reale. Il patto di sostituzione*, cit., 329 ss.

⁶⁶⁴ Il principio era presente già nelle codificazioni preunitarie. Si vedano gli artt. 1338 e 1339 c.c. sabardo, 1371 e 1372 c.c. Regno delle Due Sicilie, 1346 e 1356 c.c. parmense e, infine, 1432 e 1433 c.c. estense. Tutte si ispiravano chiaramente agli artt. 1553 e 1559 c.c. francese. La dottrina estera ha inquadrato l’ipotesi in esame nell’ambito della surrogazione reale: per la Spagna, cfr. M.L. MARÍN PADILLA, *Estudio y aplicación de la subrogación real en el Derecho de familia*, cit., 743 ss.; per la Francia, V. RANOUIL, *La subrogation réelle en droit civil français*, cit., 22.

dell'istituto sia costituito proprio dal meccanismo surrogatorio⁶⁶⁵. Allo stesso modo, la surrogazione reale è ritenuta uno degli elementi propri degli istituti europei affini a quello anglosassone in analisi⁶⁶⁶. Sia nel caso in cui il *trustee* ponga in essere atti dispositivi nel rispetto dell'atto di costituzione, che nel caso in cui violi i propri doveri, i beni acquisiti in sostituzione di quelli originari sono sottoposti al medesimo vincolo. Analoghe considerazioni dovrebbero svolgersi in relazione al fondo patrimoniale, all'art. 2645-ter c.c. e ai patrimoni societari destinati a uno specifico affare⁶⁶⁷.

Alla luce dell'esperienza del pegno rotativo, nonché dell'istituto della dote, in linea di principio non sembra doversi impedire al disponente di includere nell'atto costitutivo una clausola surrogatoria, per mezzo della quale si prevede il reimpiego del ricavato dalla vendita del bene destinato in un altro, purché i) esso sia suscettibile di formare oggetto del "vincolo" importante la separazione patrimoniale e ii) siano rispettati gli adempimenti pubblicitari per rendere edotti i terzi del mutamento⁶⁶⁸. È significativo, a

⁶⁶⁵ Nella dottrina italiana non si rinvergono invero numerose opinioni in proposito, anche se quelle reperibili sono tutte, a quanto consta, nel senso di ritenere la surrogazione reale un elemento tipico del *trust*: L. SANTORO, *Il trust in Italia*, 2ª ed., Milano, 2009, 314; e S. BARTOLI, *Riflessioni sul "nuovo" art. 2645-ter c.c. e sul rapporto fra negozio di destinazione di diritto interno e trust*, in *Giur. it.*, 2007, § 2.4, secondo il quale "nel *trust* [...] si verifica sempre il fenomeno della surrogazione reale". Nella dottrina estera, in particolar modo in quella anglosassone, è invece molto più diffuso il precedente rilievo. In termini generali, si veda per tutti L.D. SMITH, *The Law of Tracing*, cit., 154, testo e nota 91; in forma più sintetica, ID., *Unauthorized dispositions of trust property: tracing in Quebec Law*, cit., 795. Si segnalano, poi, A.M. HONORÉ, *Trusts: the inessentials*, cit., 498, nonché M.J. DE WAAL, *The core elements of the trust: aspects of the English, Scottish and South African trusts compared*, cit., 565; ID., *In search of a model for the introduction of the trust into a civilian context*, cit., 67.

⁶⁶⁶ Per il patrimonio fiduciario spagnolo, si vedano: A. PAU PEDRÓN, *El patrimonio fiduciario desde la perspectiva registral*, in *El trust en el derecho civil*, cit., 340, e C. PARDO NÚÑEZ, *Confusión de patrimonios y publicidad registral: el caso del trust*, ivi, 316. Per la Catalogna, invece, E. ARROYO I AMAYUELAS, *¿Y si universalizamos el trust, también en Cataluña?*, ivi, 486.

⁶⁶⁷ In riferimento ai patrimoni societari destinati a uno specifico affare, non pare si debba giungere a conclusioni differenti. Un cenno all'applicabilità della surrogazione reale in questo ambito si può leggere in A. ZOPPINI, *Autonomia e separazione del patrimonio, nella prospettiva dei patrimoni separati della società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 564, testo e nota 75.

⁶⁶⁸ M. BIANCA, M. D'ERRICO, A. DE DONATO e C. PRIORE, *L'atto notarile di destinazione. L'art. 2645-ter del codice civile*, cit., 41, secondo i quali, anche in caso di alienazione abusiva, il beneficiario avrebbe diritto a far valere la separazione. Cfr. anche S. BARTOLI, *Trust e atto di destinazione nel diritto di famiglia e delle persone*, cit., 136 ss., F. GALLUZZO, *Gli atti di disposizione e di amministrazione dei beni destinati*, in *Contratto e impresa*, 2016, 233 ss., e R. DICILLO, *op. loc. cit.*; per alcuni riferimenti comparatistici, si veda *retro* nota 666. Un cenno alla questione – sembrerebbe in senso sostanzialmente adesivo – si può trovare in F. BENATTI, *Vincoli di destinazione*, in *Trattato dei diritti reali*, diretto da A. Gambaro e U. Morello, II, *Diritti reali parziari*, Milano, 2011, 368. *Contra*, con riferimento al fondo patrimoniale, A. SERIOLI, *Scioglimento convenzionale del fondo patrimoniale*, in *Famiglia*, 2002, 665 ss., secondo il quale i beni

questo proposito, che anche chi nega la vigenza di un principio generale di surrogazione reale riconosce comunque cittadinanza alla surrogazione convenzionale nell'ambito della segregazione patrimoniale, essenzialmente richiamandosi proprio alla vicenda del pegno rotativo⁶⁶⁹. Si deve però precisare che, come si ricorderà, poiché il meccanismo surrogatorio è posto a presidio della conservazione di un determinato valore, al di là del mutamento della componente materiale del diritto, una siffatta clausola non deve pregiudicare né i creditori del patrimonio separato, né quelli del disponente, per cui la sostituzione della cosa deve avvenire – come già chiarito per la rotatività della garanzia – senza alterazione del valore originario. In breve, la surrogazione reale convenzionale deve risultare neutrale nei confronti di tutti coloro che fecero credito⁶⁷⁰.

4.3. Onere di reimpiego e pubblicità

Nelle pagine che precedono s'è dato atto di un inconveniente connesso alla sostituzione dei beni nella separazione patrimoniale, ovvero la possibile incompatibilità della *res* nuova con la destinazione o con il novero dei beni che il legislatore ha per quest'ultima indicato. Il problema si pone essenzialmente in relazione al danaro, che sostituisce la cosa originariamente conferita nel patrimonio separato: sia il fondo patrimoniale che l'art. 2645-ter c.c., ad esempio, non ammettono il conferimento di beni mobili (a meno che, per il primo, non si tratti di quelli indicati dall'art. 167 c.c.). Il problema si era posto anche per la dote e per il patrimonio familiare, in relazione ai quali, tuttavia, era previsto espressamente che il tribunale, per il caso di alienazione necessaria del bene sottoposto a tali regimi, prevedesse le modalità di reimpiego del prezzo. L'odierna disciplina del fondo patrimoniale non ha replicato questa previsione, ma ciò non ha impedito – attesa l'identità di *ratio*

acquisiti con la cessione di quelli vincolati vanno a vantaggio della garanzia patrimoniale generale (art. 2740 c.c.), poiché la surrogazione reale non è espressamente prevista e l'art. 14 delle Preleggi impedisce l'applicazione dell'istituto a casi non considerati.

⁶⁶⁹ Il riferimento è a U. STEFINI, *Destinazione patrimoniale ed autonomia negoziale: l'art. 2645-ter*, cit., 171, secondo il quale la clausola surrogatoria, sebbene ammissibile, deve necessariamente essere pattuita dalle parti e non opererà mai in via automatica.

⁶⁷⁰ Cfr. in proposito L. BALLERINI, *Patrimoni separati e surrogazione reale. Il patto di sostituzione*, cit., 357 ss. L'Autore non esclude che possa farsi ricorso allo strumento del conguaglio, quando, ad esempio, il valore dei beni sostitutivi superi quello dei beni già destinati.

tra quest'ultimo e i suoi antecedenti – di giungere comunque ad affermare il potere del giudice di stabilire la sorte del ricavato dalla vendita del bene⁶⁷¹.

Occorre allora domandarsi cosa accada nel caso in cui la *res* oggetto della separazione patrimoniale sia sostituita o convertita in una somma di danaro e quest'ultimo non sia suscettibile di essere "vincolato". Se si ritiene operante il meccanismo surrogatorio, il reimpiego dell'indennizzo assicurativo o il ricavato della vendita dovrebbero attribuire alla cosa "nuova" la medesima qualità di quella sostituita. Nel periodo, per dir così, di transizione, compreso tra la trasformazione o sostituzione e il reinvestimento, si tratta però di stabilire quale sia il regime giuridico applicabile alla somma di danaro.

In occasione dell'analisi dell'art. 2742 c.c. si è visto come tra i vari effetti previsti dalla disposizione vi sia quello per cui è ammissibile che il diritto reale di garanzia rimanga temporaneamente privo del suo oggetto, in funzione della soddisfazione del creditore, oppure in attesa del ripristino della cosa da parte del soggetto passivo, in ogni caso senza che si realizzi un'estinzione immediata e automatica della situazione giuridica. In linea di principio, dunque, l'ordinamento tollera che, momentaneamente, vi sia una "impossibilità" di realizzazione dell'interesse perseguito dalla disposizione di riferimento – nel caso in analisi, della destinazione di un bene a uno scopo – in attesa che l'elemento materiale sia ricostituito⁶⁷². Tale ricostituzione avviene mediante il reinvestimento della somma di danaro che rappresenta il bene originario. Si

⁶⁷¹ Cfr. in proposito Trib. Genova, 26 gennaio 1998, in *Foro it.*, Rep. 1999, voce *Famiglia (regime patrimoniale)*, n. 57, secondo cui in caso di alienazione di un bene costituito in fondo patrimoniale, ove vi siano figli minori, sussiste l'obbligo di reimpiego del prezzo ricavato dalla vendita, vincolato ai bisogni della famiglia. Si veda altresì Trib. Bologna, 7 marzo 2001, in *Foro it.*, Rep. 2002, voce *Famiglia (regime patrimoniale)*, n. 56, che ha esclusa la possibilità di alienazione integrale dei beni del fondo senza previsione di reimpiego. In senso analogo, Trib. Trani, 3 maggio 1999, in *Giust. civ.*, 2000, I, 201, per il quale l'autorizzazione all'alienazione dell'unico bene del fondo patrimoniale, subordinata dalla legge all'accertamento, da parte del giudice, della comprovata necessità o evidente utilità per il nucleo familiare, deve essere denegata laddove non venga adeguatamente provata l'evidente utilità per la famiglia dell'alienazione del bene e del trasferimento del vincolo di destinazione sul nuovo bene. In parziale riforma della pronuncia da ultimo richiamata – ma per profili che qui non interessano –, si veda anche App. Bari, 15 luglio 1999, in *Foro it.*, Rep. 2000, voce *Famiglia (regime patrimoniale)*, n. 65: in caso di alienazione dell'unico bene del fondo patrimoniale, il giudice ha il potere-dovere di disporre che la somma ricavata da tale vendita venga reinvestita nell'acquisto di un nuovo bene sul quale trasferire il vincolo del fondo patrimoniale.

⁶⁷² In questi termini, anche nel senso dell'esclusione di un automatismo tra perimento (o sostituzione convenzionale, occorre aggiungere) dell'oggetto ed estinzione del diritto, cfr. A. MAGAZZÙ, *Il perimento della cosa e la teoria dell'efficacia giuridica*, cit., 1270.

ritiene che nel caso della surrogazione reale nei patrimoni separati si verifichi una vicenda simile, tutte le volte in cui il bene originariamente destinato sia trasformato o sostituito in prima battuta con una somma (vendita del bene appartenente al fondo patrimoniale, di quello destinato e via discorrendo, o loro perimento materiale o giuridico e trasformazione nell'indennizzo) e questa non sia ammessa come oggetto della separazione.

Sebbene non espressamente previsto, a quanto consta, in relazione a nessuna delle ipotesi di separazione patrimoniale, si ritiene che, anche sulla scorta di quanto visto relativamente al fondo *ex art.* 167 c.c., sussista un onere di reinvestimento del danaro in un bene diretto a sostituire in tutto e per tutto quello precedente nella composizione del patrimonio segregato⁶⁷³, sempreché si voglia profittare dei benefici della surrogazione reale, ovvero, per quanto qui interessa, il "trasferimento" del vincolo originario sul bene nuovo.

Si è tuttavia fatto notare che nel periodo di transizione sopra indicato la somma di danaro da reinvestire non sembrerebbe giovare della separazione patrimoniale, in quanto sarà solo il nuovo acquisto a costituire il nuovo oggetto del vincolo, sicché la medesima sarebbe aggredibile dai creditori estranei alla segregazione⁶⁷⁴. Questa opinione non pare però del tutto convincente, per le seguenti ragioni. Difatti, sembrerebbe possibile ricorrere all'applicazione analogica dell'art. 2742, comma 1, ultima parte, c.c., laddove stabilisce che l'autorità giudiziaria può disporre le opportune cautele per assicurare l'impiego delle somme nel ripristino o nella riparazione della cosa. Ebbene, questa previsione si adatta perfettamente al caso in analisi: gli interessati, ossia tanto il disponente quanto i creditori del patrimonio separato, potranno rivolgersi al tribunale affinché questo provveda, secondo la richiamata disposizione, a evitare che la somma sostitutiva della cosa sia aggredita e vada a vantaggio di tutti gli altri creditori, e sia perciò sottratta al

⁶⁷³ Per tutti, si veda M. BIANCA, *Atti di destinazione e attuazione del vincolo*, cit., 240, in relazione tanto al fondo patrimoniale quanto ai patrimoni separati in generale. Ipotizzano l'obbligo di reimpiego anche F. GALLUZZO, *Gli atti di disposizione e di amministrazione dei beni destinati*, cit., 237, e S. BARTOLI, *Trust e atto di destinazione nel diritto di famiglia e delle persone*, cit., 150.

⁶⁷⁴ Lo afferma S. BARTOLI, *Trust e atto di destinazione nel diritto di famiglia e delle persone*, cit., 147 ss., e, anche se non esplicitamente, anche M. BIANCA, *Atti di destinazione e attuazione del vincolo*, cit., 239, sembrerebbe concordare con l'Autore appena citato, almeno laddove afferma che "non potrà ammettersi invece la sostituzione di un bene facente parte del fondo con una somma di denaro, salvo che questa non sia destinata al reinvestimento mediante l'acquisto di beni di quel genere". Più esplicito, invece, sempre in questo senso, L. BALLERINI, *Patrimoni separati e surrogazione reale. Il patto di sostituzione*, cit., 379.

vincolo, nonché per impedire che il reinvestimento della medesima rimanga in sospeso *sine die*. In altri termini, quand'anche il vincolo di cui si tratta non possa gravare su una somma di danaro, questa dovrebbe rimanere "immobilizzata" e dunque non aggredibile sino al suo reinvestimento, in virtù del provvedimento dell'autorità giudiziaria.

Riassumendo, se il bene nuovo può costituire oggetto del patrimonio separato, il vincolo si trasferirà immediatamente su questo; se, invece, non può, continuerà a essere sottoposto alla segregazione patrimoniale sino a quando non sarà reinvestito, a condizione che sia intervenuto un provvedimento *ex art. 2742*, comma 1, c.c. che fissi quantomeno il termine per il reimpiego⁶⁷⁵.

Tornano ora all'ambito applicativo della surrogazione reale nella separazione patrimoniale, si deve avvertire che una conclusione orientata a negare cittadinanza al principio surrogatorio, solo perché non espressamente sancito, provocherebbe due conseguenze sicuramente non desiderabili. In primo luogo, si dovrebbe concludere che la distruzione, l'espropriazione o la sostituzione convenzionale diverrebbero cause automatiche – non disciplinate – di scioglimento del vincolo comportante la segregazione patrimoniale, in contrasto con il principio che vuole dette cause come tassative⁶⁷⁶; in secondo luogo, l'inapplicabilità del vincolo originario al bene nuovo si tradurrebbe in un indebito vantaggio per i creditori "generalisti", che vedrebbero la loro garanzia incrementata dell'indennità d'esproprio, d'assicurazione o dal corrispettivo della vendita del bene, a detrimento di coloro che fecero credito al patrimonio separato⁶⁷⁷, nonché di colui che ha creato il vincolo, il quale potrebbe liberamente disporre dei "sostituti" delle cose perite.

Affinché la surrogazione reale sia opponibile ai terzi, come si diceva, è necessario che sia data opportuna pubblicità delle vicende modificative

⁶⁷⁵ Secondo V. ANDRIOLI, *Surrogazione dell'indennità alla cosa*, cit., 30 ss., le opportune cautele alle quali si riferisce l'art. 2742, comma 1, c.c. non sono altro che un sequestro giudiziario. Per L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, cit., 237 ss., invece, esse consistono in misure di controllo dei creditori sull'attività dell'assicurato, ovvero nel pegno sull'indennità (d'assicurazione o d'esproprio e, a questo punto, sul prezzo ricavato dalla vendita del bene "destinato") con liberazione della medesima solo a dimostrazione dell'avvenuta riparazione (o reinvestimento).

⁶⁷⁶ Come giustamente osserva M. BIANCA, *op. loc. cit.*, sempreché, è d'uopo aggiungere, sia individuabile un bene "sostituto".

⁶⁷⁷ Cfr. ancora M. BIANCA, *Atti di destinazione e attuazione del vincolo*, cit., 216, secondo la quale occorre tutelare l'affidamento dei creditori della destinazione. Il rilievo è certamente condivisibile.

dell'oggetto di cui si è dato conto. L'opinione prevalente, almeno tra coloro che ammettono l'operatività del meccanismo surrogatorio, è nel senso di pubblicizzare la vicenda surrogatoria sul *bien ancien* con un'annotazione, in applicazione analogica degli artt. 2843 e 2857 c.c., e poi adempiere agli oneri pubblicitari che la legge richiede per il vincolo sul *bien nouveau*⁶⁷⁸.

5. Vigenza di un principio generale: "indistruttibilità" giuridica della cosa e continuità del diritto sul suo equivalente pecuniario

Le questioni di cui si è dato conto nelle pagine che precedono riguardano solo alcune delle possibili applicazioni pratiche della surrogazione reale. Oltre alle ipotesi legislative, soprattutto in tema di diritti reali, che si possono far rientrare nell'istituto in analisi, si è avuto modo di vedere come, anche al di là del dato normativo, la surrogazione reale abbia costituito il fondamento di alcuni istituti nati nella prassi e successivamente riconosciuti dalla giurisprudenza e dalla legge, come il pegno rotativo e il pegno non possessorio. I nuovi scenari, inoltre, in tema di separazione patrimoniale inducono a ritenere che, indipendentemente dall'individuazione di un principio generale, la surrogazione reale sia nella disponibilità delle parti, purché non volta a pregiudicare i creditori.

Proprio questi ultimi tre esempi sollevano l'interrogativo relativo alla vigenza di detto principio generale, atteso che del meccanismo surrogatorio s'è fatta applicazione anche all'infuori di esplicite previsioni normative.

⁶⁷⁸ M. BIANCA, *Atti di destinazione e attuazione del vincolo*, cit., 217; F. GALLUZZO, *Gli atti di disposizione e di amministrazione dei beni destinati*, cit., 239; S. BARTOLI, *Trust e atto di destinazione nel diritto di famiglia e delle persone*, cit., 148. Secondo F. GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645-ter c.c.*, in *Giust. civ.*, 2006, II, 185, la cessazione del vincolo – per quanto qui interessa, relativamente al bene originario – deve essere pubblicizzata con annotazione ai sensi dell'art. 2655 c.c. (si segnala però che l'illustre Autore non prende in esame la sostituzione convenzionale del bene). *Contra* G. PALERMO, *La destinazione di beni allo scopo*, in *Diritto civile*, cit., II, *Successioni e donazioni*, II, *La proprietà e il possesso*, 406 ss., secondo il quale non sarebbe necessaria alcuna formalità per la trasposizione del vincolo destinatorio su quanto ricavato dal compimento di atti d'alienazione o reimpiego contemplati dal negozio destinatorio, trattandosi di una surrogazione reale già pienamente opponibile. L'opinione dell'Autore da ultimo citato merita, in linea di principio, accoglimento, poiché si ritiene che la surrogazione reale (cfr. par. 5 del presente capitolo) non sia una vicenda estintivo-costitutiva, bensì esclusivamente modificativa dell'oggetto del diritto, sicché il vincolo originario potrebbe essere fatto valere sulla cosa nuova semplicemente dimostrando che quest'ultima è stata acquisita in ragione della prima (reinvestimento del ricavato della vendita o dell'indennizzo assicurativo, statale, del terzo e via discorrendo).

Secondo l'opinione tradizionale, l'art. 2742 c.c. sarebbe una disposizione assolutamente eccezionale, non applicabile all'infuori dei casi da essa contemplati⁶⁷⁹. Le principali motivazioni addotte a fondamento di questo diniego riguarderebbero l'impossibilità di identificare con certezza i tratti caratteristici del fenomeno surrogatorio e la varietà di disposizioni che solitamente sono annoverate nella surrogazione reale⁶⁸⁰. Da qui discenderebbe l'impossibilità di applicare per analogia la regola in discorso. Diversamente, invece, altra parte della dottrina si è espressa in senso diametralmente opposto, individuando alternativamente negli artt. 2742 o 1259 c.c. una regola generale⁶⁸¹.

⁶⁷⁹ Invero, si segnala che un'autorevole voce della nostra civilistica (M. ALLARA, *La teoria delle vicende del rapporto giuridico*, cit., 144 ss.) ha persino negato l'esistenza della categoria della surrogazione reale, preferendo ricondurre le ipotesi tradizionali di quest'ultima alla surrogazione personale. Con riferimento all'eccezionalità del principio, invece, sotto la vigenza del Codice Pisanelli, per tutti, G. GORLA, *Le garanzie reali dell'obbligazione*, cit., 23, e F. SANTORO-PASSARELLI, *La surrogazione reale*, cit., 430. Ma si vedano altresì: E. PERONACI, *La surrogazione nel diritto civile italiano*, cit., 7, e C. CABELLA, *L'art. 1951 del Codice Civile è applicabile alle somme dovute per causa di assicurazione marittima?*, cit., 199. Nella dottrina più recente, invece, si segnalano: N. DISTASO, *Le obbligazioni in generale*, Torino, 1970, 673. Con riferimento al diritto d'ipoteca: A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, cit., 418, testo e nota 18, nonché C. MAIORCA, voce *Ipoteca (diritto civile)*, cit., 146, secondo i quali i casi di surrogazione reale (appunto in materia ipotecaria) hanno natura eccezionale. Nello stesso senso, A. CHIANALE, *L'ipoteca*, cit., 325, D. RUBINO, *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, cit., 75, e L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, cit., 239, quest'ultimo relativamente all'impossibilità d'applicare l'art. 2742 c.c. al risarcimento dovuto dal terzo. Nella manualistica, infine, F. RUSCELLO, *Istituzioni di diritto civile*, Bari, 2017, 354. Per la Francia, si veda V. RANOUIL, *La subrogation réelle en droit civil français*, cit., 66 ss., secondo la quale numerose ragioni rendono "difficile l'élévation de la subrogation réelle au rang de principe général et invitent à la considérer comme un procédé casuel".

⁶⁸⁰ Da ultimo, L. BALLERINI, *Patrimoni separati e surrogazione reale. Il patto di sostituzione*, cit., 273. Varietà che, secondo A. MAGAZZÙ, voce *Surrogazione reale*, cit., 1502, ha condotto all'accomunamento di figure tra loro essenzialmente diverse, solo perché presentano alcuni punti di contatto, salvo poi essere costretti a distinguere nell'ambito della surrogazione reale quella in senso stretto da quella in senso lato.

⁶⁸¹ Il Maestro F. MACARIO, *Garanzia generica e specifica, cause legittime di prelazione e surrogazione reale*, cit., 200, in relazione alla surrogazione reale, trattando dell'art. 2742 c.c., discorre di "categoria generale". Non si dimentichi, poi, l'autorevole opinione di M. BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, cit., 228 ss. Altrettanto autorevole è il pensiero di E. GABRIELLI, *Sulle garanzie rotative*, cit., 122 ss., il quale, pur non affermando esplicitamente la vigenza di un principio generale, ricorre comunque all'art. 2742 c.c. per motivare la sostituzione dell'oggetto del pegno (rotativo). Sempre nell'ambito delle garanzie reali, si veda, nella dottrina meno recente, G.P. CHIRONI, *Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno*, cit., 643 ss., in senso favorevole all'estensione analogica della regola. Con riferimento, invece, all'art. 1259 c.c., sebbene in via incidentale, M. GIORGIANNI, *La dichiarazione di morte presunta*, cit., 150, affermava, relativamente agli artt. 66, 535, 2038 e via discorrendo, che "di tali azioni, si può forse vedere in esse una affermazione [...] del principio della c.d. surrogazione reale (della quale del resto, osserviamo [...] una applicazione a carattere generale è fatta ora dall'articolo 1259 c. c.)"; si segnala anche, ma questa volta in termini più dubitativi, ID.,

Si registra, dunque, malgrado l'assenza di uno studio che abbia analizzato compiutamente il meccanismo surrogatorio nella sua interezza, una varietà di opinioni tale da disorientare chiunque voglia anche solo provare a ipotizzare la riconduzione all'unità di tutte le fattispecie esaminate nei capitoli precedenti. Per questa ragione, sussistendo effettivamente il rischio di estendere oltre confini ben definiti la nozione e l'ambito d'operatività della surrogazione reale⁶⁸², occorre mettere ordine ai dati acquisiti nel corso della presente indagine.

Innanzitutto, l'istituto qui in analisi deve essere inquadrato all'interno delle vicende che provocano un mutamento della componente materiale del diritto, mutamento che può scaturire dal venir meno dell'oggetto, nei casi che si sono definiti di trasformazione in seguito al suo perimento materiale o giuridico, oppure dalla sua sostituzione, quando sono i protagonisti del rapporto a volerlo, appunto, sostituire, senza porre in essere una novazione.

All'interno della prima alternativa, occorre considerare la distruzione della cosa, che il legislatore prende in considerazione solo in ipotesi specifiche, per sancire la sua "conversione" nell'equivalente pecuniario, rappresentato dall'indennizzo dell'assicurazione, dello Stato, oppure dal risarcimento del danno dovuto dal terzo responsabile. L'individuazione della cosa sostituita, dunque, non avviene per qualsiasi caso di perimento e ciò potrebbe precludere la strada all'affermazione di un principio generale, riducendo le ipotesi considerate sino ad ora a meri casi eccezionali. Tuttavia, come giustamente si è fatto notare, "la qualificazione in termini di specialità non è sufficiente al fine di ammettere o negare aprioristicamente applicazione a determinate regole, se l'indagine non muove dalla considerazione concreta e dalla *ratio* sottesa a ciascun singolo istituto e ai principi che esso esprime"⁶⁸³. Atteso che il carattere precipuo della surrogazione reale è la "continuità" del diritto, in tutti i suoi aspetti, malgrado il mutamento della componente materiale, non è ben chiaro per quale ragione si dovrebbero limitare i "benefici" del meccanismo surrogatorio ai soli casi di perimento espressamente disciplinati, quando

L'inadempimento, Milano, 1959, 22. Si vedano, infine, C. TOMASSETTI, *La surrogazione reale*, cit., 823, e F. MESSINEO, *op. loc. cit.*, secondo cui l'art. 1259 c.c. è estendibile a ipotesi non determinate dal legislatore.

⁶⁸² Questo rischio è giustamente messo in luce da L. BALLERINI, *Patrimoni separati e surrogazione reale. Il patto di sostituzione*, cit., 294 ss.

⁶⁸³ Per la chiarezza del concetto, si è ritenuto opportuno riportare le condivisibili parole di M. BIANCA, *Atti di destinazione e attuazione del vincolo*, cit., 207.

sembra evidente che, a parità di evento, salvo alcune precisazioni che si diranno immediatamente, dovrebbero prodursi le medesime conseguenze e gli interessati dovrebbero poter ricorrere a detti benefici, anche se non esplicitamente stabilito, essendo unico l'evento in discorso.

Un banale esempio potrà chiarire meglio. In Spagna, nonostante la surrogazione dell'indennità alla cosa conti ben tre enunciazioni (codice civile, legge sull'ipoteca e sull'assicurazione), solo nel 1980, con la *Ley Contrato de Seguro*, è stato specificato che essa si applica anche ai privilegi. Prima della sua introduzione, era comunque opinione pacifica che l'art. 1877 c.c. spagnolo fosse da applicarsi per analogia anche a questi casi⁶⁸⁴. Ancora più esemplificativa è la vicenda dell'usufrutto. Nonostante nella penisola iberica manchi una disposizione corrispondente all'art. 1017 c.c., si ritiene comunemente che, proprio in applicazione del principio della surrogazione reale, il risarcimento del danno si surroghi alla cosa perita⁶⁸⁵.

Per quale ragione l'art. 2742 c.c. non abbia generalizzato il principio non è interrogativo al quale si può rispondere con certezza, ma almeno due considerazioni d'ordine storico dovrebbero indurre a escludere una limitazione del suo ambito applicativo. In primo luogo, si deve sottolineare la sua collocazione tra le disposizioni generali della responsabilità patrimoniale, contrariamente a tutte le legislazioni dell'epoca, che disciplina(va)no il principio nella legislazione speciale o nella parte della codificazione civile riservata all'ipoteca. In secondo luogo, se si guarda all'art. 2742 c.c. in prospettiva diacronica, ci si renderà conto che esso regola "i casi in cui la esperienza permetteva di prevedere che si avverasse una conversione in danaro" della cosa, ossia, per dir così, secondo l'*id quod plerumque accidit*⁶⁸⁶. In

⁶⁸⁴ Nella dottrina precedente al 1980, si segnalano: A. GULLON BALLESTEROS, *La prelación de créditos en el Código civil*, cit., 25 ss., e R.M. ROCA SASTRE, *La subrogación real*, cit., 302.

⁶⁸⁵ Si veda *retro* note 352 e 353.

⁶⁸⁶ Faceva giustamente notare F. CARNELUTTI, *Conversione in denaro della cosa soggetta a privilegio*, cit., 401, che il legislatore, nel concepire l'art. 1951 c.c. abr., era stato guidato da "riflessioni elementari" e che "la legge comune non ha previsto altri casi, perché altri in realtà la vecchia esperienza non ne offriva. Uno di nuovo se ne è però offerto in materia di danni di guerra; ed ecco ancora che l'art. 21 del testo unico sui danni di guerra [...] dispone che, nei casi in cui non è data a condizione di reimpiego, la indennità «è vincolata al pagamento dei creditori aventi privilegio o ipoteca sui beni nei quali la indennità viene corrisposta, secondo il loro grado»". Un'opinione simile era stata già espressa da N. STOLFI, *Diritto civile*, II, 2, cit., 83, il quale, per criticare la scelta del legislatore del 1865 di non regolare il perimento della cosa usufruttuata e il trasferimento del diritto sull'indennizzo, affermava che "mancavano esempi legislativi e studi e dispute forensi, che indicassero al legislatore la via da seguire". Egli faceva inoltre notare che all'epoca non era ancora molto diffusa l'assicurazione sugli

breve, il legislatore sembrerebbe aver ritenuto di dover regolare solo le ipotesi che si erano già presentate nella pratica.

D'altra parte, la legislazione italiana ha segnato delle tappe importanti in questo ambito, poiché già il Codice Pisanelli aveva innovato rispetto al *Code Napoléon* (mediante l'art. 1951 c.c. abr.) e il codice attuale ha generalizzato il principio con l'art. 2742 c.c., almeno relativamente a tutte le garanzie reali, quando l'ha posto nella collocazione di cui si è appena detto. Non pare del tutto errato ritenere, allora, che, nonostante le spinte verso l'affermazione di un principio ancora più generale⁶⁸⁷, il legislatore sia stato cauto e abbia voluto compiere, sia consentita l'espressione, un passo alla volta⁶⁸⁸. Questa scelta, tuttavia, non deve distogliere dal nodo centrale del problema, ovvero che, concettualmente, ci si trova sempre innanzi alla medesima situazione, ovvero l'evento del perimento.

Si ritiene che ricorrano, almeno per il caso qui considerato, tutti gli elementi per poter affermare la vigenza di un principio generale, il cui fondamento discende da considerazioni di ordine sistematico. Non pare che la semplice contrapposizione della regola all'eccezione sia sufficiente a escludere una siffatta conclusione, anche in quanto, a rigore, se si volesse adottare un criterio, per dir così, meramente quantitativo, la maggior parte delle disposizioni che contemplano il perimento individua sempre un bene sostituto, dalle quali emerge inequivocabilmente la *ratio* del meccanismo surrogatorio, comune a qualsiasi caso di distruzione⁶⁸⁹. Inoltre, ci si dovrebbe domandare a quale principio la surrogazione reale apporti davvero una

immobili. Le considerazioni dei due illustri Autori, sebbene riferite alla codificazione abrogata, si ritengono estendibili anche a quella successiva, almeno al momento in cui è entrata in vigore.

⁶⁸⁷ Cfr., oltre agli autori di cui alla nota precedente, anche *infra* nota 691.

⁶⁸⁸ Passo che invece sembrerebbe aver compiuto, almeno in parte, il legislatore argentino, quando, con una formulazione invero singolare, nell'art. 2194 c.c. argentino, ha fatto riferimento a "cualquier otro concepto que permite la subrogación real".

⁶⁸⁹ M. BIANCA, *Atti di destinazione e attuazione del vincolo*, cit., 209, condivisibilmente afferma che in caso di norme che stabiliscono deroga a principi generali, occorre indagare se la deroga non sia in realtà espressione di un principio generale del sistema, che in quanto tale ammette l'applicazione analogica. Ancora una volta, si può volgere lo sguardo alla Spagna, dove, ad esempio, manca totalmente una disciplina dell'azione di petizione d'eredità, senza che ciò impedisca di considerare come ereditarie cose che sono state acquisite con mezzi dell'eredità. Si veda, a questo proposito, A. GULLON BALLESTEROS, *La acción de petición de herencia*, cit. 226 ss., secondo il quale non è necessario, da parte della legge, stabilire espressamente l'effetto surrogatorio, in quanto esso si può ben ricavare dal sistema. Anche F. RIVERO HERNÁNDEZ, *Usufructo, uso y habitación*, cit., 673 ritiene la surrogazione reale un principio generale.

deroga, considerato che non sembra affatto scardinare l'art. 2740 c.c., né, tantomeno, introdurre nuove cause di prelazione⁶⁹⁰.

È sufficiente ricordare, difatti, che il meccanismo surrogatorio azionato dal perimento della cosa comporta la sua sostituzione con altre che difficilmente – per non dire quasi mai – avranno un valore superiore a quella originaria, sicché esso risulta assolutamente neutrale per tutti i soggetti coinvolti: quanto ai creditori chirografari, essi non avrebbero potuto contare in ogni caso sulla *res* venuta a mancare – e parimenti non potranno sperare in quella sostituita –; quanto a quelli privilegiati, anziché rifarsi sulla garanzia, costoro si soddisferanno sull'equivalente. Quanto precede pare coerente con la ricostruzione che qui si intende sostenere, poiché, come più volte osservato, la surrogazione reale non “crea” nessuna nuova situazione; anzi, a ben vedere, fa sì che ci si muova sempre nell'ambito del medesimo rapporto originario. Dunque, in breve, nello stesso rapporto di pegno, ipoteca, “vincolo” di destinazione della proprietà e via discorrendo.

È possibile richiamare, a questo proposito, un principio formulato a suo tempo da un illustre Maestro del diritto commerciale, secondo il quale “le somme dovute dagli assicuratori pigliano il posto della cosa perduta o danneggiata, e tutti gli interessati esercitano sopra di esse un diritto equivalente a quello che avevano sopra la cosa”⁶⁹¹. Tuttavia, sono necessarie ancora alcune precisazioni. In primo luogo, non solo l'indennizzo, bensì qualunque cosa prenderà il posto di quella perita, purché vi sia un collegamento tra quella “vecchia” e quella “nuova”; in secondo luogo, quanto precede può trovare applicazione “lorsque le bien est envisagé dans sa valeur pécuniaire plutôt que dans son individualité”, poiché “il est logique de

⁶⁹⁰ L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, cit., 236, ad esempio, ritiene invece sussistente una deroga al principio della *par condicio creditorum*.

⁶⁹¹ Si tratta di C. VIVANTE, *Del contratto di assicurazione, del pegno, dei magazzini generali*, cit., 252; concetto ribadito, senza modifiche, qualche anno dopo, in ID., *Trattato di diritto commerciale*, cit., 427. Una formulazione simile era stata ipotizzata anche dai rappresentanti dell'avvocatura mediante le *Osservazioni e proposte sul progetto del libro secondo. Cose e diritti reali*, cit., 393, nelle quali si può leggere, in riferimento all'art. 388 del Progetto di codice civile (si veda *retro* par. 17), che “si sarebbe tentati di proporre una formulazione più ampia di un principio generale, quale si addice ad una situazione praticamente poliedrica, ma concettualmente unitaria: ed il principio dovrebbe rispondere a questo fondamentale concetto: che il prezzo della cosa perita o deteriorata sostituisca in ogni caso la cosa nella garanzia dei creditori (*pretium succedit in locum rei*). Di questo principio generale l'art. 388 non è, infatti, che la specifica applicazione nei suoi più comuni modi di essere; ed esso comunque, anche se non portato ad una assoluta affermazione di principio, rappresenta indubbiamente un giusto completamento, e quindi un sicuro miglioramento della disposizione vigente”.

considérer que tout ce qui représente cette valeur doit connaître le même sort”⁶⁹². In altri termini, qui occorre volgere lo sguardo al bene, nel senso di cui al capitolo primo, che la disposizione di riferimento intende proteggere. Tutte le volte in cui l’interesse tutelato dalla legge può essere soddisfatto anche su una somma di danaro, allora questa tiene luogo alla cosa venuta meno e il rapporto prosegue immutato, salvo che per la nuova componente materiale⁶⁹³. Se, però, la somma non consente quanto appena detto, come, ad esempio, per i diritti reali d’uso e abitazione, allora si dovrà necessariamente concludere per l’estinzione del diritto, a meno che il danaro non sia impiegato per la *reductio in pristinum* o comunque reinvestito in una cosa della stessa specie di quella originaria, nel qual caso vi sarà una momentanea impossibilità d’esercitare il medesimo diritto per mancanza dell’oggetto, sino a quando la componente materiale non verrà ricostituita e si tornerà alla situazione precedente il perimento⁶⁹⁴.

In conclusione su questo profilo, si può affermare che il meccanismo surrogatorio rende la cosa “indistruttibile” dal punto di vista giuridico, siccome destinato a salvaguardare la “destinazione” della medesima, tramite i suoi sostituti, al soddisfacimento di un determinato interesse, anche a vantaggio del soggetto passivo, il quale riceve credito più facilmente, essendo messo al riparo dalla possibile insolvenza legata alla scomparsa della cosa⁶⁹⁵. In breve, come è stato efficacemente osservato, “la subrogation réelle est une technique destinée à assurer la pérennité d’un droit”⁶⁹⁶.

⁶⁹² P. SIMLER, P. DELEBECQUE, *Les suretés. La publicité foncière*, cit., 510. Nella dottrina italiana, pone l’accento sul valore economico della cosa L.V. MOSCARINI, voce *Surrogazione reale*, cit., 970 ss. In relazione all’art. 1020 c.c., affermava G. PUGLIESE, *Usufrutto, uso e abitazione*, cit., 623, che “ogni qualvolta è dovuta da terzi una somma di denaro, che rappresenta il valore della cosa perita o espropriata, l’usufrutto risorge su codesto credito”.

⁶⁹³ Può tornare utile, a questo proposito, il pensiero di A. MAGAZZÙ, *Il perimento della cosa e la teoria dell’efficacia giuridica*, cit., 1306, secondo cui “per stabilire se codesto meccanismo possa operare col suo normale effetto conservativo, occorre far riferimento non solo (come si mostra di credere) alla struttura del rapporto concreto, sibbene al rapporto considerato nella sua astratta tipicità, e accertare, naturalmente con criteri teleologici, se il rapporto concreto nella sua nuova componente di fatto sia riconducibile a quello tipico; se, in altri termini, il bene giuridico, nella sua individualità tipica possa essere ancora conseguito con l’ausilio del meccanismo surrogatorio”.

⁶⁹⁴ Per i diritti di uso e abitazione, cfr. D. BARBERO, *L’usufrutto e i diritti affini*, cit., 497.

⁶⁹⁵ Come opportunamente messo in luce da P. MALAURIE, L. AYNÈS, *Droit des régimes matrimoniaux*, cit., secondo i quali la surrogazione reale “permet d’échapper aux risques de l’insolvabilité d’un débiteur”.

⁶⁹⁶ L’espressione è di E. SAVAUX, B. GRIMONPREZ, voce *Subrogation réelle*, cit., 10.

Va da sé che quando trattasi del venir meno di una cosa data in garanzia o sottoposta a un regime giuridico particolare, dal quale discendono regole specifiche per la responsabilità patrimoniale o per l'esecuzione sulla medesima, la *res* sostituta riceverà i medesimi attributi e perciò potranno esercitarsi su di essa tutte le facoltà che i rispettivi interessati avrebbero esercitato su quella originaria, sempre fatto salvo il caso dell'eventuale incompatibilità di quella "nuova" con il diritto, a meno che quest'ultima non venga reinvestita in qualcosa capace di formare oggetto di detto diritto.

In questi ambiti, il meccanismo surrogatorio esplica appieno tutta la sua forza, poiché esso potrà essere fatto valere su ciascun singolo sostituto della cosa originaria, anche dopo la prima trasformazione. Si pensi, ad esempio, all'edificio ipotecato o usufruttuato che crolli, nel quale si avrà una prima trasformazione (dalla *res* all'indennizzo) ed eventualmente anche una seconda trasformazione (dall'indennizzo alla struttura ripristinata con l'impiego del medesimo), situazioni entrambe tutelate e irrilevanti per coloro che vantavano un diritto sulla cosa.

Meno forte, ma comunque sempre nella prospettiva di conservazione della situazione giuridica, sarà il meccanismo surrogatorio nel caso in cui si tratti della restituzione di una *res* determinata. In questo genere di obbligazioni, la surrogazione reale opera nella fase precedente all'impossibilità totale della prestazione. Detta l'impossibilità, difatti, libera nei limiti della medesima, con ciò intendendosi che, se residua qualcosa di possibile, questo è sempre dovuto al soggetto attivo. L'indennizzo, il risarcimento del danno e via discorrendo possono essere considerati residui "giuridici" della *res* che non c'è più e andranno perciò consegnati in sostituzione⁶⁹⁷. La prestazione originaria, dunque, dovrebbe ritenersi ancora possibile fintantoché uno di questi residui è disponibile, essendo il debitore obbligato a renderli al creditore. L'art. 1259 c.c., come è stato già osservato nel capitolo secondo, potrebbe essere collocato tra le ipotesi di adempimento parziale e non è da escludere che la consegna del bene sostituito sia da

⁶⁹⁷ Nella dottrina più risalente, cfr. V. POLACCO, *Le Obbligazioni nel diritto civile italiano*, cit., 344 ss., spec. 377, secondo il quale "se dalla cosa dovuta sopravanza alcunché sotto qualsiasi forma ed aspetto, il creditore vi avrà diritto". Occorre però valutare se l'obbligazione era indivisibile, come giustamente osserva E. MOSCATI, *La disciplina generale delle obbligazioni*, cit., 340, per la quale l'impossibilità parziale non è nemmeno concepibile. Discorre di *residuos jurídicos*, in relazione all'art. 1186 c.c. spagnolo, A.C. MONTES, *El «commodum representationis» del artículo 1.186 del Código civil*, in *Anuario de derecho civil*, 1987, 603.

considerarsi nient'altro che un adempimento come quello originario⁶⁹⁸. Tuttavia, occorre sottolineare una differenza con il perimento nei diritti reali o nella separazione patrimoniale, poiché qui non sembrano essere ammesse le trasformazioni successive alla prima e si spiega così la minor forza del meccanismo surrogatorio. Difatti, ad esempio, non pare potersi affermare che la cosa acquistata con il ricavato della vendita di un bene ereditario sia anch'essa ereditaria (art. 535, comma 2, c.c.); allo stesso modo, la cosa acquistata con i proventi della vendita di quella alienata indebitamente non pare essere soggetta a restituzione (art. 2038 c.c.), soluzioni queste che invece sarebbero consentite negli ordinamenti anglosassoni presso i quali si può ricorrere al *tracing*. In entrambi i casi, difatti, presso di noi è sempre dovuto il prezzo o l'equivalente della *res* originaria e mai ciò in cui essa è stata reinvestita. Solo in un'ipotesi, invero piuttosto singolare, ovvero l'art. 66 c.c., è stabilito che sono soggetti a restituzione anche "i beni nei quali (il prezzo) sia stato investito".

Nel corso del presente lavoro si è detto che il meccanismo surrogatorio dovrebbe operare quando una cosa è "destinata" a un certo scopo, ma solo ora si può chiarire che la cosa oggetto di un'obbligazione di dare è fattispecie assimilabile a un insieme di beni gravati da un vincolo di destinazione esclusivamente in senso descrittivo⁶⁹⁹. Poiché la surrogazione reale comporta la trasmissione alla *res* nuova delle qualità di quella perita, se si ricade nell'ipotesi di restituzione di cosa determinata non sarà possibile attribuire alla seconda caratteristiche che non erano proprie del diritto avente ad oggetto la prima (ad esempio, la prelazione, la segregazione patrimoniale e via discorrendo).

Il meccanismo surrogatorio, dunque, opera, per dir così, a intensità diverse, le quali però dipendono necessariamente dalla natura del diritto che si poteva far valere sulla cosa originaria. Ad ogni modo, leggendo gli artt. 2742 e 1259 c.c. nei termini di cui si è cercato sommariamente di dar conto, si può

⁶⁹⁸ Può tornar utile richiamare ancora il pensiero di M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, cit., 22. Poiché si tratta del medesimo adempimento, secondo A. MAGAZZÙ, *Il perimento della cosa e la teoria dell'efficacia giuridica*, cit., 1298, permangono in favore del creditore gli accessori e le garanzie concesse per il credito originario.

⁶⁹⁹ Lo rileva A. GAMBARO, *Segregazione e unità del patrimonio*, in *Trusts e att. fid.*, 2000, 155 ss. Anche M. GIORGIANNI, *op. loc. cit.*, discorreva di cosa determinata che, sebbene di proprietà del debitore, era "destinata" (enfasi dell'Autore) al creditore, poiché oggetto dell'obbligazione di dare.

forse intravedere la ragione di colui che già tempo addietro aveva visto un collegamento tra le disposizioni appena richiamate⁷⁰⁰.

Quanto precede riguarda il perimento materiale o giuridico della componente oggettiva del diritto. Rimane da chiedersi, venendo così alla seconda delle alternative illustrate in principio, se gli effetti che la legge ricollega a questo evento siano nella disponibilità dell'autonomia privata. Il quesito riguarda, in altri termini, le ipotesi alle quali nel presente lavoro si è fatto riferimento mediante il concetto di sostituzione (convenzionale). Esso assume rilevanza allorquando la cosa da sostituire è oggetto di un diritto reale o di separazione patrimoniale o, più in generale, è sottoposta a una disciplina dalla quale discendono regole particolari per la responsabilità patrimoniale, l'esecuzione oppure la prelazione. L'esperienza del pegno rotativo pare esemplificativa in questo senso e non sembra potersi negare che l'oggetto del diritto sia sempre e comunque sostituibile con il mantenimento del "vincolo" originario, purché la sostituzione non alteri la posizione dei creditori (cioè risulti neutrale quanto al valore), venga data opportuna pubblicità alla vicenda surrogatoria e la cosa "nuova" sia suscettibile di formare oggetto del diritto di cui si tratta⁷⁰¹.

⁷⁰⁰ E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., 64 ss. Una lettura in termini, per dir così, di omogeneità e coerenza del sistema, prendendo come punti fermi gli artt. 1259 e 2742 c.c. è offerta anche da A. MAGAZZÙ, *Il perimento della cosa e la teoria dell'efficacia giuridica*, cit., 1203 ss.

⁷⁰¹ Qualora non lo sia, si potrebbe ipotizzare l'applicazione dell'art. 2742, comma 1, ultima parte, c.c., per predisporre le opportune cautele affinché la somma di danaro sia effettivamente destinata al reinvestimento. Con riferimento alla pubblicità, cfr. *retro* par. 4.3 e in particolare nota 678.

Indice degli Autori

C. ABATANGELO, *Le nuove garanzie mobiliari tra realtà e obbligatorietà del vincolo*, Padova, 2012, 87 ss.

G. A BECCARA, *I beni personali*, in *Trattato di diritto di famiglia*, 2^a ed., diretto da P. Zatti, III, *Regime patrimoniale della famiglia*, a cura di F. Anelli e M. Sesta, Milano, 2012, 249 ss.

M. ALBALADEJO GARCÍA, *Pago de lo indebido*, in *Revista de derecho privado*, 2007, 5 ss.

U. ALBANESE, *Massime, enunciazioni e formule giuridiche latine. Traduzione, commento e riferimenti sistematici alla legislazione italiana*, Milano, 1993, 59

M. ALBERGO, *È ammissibile la surrogazione reale nell'ipoteca?*, in *Vita not.*, 1987, CXLI

M. ALLARA, *Dei beni*, Milano, 1984, 8

ID., *La teoria delle vicende del rapporto giuridico*, Torino, 1950, 144 ss.

M. ANDERSON, *El régimen económico matrimonial*, in *Derecho de familia*, coordinato da C. Villagrasa Alcaide, Barcellona, 2011, 192 ss.

G. ANDREOLI, *Note critiche in tema di subingresso ex art. 1259 c.c.*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1953, 421 ss., spec. 423

F.J. ANDRÉS SANTOS, *Introducción Histórico-Dogmática a la idea de la subrogación real*, in *Anuario de derecho civil*, 1998, 51, 2, 681 ss.;

ID., *Subrogación real y fenus nauticus*, in *Liber amicorum Christoph Krampe zum 70. Geburtstag*, Berlino, 2012

V. ANDRIOLI, *Surrogazione dell'indennità alla cosa*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, sub Art. 2742, Bologna-Roma, 1955, 24 ss.

E. ARROYO I AMAYUELAS, *¿Y si universalizamos el trust, también en Cataluña?*, in *El trust en el derecho civil*, Barcellona, 2007, 486

C. AUBRY, C. RAU, *Cours de droit civil français, d'après le méthode de Zacharie*, IX, 5^a ed. rivista e aggiornata con la legislazione e la giurisprudenza da É. Bartin, Parigi, 1917, 333 ss.

J. AURENGE, *La Subrogation réelle*, Parigi, 1910

F. AZOFRA, *Hipotecas flotantes*, in *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2008, 1179 ss.

A.M. AZZARO, *Il pegno « rotativo » arriva in cassazione: ovvero «come la dottrina diventa giurisprudenza »*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1998, II, 492, nota 4

M.N. BADALAMENTI, *Osservazioni al quesito «È ammissibile la surrogazione reale nell'ipoteca?»*, in *Vita not.*, 1989, LXXXVIII

R. BALLARÍN HERNÁNDEZ, R. EVANGELIO LLORCA, *sub art. 40*, in *Comentarios a la ley de contrato de seguro*, diretto da J. Boquera Matarredona, J. Bataller Grau e J. Olavarría Iglesia, Valenza, 2002, 496 ss.

L. BALLERINI, *Patrimoni separati e surrogazione reale. Il patto di sostituzione*, Napoli, 2016

E. BARGELLI, F.D. BUSNELLI, voce *Erede apparente*, in *Enc. del dir.*, agg. V, Milano, 2001, 401 ss.

L. BARASSI, *Diritti reali e possesso*, I, *Diritti reali*, Milano, 1952, 145

D. BARBERO, *L'usufrutto e i diritti affini*, Milano, 1952, 505 ss.

ID., *Le universalità patrimoniali*, Milano, 1936, 108 ss.

L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, 2^a ed., in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, continuato da F.D. Busnelli, *sub Artt. 2740–2744*, Milano, 2010, 219 ss.

ID., *La comunione legale*, 2^a ed., in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, III, 2, *Personae e famiglia*, Torino, 1996, 451 ss.

ID., *Garanzia del credito e autonomia privata*, Napoli, 1971, 121, nota 73

A. BARENGHI, *Note sugli acquisti individuali per surrogazione del coniuge in comunione legale*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 2, 141 ss.

G.B. BARILLÀ, *Alcune osservazioni a margine del recepimento legislativo del pegno non possessorio*, in *Corr. giuridico*, 2017, 5

D. BARILLARO, *Della dichiarazione di morte presunta*, *sub artt. 66–67*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna–Roma, 1970, 393

S. BARTOLI, *Trust e atto di destinazione nel diritto di famiglia e delle persone*, Milano, 2011, 148.

ID., *Riflessioni sul “nuovo” art. 2645–ter c.c. e sul rapporto fra negozio di destinazione di diritto interno e trust*, in *Giur. it.*, 2007, § 2.4

M. BATTISTA, voce *Pegno commerciale*, in *Dig. it.*, XVIII, 1, Torino, 1928, 1376

W. BELLERMANN, *Die Surrogation bei Veräußerung der Erbschaft durch den Erbschaftsbesitzer*, Strasburgo, 1910

- J. BELTRAN DE HEREDIA Y CASTAÑO, *El cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1956, 137 ss.
- R. BEYER, *Die Surrogation bei Vermögen im Bürgerlichen Gesetzbuche*, Marburgo, 1905
- E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, 2, *Vicende dell'obbligazione*, e IV, *Difesa preventiva e successiva dell'obbligazione*, Milano, 1955, 242 ss., spec. 243, nota 12
- C.M. BIANCA, *Diritto civile*, II, 1, *La famiglia*, 6^a ed., Milano, 2017, 94 ss.
- ID., *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, Milano, 2006, 346 ss.
- ID., *Il debitore e i mutamenti del destinatario del pagamento*, Milano, 1963, 147 ss., spec. 151 ss.
- M. BIANCA, *Atti di destinazione e attuazione del vincolo*, in *Scritti in onore di Marco Comporti*, Milano, 2008, 205
- ID., *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Padova, 1996, 229
- M. BIANCA, M. D'ERRICO, A. DE DONATO e C. PRIORE, *L'atto notarile di destinazione. L'art. 2645-ter del codice civile*, Milano, 2006, 40
- E. BIANCHI, *Dei privilegi e delle cause in prelazione del credito in generale*, Torino, 1924, 87 ss.
- L. BIGLIAZZI GERI, voce *Patrimonio autonomo e separato*, in *Enc. del dir.*, Milano, XXXII, 1982, 281 ss.
- ID., *Usufrutto, uso e abitazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, XI, 1, Milano, 1979, 262
- F. BILE, voce *Responsabilità patrimoniale*, in *Enciclopedia forense*, VI, Milano, 1961, 408 ss. spec. 411
- B. BIONDI, *Le servitù*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, XII, Milano, 1967, 596
- P. BIRKS, *Unjust enrichment*, 2^a ed., Oxford, 2005
- ID., *Trusts in the recovery of misapplied assets: tracing, trusts and restitution*, in *Commercial Aspects of Trusts and Fiduciary Obligations*, Oxford, 1992, 149 ss.
- D. BOCCHESI, *L'ipoteca navale*, in *Trattato breve di diritto marittimo*, a cura di A. Antonini, Milano, III, 2010, 287 ss.
- P. BOERO, *Le ipoteche*, 2^a ed., in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fondata da W. Bigiavi, Torino, 1999, 321 ss.

- G. BONILINI, *L'estinzione del diritto d'uso*, in *Usufrutto, uso, abitazione*, a cura di G. Bonilini, II, Milano, 2010, 1722
- ID., *Il perimento della cosa legata*, in *Famiglia, pers. e succ.*, 2007, 354 ss.
- J. BONNECASE, *La subrogation réelle*, in *Traité théorique et pratique de droit civil*, suppl. III, diretto da G. Baudry-Lacantinerie, Parigi, 1926, 688 ss.
- ID., *Précis de droit civil*, III, Parigi, 1935, 5 ss.
- M. BORISSOVA, *La fiducia en el Gran Ducado de Luxemburgo: presentación de una técnica contractual*, in *El trust en el derecho civil*, Barcellona, 2007 196
- C. BORNET, *La notion de subrogation réelle et le remploi prévu par la loi des dommages de guerre*, Lilla, 1921
- B. BORRILLO, *La circolazione della garanzia ipotecaria*, Napoli, 2016, 215
- M. BOURASSIN, V. BREMOND e M.N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, 5^a ed., Parigi, 2016, 611 ss.
- U. BRECCIA, *La ripetizione dell'indebito*, Milano, 1974, 59
- M. BRINKMANN, *The Peculiar Approach of German Law in the Field of Secured Transactions and Why it has Worked (So Far)*, in *Secured Transactions Law Reform*, Oxford-Portland, 2016, 341
- J.W. BRUCE, *Real estate finance*, 6^a ed., St. Paul, 2009, 106
- G.B. BRUNI, *La garanzia « fluttuante » nell'esperienza giuridica inglese e italiana*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1986, I, 692
- O. BUCCISANO, *La surrogazione per pagamento*, Milano, 1958, 1 ss.
- A. BUONFRATE, voce *Patrimonio separato e destinato*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., agg. III, 2007, 878
- M. BUSSANI, *Il modello italiano delle garanzie reali*, in *Contr. e impr.*, 1997, 163
- B. CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, *Comentarios a la legislación hipotecaria*, 3 ed., VI, Pamplona, 1983, 496 ss.
- C. CABELLA, *L'art. 1951 del Codice Civile è applicabile alle somme dovute per causa di assicurazione marittima?*, in *Arc. giur.*, 26, 1881, 197 ss.
- M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC e P. PÉTEL, *Droit des sûretés*, 9^a ed., Parigi, 2010, 809.
- O. CAGNASSO, voce *Surrogazione per pagamento*, in *Enc. giur. Treccani*, XXX, Roma, 1993
- M. CAMPOBASSO, *Il pegno non possessorio. «Pegno» ma non troppo*, in *Nuove leggi civili comm.*, 2018, 703

A.D. CANDIAN, voce *Prestazione in luogo dell'adempimento*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., XIV, Torino, 1996, 262

J.I. CANLE FERNÁNDEZ, *Consideraciones sobre la hipoteca flotante: el nuevo artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria*, in *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2011, 299 ss.

C.A. CANNATA, M. PROSPERETTI e G. VISINTINI, *L'adempimento delle obbligazioni*, 2ª ed., in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, IX, *Obbligazioni e contratti*, I, Torino, 1999, 156 ss.

L.M. CANO ZAMORANO, *La acción de petición de herencia: Concepto, naturaleza, personas legitimadas activa y pasivamente*, in *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1981, 1219 ss.

L. CAPALDO, *Natura, contenuto e profili problematici delle norme bancarie in materia di pegno*, in *Fallimento*, 2002, 955

H. CAPITANT, *Essai sur la subrogation réelle*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1919, 383 ss.

F. CARNELUTTI, *Conversione in denaro della cosa soggetta a privilegio*, in *Riv. dir. comm.*, 1923, 400 ss.

U. CARNEVALI, *Brevi note sulla c.d. clausola di vincolo nei contratti di assicurazione*, in *Resp. civ. e prev.*, 2001, 267 ss.

A. CARRASCO PERERA, E. CORDERO LOBATO e M.J. MARÍN LÓPEZ, *Tratado de los derechos de garantía*, 3ª ed., I, Pamplona, 2015, 772 ss. J.L. CARRIERE, *The Rights of the Living Dead: Absent Persons in the Civil Law*, in *50 Louisiana Law Review* 901 (1990)

J.M. CASTÁN VÁZQUEZ, *Notas sobre la exposición de motivos de la primera Ley Hipotecaria (su gestación y su valor permanente)*, in *Libro-Homenaje al Profesor Manuel Amorós Guardiola*, Madrid, 2006, 2149 ss.

G. CASTELLANO, *Vendita a rate, assicurazione del credito e vincolo dell'indennità a favore di terzo*, in *Studi in onore di A. Donati*, II, Roma, 1970, 125 ss., spec. 133 ss.

R. CATERINA, *Usufrutto, uso, abitazione, superficie*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, *I diritti reali*, 3, Torino, 2009, 42, nota 53

ID., *I diritti sulle cose limitati nel tempo*, Milano, 2000, 273 ss., spec. 287 ss.

G. CECCHERINI, voce *Petizione di eredità (dir. priv.)*, in *Enc. del dir.*, XXXIII, Milano, 1983, 628 ss.

A. CERBAN, *Nature et domaine d'application de la subrogation réelle*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1939, 38, 47 ss.

- G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, *sub artt. 109–110*, in *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, 2ª ed., diretto da A.D. Luelmo, Pamplona, 2016, 1054 ss.
- M. CHAGNY, L. PERDRIX, *Droit des assurances*, Parigi, 2009, 307 ss.
- A. CHAMOULAUD–TRAPIERS, voce *Usufruit*, in *Répertoire de droit civil*, XI, Parigi, 2012, 52 ss.
- P. CHAPARRO MATAMOROS, *La extensión objectiva de la hipoteca*, Valenza, 2014, 98 ss.
- M.L. CHARCO GÓMEZ, voce *Subrogación real*, in *Enciclopedia jurídica*, Madrid, 2009, 12241 ss.
- A. CHIANALE, *L'ipoteca*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, VI, Torino, 2005, 323 ss..
- ID., voce *Obbligazioni di dare e di fare in diritto comparato e italiano*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XII, Torino, 1995, 362
- J.M. CHICO Y ORTIZ, *Estudios sobre derecho hipotecario*, 3ª ed., II, Madrid, 1994, 1398 ss.
- G.P. CHIRONI, *Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno*, I, Milano–Torino–Roma, 1917, 384 ss.
- S. CICCARELLO, voce *Pegno (dir. priv.)*, in *Enc. del dir.*, XXXII, Milano, 1982, 694 ss.
- C. CICERO, *Petizione di eredità*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, continuato da F.D. Busnelli, *sub Artt. 533–535*, Milano, 2013, 174 ss.
- ID., voce *Compensazione*, in *Dig. disc. priv., sez. civ., agg. VII*, Torino, 2012, 165 ss.
- A. CICU, *Successioni per causa di morte*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, XLII, I, Milano, 1961, 239
- G.P. CIRILLO, *La petizione di eredità*, in *Trattato breve delle successioni e donazioni*, 2ª ed., diretto da P. Rescigno, coordinato da M. Ieva, I, *Le successioni mortis causa. I legittimari. Le successioni legittime e testamentarie*, Padova, 2010, 520
- M.E. COBAS COBIELLA, *La acción de petición de la herencia: relaciones entre el heredero aparente y real. El análisis de la prescripción en la reclamación de herencia*, in *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista*, II, Madrid, 2014, 1329 ss

- F. CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, V, 1, *I rapporti patrimoniali tra coniugi. La comunione legale*, Milano, 1979, 112 ss
- E.F. COUSINS, I. CLARKE, *Cousins on the Law of Mortgages*, 2^a ed., Londra, 2001, 397 ss.
- L. COVIELLO, *Delle ipoteche*, in *Codice civile. Secondo libro. Cose e diritti reali. Progetto e relazione*, Roma, 1937, 198
- ID., *Delle ipoteche nel diritto civile italiano*, 2^a ed., Roma, 1936, 452 ss.
- P. CROCQ, voce *Gage*, in *Répertoire de droit civil*, VI, Parigi, 2017, 5
- ID., voce *Nantissement*, in *Répertoire de droit civil*, VIII, Parigi, 2017, 1 ss.
- ID., *Le principe de spécialité des sûretés réelles: chronique d'un déclin annoncé*, in *Droit & patrimoine*, 2001, 58 ss.
- ID., *Propriété et garantie*, Parigi, 1995, 180 ss
- A. DALMARTELLO, G.B. PORTALE, voce *Deposito (dir. vig.)*, in *Enc. del dir.*, XII, Milano, 1964, 264
- G. D'AMICO, *La proprietà « destinata »*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 525 ss.
- A. DE CUPIS, voce *Usufrutto (dir. vig.)*, in *Enc. del dir.*, XLV, Milano, 1992, 124
- G. DEIANA, *Surrogazione dell'indennità alla cosa in usufrutto*, in *Riv. dir. comm.*, 1946, I, 315 ss.
- J.M. DE LA CUESTA SÁENZ, *sub Art. 197*, in *Código civil comentado*, diretto da A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno e R. Valpuesta Fernández, I, 2^a ed., Madrid, 2016, 1005
- P. DELEBECQUE, voce *Hypothèque et privilèges maritimes*, in *Répertoire de droit commercial*, V, Parigi, 2005, 5 ss.
- A. DE MARTINI, voce *Deposito (diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, V, Torino, 1960, 516
- F. DE MARTINO, *Usufrutto, uso, abitazione*, 4^a ed., in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, *sub Art. 1017*, Bologna–Roma, 1978, 342, nota 1.
- A. DE MAURO, *Dell'impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile al debitore*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, continuato da F.D. Busnelli, *sub Art. 1259*, Milano, 2011, 184 ss.
- M. DEMOGUE, *Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle*, in *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1901, 236 ss.

M.P. DE RENUSSON, *Traité de la subrogation de ceux qui succèdent au lieu & place des créanciers*, Parigi, 1723

M.J. DE WAAL, *The core elements of the trust: aspects of the English, Scottish and South African trusts compared*, in 117 *S. African L.J.* 548 (2000), 564 ss.

ID., *In search of a model for the introduction of the trust into a civilian context*, in 12 *Stellenbosch L. Rev.* 63 (2001), 67 ss.

R. DICILLO, voce *Atti e vincoli di destinazione*, *Dig. disc. priv.*, sez. civ., agg. I, Torino, 2007, 151

L. DÍEZ PICAZO, A. GULLÓN, *Sistema de derecho civil*, 9ª ed., II, Madrid, 2001, 530 ss.

C.M. DÍEZ SOTO, *sub artt. 1777–1778*, in *Comentarios al Código civil*, diretto da R. Bercovitz Rodríguez-Cano, IX, Valenza, 2013, 12188 ss.

N. DI PRISCO, *I modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, 2ª ed., in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, IX, *Obbligazioni e contratti*, I, Torino, 1999, 454, nota 41.

D. DI SABATO, *I privilegi*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, III, 17, Napoli, 2008, 87 ss.

G. DONADIO, voce *Perimento*, in *Dizionario pratico del diritto privato*, V, I, Milano, s.d. (ma 1937–1939), 461 ss.

G., *Il patrimonio 'finalizzato'*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 485 ss.

G. DURRY, *Hypothèque et assurance*, in *Revue de jurisprudence commerciale*, 1982, numero speciale 2, 27 ss.

E. DUSI, *Il vincolo convenzionale nel contratto di assicurazione*, in *Assicurazioni*, 1954, I, 345 ss.

J. EDELMAN, *Understanding Tracing Rules*, in 16 *Qut L. Rev.* 1 (2016), 2

J. EDELMAN, E. BANT, *Unjust enrichment*, 2ª ed., Oxford–Portland, 2016

M. ESU, *L'assenza e la dichiarazione di morte presunta*, 2ª ed., in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, II, *Persone e famiglia*, I, Torino, 1999, 726 ss.

ID., voce *Surrogazione reale*, in *Enc. giur. Treccani*, XXX, Roma, 1993, 1 ss.

EVANGELIO LLORCA, *sub art. 42*, in *Comentarios a la ley de contrato de seguro*, diretto da J. Boquera Matarredona, J. Bataller Grau e J. Olavarría Iglesia, Valenza, 2002, 533 ss.

L. FABER, *Die Vermögensmassen der Errungenschaftsgemeinschaft nach württembergischem Recht und nach Reichsrecht. Ein Beitrag zur Lehre vom Einkommen*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1906, 99, 161 ss.

- M. FABRE-MAGAN, *Les obligations*, Parigi, 2004, 956 ss.
- C. FADDA, P.E. BENSA, *Note al libro III: il diritto delle cose*, nella trad. it. a B. Windscheid, *Diritto delle pandette*, V, Torino, 1926, 1 ss.
- A. FALZEA, *Il fatto naturale*, in *Studi in onore di G. Scaduto*, I, Padova, 1970, 418
- O. FEIST, *Das Prinzip der dinglichen Surrogation im Familien und Erbrechte des Bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich*, Tubinga, 1903
- D. FELDMAN, F. MEISEL, *Corporate and commercial law: modern developments*, Londra, 1996, 193 ss.
- S. FERRARINI, *Le assicurazioni marittime*, 3^a ed., Milano, 1991, 363 ss.
- ID., *Sul vincolo dell'indennità assicurativa a favore del creditore avente ipoteca sulla nave*; in *Assicurazioni*, 1988, II, 2, 78 ss.
- L. FERRI, *Successioni in generale*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, sub Artt. 512-535, Bologna-Roma, 1968, 229 ss.
- F. FIORENTINI, *Le garanzie immobiliari in Europa*, Berna-Napoli, 2009, 416 ss.
- ID., *La riforma francese delle garanzie nella prospettiva comparatistica*, in *Europa e dir. priv.*, 2006, 1164, nota 30
- A. FIORENTINO, *Del deposito*, in *Commentario del codice civile*, 2^a ed., a cura di A. Scialoja e G. Branca, sub Art. 1776, Bologna-Roma, 1966, 98
- M.J. FLACH, *De la subrogation réelle*, in *Revue historique de droit française et étranger*, 1868, 14, 448 ss.
- W. FLUME, *Der Wegfall der Bereicherung in der Entwicklung vom römischen zum geltenden Rech*, in *Festschrift für Hans Niedermeyer zum 70*, Göttingen, 1953, 103 ss.
- L.Y. FOOTE, nota senza titolo, in 19 *Va. L. Rev.* 508 (1933), 512
- A. FOURNIER, voce *Hypothèque*, in *Répertoire de droit civil*, VI, Parigi, 2007, 12,
- M. FRAGALI, voce *Ipoteca (dir. priv.)*, in *Enc. del dir.*, XXII, Milano, 1972, 740 ss.
- ID., voce *Garanzia e diritti di garanzia*, in *Enc. del dir.*, XVIII, Milano, 1969, 453
- J. FRANÇOIS, *Traité de droit civil*, diretto da C. Larroumet, IV, *Les obligations. Régime général*, 4^a ed., Parigi, 2017, 517 ss.
- C.A. FUNAIOLI, voce *Dote (dir. priv.)*, in *Enc. del dir.*, XIV, Milano, 1965, 43

AND. FUSARO, voce *Destinazione (vincoli di)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino, V, 1989, 321 ss.

E. GABRIELLI, G.A. DANESE, *Le garanzie sui beni dell'impresa: profili della floating charge nel diritto inglese*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1995, I, 633

E. GABRIELLI, « *Forma* » e « *realtà* » nel diritto italiano delle garanzie reali, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 449 ss.

ID., *Rotatività della garanzia*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, agg. VI, Torino, 2011, 821

ID., *Spossessamento e funzione di garanzia nella teoria delle garanzie reali*, in *Fallimento*, 2002, 936

ID., voce *Rotatività della garanzia*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XVIII, Torino, 1998, 104, testo e nota 5

ID., *Sulle garanzie rotative*, Napoli, 1998, 117 ss.

ID., *Il pegno «anomalo»*, Padova, 1990

G. GABRIELLI, M.G. CUBEDDU, *Il regime patrimoniale dei coniugi*, Milano, 1997, 47 ss.

A. GALASSO, G. GALASSO, voce *Deposito*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, V, Torino, 1989, 274

P. GALLO, *sub Art. 2742*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, *Della tutela dei diritti*, a cura di G. Bonilini e A. Chizzini, Milano, 2016, 949

ID., voce *Ripetizione dell'indebito*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, agg. VII, Torino, 2012, 880

ID., *Le restituzioni contrattuali*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, I, Milano, 2008, 1076 ss., spec. 1081 ss.

ID., voce *Deposito in diritto comparato*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, V, Torino, 1989, 274

F. GALLUZZO, *Gli atti di disposizione e di amministrazione dei beni destinati*, in *Contratto e impresa*, 2016, 233 ss.

A. GAMBARO, *Segregazione e unità del patrimonio*, in *Trusts e att. fid.*, 2000, 155 ss.

ID., voce *Finzione giuridica nel diritto positivo*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VIII, Torino, 1992, 343

A. GAMBOGI, *Surrogazione dell'indennità di assicurazione alla cosa ipotecata perita e fallimento dell'assicurato*, in *Assicurazioni*, 1957, II, 154 ss.

J. GARRIGUES, *Contrato de seguro terrestre*, Madrid, 1982, 192 ss., spec. 194

- J. GARTON, G. MOFFAT, G. BEAN e R. PROBERT, *Moffat's Trust Law*, Cambridge, 2015, 665 ss.
- C. GASCA, *I privilegi nel rapporto coi terzi*, Torino, 1925, 330 ss.
- F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2017, 619
- ID., *Osservazioni sull'art. 2645-ter c.c.*, in *Giust. civ.*, 2006, II, 185,
- ID., *Qualche dubbio sul pegno rotativo (in attesa di spiegazioni...)*, in *Riv. notar.*, 2000, 1468
- A. GENOVESE, *Il trasferimento dell'ipoteca. Vicende del rapporto ipotecario*, Pisa, 2017
- ID., *Il perimento della cosa. Il trasferimento del diritto di usufrutto sull'indennità dovuta dal terzo responsabile del perimento o dall'assicuratore*, in *Usufrutto, uso, abitazione*, a cura di G. Bonilini, II, Milano, 2010, 1409
- G. GIAMPICCOLO, voce *Azione surrogatoria*, in *Enc. del dir.*, IV, Milano, 1959, 950 ss.
- A. GIANOLA, voce *Surrogazione reale*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIX., Torino, 1999, 238
- ID., voce *Surrogazione (pagamento con)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIX, Torino, 1999, 233 ss.
- C. GIJSBERS, *Dix ans après: l'hypothèque immobilière revivifiée?*, in *L'attractivité du droit français des sûretés réelles*, diretto da N. Borga e O. Gout, Issy-les-Moulineaux, 2016, 167 ss.
- M.E. GINEBRA MOLINS, *sub art. 153-bis*, in *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, cit., 1324 ss.
- M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, Milano, 1959, 18 ss.
- ID., *La dichiarazione di morte presunta*, Milano, 1943, 141 ss.
- R. GOODE, *Charges over book debts*, in *The Law Quarterly Review*, 1994, 592
- P. GONZÁLEZ POVEDA, J.M. MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ e J.M. PAZ RUBIO, *Tratado de derecho civil*, diretto da J. Santos Briz. Coordinato da I. Sierra Gil de la Cuesta, III, *Derecho de obligaciones*, Barcellona, 2003, 154 ss.
- G. GORLA, *Le garanzie reali dell'obbligazione*, Milano, 1935, 353 ss.
- C. GRANDE, *La clausola di vincolo della polizza corpi*, in *Riv. dir. nav.*, 1972, 116 ss.
- G.L. GRETTON, *Constructive Trusts: I*, in 1 *Edinburgh L. Rev.* 281 (1997), 291
- ID., *Trusts without Equity*, in 49 *Int'l & Comp. L.Q.* 599 (2000), 610 ss.
- M. GRIMALDI, *Droit des successions*, 7^a ed., Parigi, 2017, 445 ss.

- G. GROSSO, *Usufrutto e mutamenti della cosa*, in *Riv. dir. comm.*, 1941, II, 53 ss.
- G. GROSSO, A. BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, XII, 1, Torino, 1977, 404
- A. GUARNERI, D. TESSERA, *Dell'usufrutto, dell'uso e dell'abitazione*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, continuato da F.D. Busnelli, sub Artt. 978–1026, Milano, 2017, 914
- R. GUASTINI, voce *Finzione giuridica (nella teoria generale)*, *Dig. disc. priv.*, sez. civ., VIII, Torino, 1992, 354
- L. GULLIFER, *Goode on Legal Problems of Credit and Security*, 5 ed., Londra, 2013, 123 ss.
- ID., *The Reforms of the Enterprise Act 2002 and the Floating Charge as a Security Device*, in *Current Issues in European Financial and Insolvency Law*, Oxford–Portland, 2009, 17 ss.
- A. GULLON BALLESTEROS, *El derecho de los acreedores hipotecarios, pignoratícios y con privilegio especial sobre las indemnizaciones del seguro*, in *La ley*, 1990, 4, 1016 ss.
- ID., *La prelación de créditos en el Código civil*, Barcellona, 1962, 26, testo e nota 17
- ID., *La acción de petición de herencia*, in *Anuario de derecho civil*, 1959, 12, 1, 199 ss.
- B. HÄCKER, *Consequences of Impaired Consent Transfers. A Structural Comparison of English and German Law*, Tübingen, 2009, 296 ss.
- G. HAMZA, *Comparative law and antiquity*, Budapest, 1991, 235 ss.
- J.C. HASSE, *Ueber Universitas juris und rerum, und über Universal und Singular Succession*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1822, 1 ss.
- J. HAWELLEK, *Die persönliche Surrogation*, Tübingen, 2010
- A. HENRY, *De la subrogation réelle, conventionnelle et légale*, Parigi, 1913
- A.M. HONORÉ, *Trusts: the inessentials*, in *Trusts e att. fid.*, 2003, 4, 497 ss.
- R.C. HORN, *Subrogation in insurance theory and practice*, Philadelphia, 1964
- J.L. JARRILLO GÓMEZ, *Bienes privativos*, in *Comunidad de gananciales*, a cura di X. O'Callaghan Muñoz e M. Begoña Fernández González, Madrid, 2016, 81 ss.
- Y. LAMBERT-FAIVRE, L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, 14^a ed., Parigi, 2017, 453

- Y. LAMBERT-FAIVRE, *Droit des assurances*, 10^a ed., Parigi, 1998, 393 ss.
- C. LANDAU, *The U.N. convention on declaration of death of missing persons, 1950 (an example of international co-operation in a field of private law)*, in *Liber amicorum Adolf. F. Schnitzer*, Ginevra, 1979, 299 ss.
- C. LASARTE, *Principios de derecho civil, III, Contratos*, 18^a ed., Madrid, 2016, 314 ss.
- ID., *Principios de derecho civil, II, Derecho de obligaciones*, 20^a ed., Madrid, 2016, 265 ss.
- ID., *Principios de derecho civil, I, Parte general y derecho de la persona*, 20^a ed., Madrid, 2014, 219 ss
- M. LAURIOL, *La subrogation réelle*, Parigi, 1954
- A.L. DE LAVOISIER, *Traité élémentaire de chimie*, Parigi, 1789
- F.H. LAWSON, B. RUDDEN, *The law of property*, 2^a ed., Oxford, 1982, 54 ss.
- F.H. LAWSON, *Common Lawyer Looks at the Civil Law*, Ann Arbor, 1953, 196
- D. LEGEAIS, voce *Sûretés*, in *Répertoire de droit civil*, XI, Parigi, 2016, 1 ss.
- G. LENER, « *Appendice di vincolo* » nei contratti assicurativi e collegamento negoziale: uno pseudo-problema, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1996, II, 376 ss.
- J.M. LLOPIS GINER, sub art. 1877, in *Código civil comentado*, 2^a ed., IV, diretto da A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno e R. Valpuesta Fernández, Pamplona, 2016, 1253 ss.
- A.V.M. LODDER, *Enrichment in the law of unjust enrichment and restitution*, Oxford, 2012
- F. LOFFREDO, *Atti tra vivi. Legge notarile*, 2^a ed., Milano, 2011, 240 ss.
- F. LONGO, *Della surrogazione reale nel diritto italiano*, Napoli, 1897
- A. LUCCI, *La dottrina delle universitas rerum nel diritto medioevale*, in *Arch. giur.*, 1904, 305 ss.
- ID., *Recensione a F. Longo, Della surrogazione reale nel diritto italiano*, in *Arch. giur.*, 1897, 59, 237 ss.
- S. LUTVINOFF, 50 *La. L. Rev.* 1143 (1990), 1151 ss.
- F. MACARIO, *Garanzia generica e specifica, cause legittime di prelazione e surrogazione reale*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, coordinato da A. Zoppini, IV, *Attuazione e tutela dei diritti*, II, *L'attuazione dei diritti*, Milano, 2009, 199
- A. MAGAZZÙ, voce *Surrogazione reale*, in *Enc. del dir.*, XLIII, Milano 1990, 1503

- ID., voce *Surrogazione per pagamento*, in *Enc. del dir.*, XLIII, Milano, 1990, 1519 ss.
- ID., voce *Perimento della cosa*, in *Enc. del dir.*, XXXIII, Milano, 1983, 35
- ID., voce *Perdita ed estinzione dei diritti*, in *Enc. del dir.*, XXXII, Milano, 1982, 973
- ID., voce *Novazione (dir. civ.)*, in *Enc. del dir.*, XXVIII, Torino, 1978, 832
- ID., *Il perimento della cosa e la teoria dell'efficacia giuridica*, in *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, I, 2, Milano, 1978, 1203 ss.
- ID., *La surrogazione reale*, Milano, 1968
- A. MAGNILLAT, *De la subrogation réelle*, Lione, 1912
- C. MAIORCA, voce *Ipoteca (diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, IX, Torino, 1968, 145 ss.
- M. MALAURIE, *Les restitutions en droit civil*, Parigi, 1991
- P. MALAURIE, L. AYNES, *Droit des régimes matrimoniaux*, 5^a ed., Parigi, 2015, 128 ss.
- P. MALAURIE, A. LAURENT, P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, Parigi, 2017, 605 ss.
- P. MALAURIE, *Droit des personnes. La protection des mineurs et de majeurs*, 9^a ed., Parigi, 2017, 43
- U. MALVAGNA, *Sulle clausole di rotatività del nel pegno: funzione « conservativa » del valore della garanzia e strutture decisionali delle sostituzioni*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2014, I, 313 ss., spec. 315, nota 8.
- D. MANDRIOLI, *Commodum Repraesentationis*, in *Riv. dir. civ.*, 1928, 417 ss.
- MARIANI, *Lineamenti di diritto ipotecario*, Osimo, 1936, 32 ss.
- A. MARINELLI, *Rapporto nazionale italiano*, in *Atti del 3° Congresso mondiale dell'Association Internationale du Droit de l'Assurance*, Parigi, 1970, E1/106
- M.L. MARÍN PADILLA, *Estudio y aplicación del principio general de subrogación real en el Derecho de Sucesiones*, in *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1980, 1416
- ID., *El principio general de la subrogación real en los derechos reales de garantía y goce*, in *Revista crítica de derecho inmobiliario*, 1978, 2, 1149 ss., spec. 1176
- ID., *Estudio y aplicación de la subrogación real en el Derecho de Familia*, ivi, 1978, 717 ss.
- ID., *La Formación del concepto de subrogación real*, ivi, 1975, 1111 ss.

ID., *El principio general de la subrogación real en los derechos reales de garantía y goce*, ivi, 1149 ss.

G. MARTY, J.P. JESTAZ, P. RAYNAUD, *Les obligations*, II, *Le régime*, 2ª ed., Parigi, 1989, 347 ss.

G. MARTY, P. RAYNAUD, *Droit civil*, I, 2ª ed., Parigi, 1972, 470 ss.

N. MCBRIDE, *Restitution for wrongs*, in *The Restatement Third: Restitution and Unjust Enrichment. Critical and Comparative Essays*, Oxford-Portland, 2013, 268

R.M. MEDINA SÁNCHEZ, *Bienes gananciales*, in *Comunidad de gananciales*, a cura di X. O'Callaghan Muñoz e M. Begoña Fernández González, Madrid, 2016, 96 ss.

F. MENCARELLI, A. TROCCOLI, voce *Surrogazione*, in *Lessico universale italiano*, Roma, 1979, 280.

H. MENKEN, *Die dingliche Surrogation bei den Sondervermögen des Familien- und Erbrechts*, Monaco di Vestfalia, 1991

M. MERLIN, voce *Subrogation de chose*, in *Répertoire universelle et raisonné de jurisprudence*, XVI, 5ª ed., Parigi, 1828, 431

P.E. MERLINO, *Sisifo, Zeus e la rotatività del pegno: riflessioni su Corte di cassazione*, III sezione civile, 26 gennaio 2010, n. 1526, *Riv. notar.*, 2011, 168

G.M. MERLO, *La surrogazione per pagamento*, Padova, 1933

F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, 9ª ed., Milano, 1959, 521

ID., *Manuale di diritto civile e commerciale*, II, 2, 8ª ed., Milano, 1952, 399 ss.

J. MESTRE, *La subrogation personnelle*, Parigi, 1979

J.L. MEZQUITA DEL CACHO, *Principales Aplicaciones de la Subrogación Real en nuestro Derecho*, in *Revista de Derecho Español y Americano*, 1959, 649 ss.

C. MITCHELL, P. MITCHELL e S. WATTERSON, *Goff & Jones The law of unjust enrichment*, 9ª ed., Londra, 2016, 195

C. MITCHELL, S. WATTERSON, *Subrogation. Law and Practice*, Oxford, 2007

C. MITCHELL, *The law of subrogation*, OXFORD, 1994

F. MOLFESE, *Furto di autoveicolo. Azione del creditore ipotecario ex art. 2742 codice civile*, in *Riv. giur. circol. trasp.*, 1994, 370 ss.

A. MONTEL, voce *Pegno (diritto vigente)*, in *Noviss. dig. it.*, XII, Torino, 1965, 797

- A.C. MONTES, *El «commodum representationis» del artículo 1.186 del Código civil*, in *Anuario de derecho civil*, 1987, 603
- R. MONTINARO, *L'applicabilità, al diritto d'abitazione, delle norme sull'usufrutto*, in *Usufrutto, uso, abitazione*, a cura di G. Bonilini, cit., 1796
- L.V. MOSCARINI, voce *Surrogazione reale*, in *Noviss. dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, 969 ss.
- E. MOSCATI, *La disciplina generale delle obbligazioni*, Torino, 2015, 349 ss.
- ID., *Del pagamento dell'indebito*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, sub Artt. 2037–2038, Bologna–Roma, 1981, 467 ss.
- L. MOSCO, voce *Impossibilità sopravvenuta della prestazione*, in *Enc. del dir.*, Milano, 1970, 435.
- C.F. MÜHLENBRUCH, *Ueber die s. g. juris und facti universitates*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1834, 321 ss.
- F. MURINO, *Prime considerazioni sul c.d. pegno non possessorio*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2017, I, 231
- G.S. NELSON, D.A. WHITMAN, *Real estate finance law*, 3^a ed., St. Paul, 1993, 179, testo e nota 6
- R. NICOLÒ, voce *Codice civile*, in *Enc. del dir.*, VII, Milano, 1960, 240 ss.
- ID., *Dell'azione surrogatoria*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, sub Artt. 2900–2969, Bologna–Roma, 1953, 55
- E. O'DELL, *Tracing*, in 21 *Dublin U. L.J.* 131 (1999)
- D.S.K. ONG, *Ong on subrogation*, Annandale, 2014
- S. ORLANDO CASCIO, voce *Abitazione (diritto di) (dir. civ.)*, in *Enc. del dir.*, I, Milano, 1958, 101
- M.J.A. OYARZÁBAL, *Ausencia y presunción de fallecimiento en el derecho internacional privado*, Buenos Aires, 2003
- E. PACIFICI-MAZZONI, *Trattato dei privilegi e delle ipoteche*, I, Torino, 1930, 46, testo e nota 1
- A. PALERMO, C. PALERMO, *Usufrutto. Uso – abitazione*, in *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, fondata da W. Bigiavi, 2^a ed., Torino, 1978, 501
- G. PALERMO, *La destinazione di beni allo scopo*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, coordinato da A. Zoppini, II, *Successioni e donazioni*, II, *La proprietà e il possesso*, Milano, 2009, 406 ss.
- A. PADOVANI, *Sulla dialettica dei giuristi medievali. Fallacia d'accidente e dintorni*, in *Honos alit artes. Studi per il settantesimo compleanno di Mario Ascheri*,

I, *La formazione del diritto comune. Giuristi e diritti in Europa (secoli XII–XVIII)*, a cura di P. Maffei e G.M. Varanini, Firenze, 2014, 241 ss.

ID., voce *Petizione di eredità (dir. interm.)*, in *Enc. del dir.*, XXXIII, Milano, 1983, 619 ss.

G. PANDOLFELLI, G. SCARPELLO, M. STELLA RICHTER e G. DALLARI, *Codice civile. Libro delle obbligazioni, Illustrato con i lavori preparatori e disposizioni di attuazione transitorie*, Milano, 1942, 109

L. PANZANI, *Revocatoria della garanzia pignorizia e patto di rotatività, in Fallimento*, 1999, 270

C. PARDO NÚÑEZ, *Confusión de patrimonios y publicidad registral: el caso del trust*, in *El trust en el derecho civil*, Barcellona, 2007, 316

E. PASANISI, *I diritti del terzo verso l'assicuratore*, in *Assicurazioni*, 1970, 1, 189 ss.

A. PAU PEDRÓN, *El patrimonio fiduciario desde la perspectiva registral*, in *El trust en el derecho civil*, Barcellona, 2007, 340

E. PAULMIER, *De la subrogation réelle en droit romain et en droit français*, Orléans, 1882, 4 ss.

M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derecho reales. Derecho hipotecario*, 3ª ed., II, Madrid, 1999, 145.

P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, sub art. 1230–1259, Bologna–Roma, 1975, 521

E. PERONACI, *La surrogazione nel diritto civile italiano*, estratto dall'*Enciclopedia giuridica italiana*, Milano, 1910

F. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, sub art. 1209, in *Código civil comentado*, diretto da A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno e R. Valpuesta Fernández, III, 2ª ed., Madrid, 2016, 518 ss.

T. PERTOT, *Sulla c.d. clausola di vincolo apposta al contratto di assicurazione contro i danni*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 361 ss.

V. PERUGIA, *Sull'art. 1951 del codice civile e l'art. 285 del codice di commercio*, in *Arch. giur.*, 1881, 279 ss.

M. PICARD, A. BESSON, *Les assurances terrestres*, 5ª ed., I, Parigi, 1982, 423 ss.

A. PINO, *Il patrimonio separato*, Padova, 1950

P. PISCITELLO, *Costituzione in pegno di beni dell'impresa e spossessamento*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2001, 163 ss.

- ID., *Le garanzie bancarie flottanti*, Torino, 1999, 26 ss.
- V. POLACCO, *Le Obbligazioni nel diritto civile italiano*, 2^a ed., Roma, 1915, 377
- A. POLOTTI DI ZUMAGLIA, voce *Assicurazione contro i danni (singoli rami)*, in *Dig. disc. priv., sez. comm., agg. IV*, Torino, 2013, 35 ss.
- F. PRINGSHEIM, *The Greek Law of Sale*, Weimar, 1950
- J.B.V. PROUDHON, *Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie*, IV, Digione, 1824, 35 ss.
- S. PUGLIATTI, voce *Finzione*, in *Enc. del dir.*, XVII, Milano, 1968, 658 ss.
- ID., voce *Cosa in senso giuridico (teoria generale)*, ivi, XI, 1962, 19 ss.
- ID., voce *Beni (teoria generale)* in *Enc. del dir.*, V, 1959, 164 ss.,
- ID., *Riflessioni in tema di « universitas »*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, 955 ss.
- G. PUGLIESE, *Usufrutto, uso e abitazione*, 2^a ed., in *Trattato di diritto civile*, diretto da F. Vassalli, IV, 5, Torino, 1972, 612 ss.
- R. QUADRATO, voce *Petizione di eredità (dir. rom.)*, in *Enc. del dir.*, XXXI, Milano, 1983, 616 ss.
- M. RACZYNSKA, *Parallels between the civilian separate patrimony, real subrogation and the idea of property in a trust fund*, in *The worlds of the trust*, a cura di L. Smith, Cambridge, 2013, 454 ss., spec. 469
- C. RADICE, *La comunione legale tra i coniugi: i beni personali*, in *Il diritto di famiglia*, diretto da G. Bonilini e G. Cattaneo, II, *Il regime patrimoniale della famiglia*, Torino, 1998, 148
- L.F. RAGEL SÁNCHEZ, *La sociedad de gananciales (2). El activo de la sociedad*, in *Tratado de Derecho de la Familia*, diretto da M. Yzquierdo Tolsada e M. Cuenca Casas, III, *Los Regímenes económicos matrimoniales*, Cizur Menor, 2011, 753 ss.
- G. RAGUSA-MAGGIORE, voce *Compensazione (dir. civ.)*, in *Enc. del dir.*, VIII, Torino, 1961, 17 ss.
- R.L. RAMSBOTHAM, *Coote's treatise on the law of mortgages*, 9^a ed., I, Londra, 1927, 163 ss.
- V. RANOUIL, *La subrogation réelle en droit civil français*, Parigi, 1985
- A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, LIII, Milano, 2006, 412 ss.
- ID., voce *Privilegi*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, XIV, Torino, 1996, 377 ss.

- R. RASCIO, voce *Universalità patrimoniali*, in *Noviss. dig. it.*, XX, Torino, 1975, 95 ss.
- F. REALMONTE, *Il pegno*, 2^a ed., in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, XIX, *Tutela dei diritti*, I, Torino, 1997, 825
- M. RESCIGNO, *Le garanzie « rotative » convenzionali: fattispecie e problemi di disciplina*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2001, I, 3.
- P. RESCIGNO, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2000, 224
- ID., voce *Morte*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XI, Torino, 1994, 461
- ID., voce *Obbligazioni (nozioni)*, in *Enc. del dir.*, XXIX, Milano, 1979, 170
- ID., voce *Ripetizione dell'indebito*, in *Noviss. dig. it.*, XV, Torino, 1968, 1233 ss.
- ID., voce *Delegazione (dir. civ.)*, in *Enc. del dir.*, XI, Milano, 1962, 981
- M. RHEINSTEIN, M.A. GLENDON, *Interspousal relations*, in *International encyclopedia of comparative law*, IV, *Persons and family*, cit., 2004, 31 ss.
- M. RIVERA FERNÁNDEZ, *La Sociedad Legal de Ganaciales*, Madrid, 2010, 89 ss.
- F. RIVERO HERNÁNDEZ, *Usufructo, uso y habitación*, Madrid, 2016, 689 ss.
- R.M. ROCA SASTRE, L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario*, 8^a ed., VIII, Barcellona, 1998, 1 ss.
- R.M. ROCA SASTRE, *Instituciones de derecho hipotecario*, 1^a ed., III, Barcellona, 1942, 80 ss.
- ID., *La subrogación real*, in *Revista de derecho privado*, 1949, 281 ss.
- C. RODDI, *I mutamenti della cosa e le loro conseguenze giuridiche in diritto romano*, Torino, 1936, 58 ss., 128 ss.
- S. RODOTÀ, voce *Dazione in pagamento (dir. civ.)*, in *Enc. del dir.*, XI, Milano, 1962, 735
- V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, 2^a ed., in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, XIX, Torino, 1997, 539 ss.
- ID., *Il venir meno dell'oggetto della prelazione, e i rimedi a tutela del creditore preferito. Per una lettura degli artt. 2742 e 2743 c.c.*, in *Riv. notar.*, 1981, 4, 642 ss.
- L. ROSSI, voce *Pegno civile*, in *Dig. it.*, XVIII, 1, Torino, 1928, 1279 ss.
- D. RUBINO, *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, XIX, Milano, 1956, 75 ss.
- ID., D. RUBINO, *La responsabilità patrimoniale*, rist. 2^a ed., in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, XIV, 1, Torino, 1952, 15 ss.

B. RUDDEN, *Things as Thing and Things as Wealth*, in 14 *Oxford J. Legal Stud.* 81 (1994), 91

L. RUGGERI, *Il c.d. vincolo assicurativo ed il terzo beneficiario del vincolo*, in *Dir. ed econ. ass.*, 2006, 135 ss.

F. RUSCELLO, *Istituzioni di diritto civile*, Bari, 2017, 354

E. RUSSO, *L'oggetto della comunione legale e i beni personali*, in *Il codice civile. Commentario*, a cura di P. Schlesinger, sub Artt. 177-179, Milano, 1999, 217 ss.

R. SACCO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, Torino, 1959, 97 ss.

V. SAGAERT, *La dématérialisation des droits réels sur des biens matériels: l'extension de la subrogation réelle*, in *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, Bruxelles, 2004, 383 ss.

R. SALEILLES, nota a C. App. Digione, 30 giugno 1893, in *Recueil général des lois et des arrêts*, 1894, II, 185 ss.

ID., nota a Cass., 29 aprile 1901, in *Recueil général des lois et des arrêts*, 1905, I, 321 ss.

F. SÁNCHEZ CALERO, sub artt. 40, 41 e 42, in *Ley de contrato de Seguros. Comentario a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, 4ª ed., Cizur Menor, 2010, 890 ss.

F. SÁNCHEZ CALERO, J. DUQUE DOMINGUEZ, *Rapporto nazionale spagnolo*, in *Atti del 3° Congresso mondiale dell'Association Internationale du Droit de l'Assurance*, Parigi, 1970, E1/16

F. SANTORO-PASSARELLI, *La surrogazione reale*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1926, 31 ss., 209 ss. e 417 ss.

ID., *Dottrine generali del diritto civile*, 9ª ed., Napoli, 1966, 98 ss.

G. SANTUCCI, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione*, in *Trattato delle obbligazioni*, diretto da L. Garofalo e M. Talamanca, III, *I modi di estinzione*, a cura di A. Burdese ed E. Moscati, Padova, 2008, 699

E. SAVAUX, B. GRIMONPREZ, voce *Subrogation réelle*, in *Répertoire de droit civil*, IX, Parigi, 2014, 1 ss.

A. SCALISI, *Il contratto di deposito*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, continuato da F.D. Busnelli, sub Artt. 1766-1797, Milano, 2011, 155

N. SCAPINI, voce *Usufrutto (dir. rom.)*, in *Enc. del dir.*, XLV, Milano, 1992, 1088 ss.

- L.A. SCARANO, *I beni acquistati con il prezzo o lo scambio di beni personali (art. 179 lett. f) c.c.)*, in *La comunione legale*, a cura di C.M. Bianca, I, Milano, 1989, 521, testo e nota 6
- P. SCHLESINGER, voce *Arricchimento (azione di)*, in *Noviss. dig. it.*, I, 2, Torino, 1958, 1009
- V. SCIALOJA, *Teoria della proprietà nel diritto romano*, II, Roma, 1931, 292 ss
- O.T. SCOZZAFAVA, *I beni*, in *Trattato di diritto civile del consiglio nazionale del notariato*, Napoli, 2007
- O.T. SCOZZAFAVA, M. BELLANTE, *I beni*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, VII, *Beni proprietà e diritti reali*, I.1, Torino, 2007, 71
- A. SEGUELA, *Nature du droit des créanciers hypothécaires sur l'indemnité d'assurance en Droit maritime*, Parigi, 1939
- V. SGROI, voce *Morte presunta*, in *Enc. del dir.*, XI, Milano, 126
- I. SHIINA, O. KANAZAWA, *Rapporto nazionale giapponese*, in *Atti del 3° Congresso mondiale dell'Association Internationale du Droit de l'Assurance*, Parigi, 1970, B146
- P. SIRENA, *Arricchimento ingiustificato e restituzioni: una prospettiva di diritto europeo*, in *Rass. Dir. civ.*, 2018, 677, testo e nota 99
- ID., *La ripetizione dell'indebito*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, coordinato da A. Zoppini, III, *Obbligazioni*, I, *Il rapporto obbligatorio*, Milano, 2009, 489 ss.
- ID., *La gestione di affari altrui*, Torino, 1999, 119 ss.
- L.D. SMITH, *Unauthorized dispositions of trust property: tracing in Quebec Law*, in 58 *McGill L.J.* 795 (2013), 797 ss., spec. 802 ss.
- ID., *The Law of Tracing*, Oxford, 1999
- ID., *Tracing into the Payment of a Debt*, in 54 *Cambridge L.J.* 290 (1995), 302 ss.
- V.H. SOLON, *Commentaire de la loi sur l'Expropriation pour cause d'utilité publique*, Parigi, 1850, 80 ss.
- U. STEFINI, *Destinazione patrimoniale ed autonomia negoziale: l'art. 2645-ter*, 2^a ed., Padova, 2010
- G. STOLFI, *In tema di surrogazione reale*, in *Foro it.*, 1952, I, 1086
- N. STOLFI, *Diritto civile*, II, 3, *I diritti reali di garanzia*, Torino, 1932, 412
- ID., *Diritto civile*, II, 2, *I diritti reali di godimento*, Torino, 1928, 82 ss.
- C. STORA, *De la subrogation réelle*, Parigi, 1901

D. STRAUCH, *Mehrheitlicher Rechtsersatz. Ein Beitrag zur "dinglichen Surrogation" im Privatrecht*, Bielefeld, 1972

S. TAMAYO HAYA, *sub art. 1896*, in *Código civil comentado*, diretto da A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno e R. Valpuesta Fernández, IV, Madrid, 2016, 1347

R. TARDIVO, *L'erede apparente*, Padova, 1932, 77

G. TARELLO, voce *Scuola dell'esegesi*, in *Noviss. dig. it.*, XVI, Torino, 1969, 819 ss.

ID., *La Scuola dell'esegesi e la sua diffusione in Italia*, in *Scritti per il XL della morte di P. E. Bensa*, Milano, 1969, 240

B. TEYSSIÉ, *Droit civil. Les personnes*, 18^a ed., Parigi, 2015, 208 ss.

C. TOMASSETTI, *La surrogazione reale*, in *Obbl. e contr.*, 2006, 10, 817 ss.

A.F.J. THIBAUT, *System des Pandekten-rechts*, Jena, 1834, 139 ss.

H. THIELE, *Studien zum ehelichen Güterrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Die Surrogation nach § 1381, 1382*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1901, 91, 1 ss.

A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, 48^a ed., Padova, 2017, 842

G. TRAPANI, *Il c.d. pegno mediante compossesso e il pegno senza spossessamento*, Milano, 1963, 99 ss.

M. TRIMARCHI, voce *Uso (diritto di)*, in *Enc. del dir.*, XLV, Milano, 1992, 325

ID., voce *Universalità di cose*, in *Enc. del dir.*, XLV, Milano, 1992, 801 ss.

G. TUCCI, voce *Garanzia: III) Diritti di garanzia - diritto comparato e straniero*, in *Enc. giur. Treccani*, XIV, Roma, 1989, 7 ss.

A. TULLIO, *I beni personali*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da G. Bonilini, II, *Il regime patrimoniale della famiglia*, Milano, 2016, 1278 ss.

H. UNGER, *Die Aufgaben der dinglichen Ersetzung (Surrogation) für die Sonderung des Nachlasses im Erbrecht des bürgerlichen Gesetzbuches*, Halle, 1935

J.B. VALLET DE GOYTISOLO, *Estudios sobre garantias reales*, 2^a ed., Madrid, 1984, 346 ss.

C.G. VAN DER MERWE, *Security in Immovables*, in *International encyclopedia of comparative law*, VI, *Property and trust*, Tubinga-Dordrecht-Boston-Lancaster, 1994, 75 ss.

C. VARGAS VASSEROT, *El seguro de la finca hipotecada*, Madrid-Barcellona, 2003

- G. VENEZIAN, *Dell'usufrutto, dell'uso e dell'abitazione*, 2^a ed., II, Napoli-Torino, 1936, 152 ss.
- H. VIEBIG, *Das Surrogationsprinzip und unser Bürgerliches Gesetzbuch*, Lipsia, 1933
- G. VIRGO, *The principles of the law of restitutions*, Oxford, 2015, 45 ss.
- C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, IV, *Le obbligazioni*, 5^a ed., Milano, 1926, 425
- ID., *Del contratto di assicurazione, del pegno, dei magazzini generali*, in *Il codice di commercio commentato*, coordinato da L. Bolaffio e C. Vivante, 5 ed., VII, Milano-Napoli-Roma, 1922, 250, testo e nota 1
- M. WATERS, E. OVEY e M. FELL, *Retail Mortgages: Law, Regulation and Procedure*, Londra, 2013, 46, testo e nota 95
- G. WICKER, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Parigi, 1997
- B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, I, trad. it. a cura di C. Fadda e P.E. Bensa, Torino, 1930, 897, testo e nota 9
- M. WOLF, *Prinzipien und Anwendungsbereich der dinglichen Surrogation*, in *JuS*, 1975, 645 ss.
- M. WOLFF, *Derecho de cosas*, III, 2, in *Tratado de derecho civil*, di L. Enneccerus, T. Kipp e M. Wolff, traduzione in spagnolo della 8^a ed. di B.P. Gonzalez e J. Alguer, 2^a ed., Barcellona, 1951, 233 ss.
- L.A. WRIGHT, *Trusts and the Civil Law - A comparative study*, in 6 *W. Ontario L. Rev.* 114 (1967), 115 ss.
- A.N. YIANNPOULOS, *Trust and the Civil Law: The Louisiana Experience*, in V.V. PALMER (a cura di), *Louisiana: Microcosm of a Mixed Jurisdiction*, Durham, 1999, 221
- A. ZACCARIA, voce *Novazione*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XII, Torino, 1995, 285
- P. ZANELLI, *Considerazioni introduttive: dalle garanzie reali alle garanzie omnibus. La formazione extra legislativa del pegno: le norme bancarie uniformi*, in G. GORLA, P. ZANELLI, *Del Pegno. Delle ipoteche*, 4^a ed., in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, sub art. 2784-2899, Bologna-Roma, 1992, 1 ss.
- V. ZENO-ZENCOVICH, voce *Cosa*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, IV, Torino, 1989, 443 ss.

A. ZOPPINI, *Autonomia e separazione del patrimonio, nella prospettiva dei patrimoni separati della società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 564, testo e nota 75

Indice dei casi citati

Corte di Cassazione

Cass., 17 gennaio 2017, n. 922, in *Guida al dir.*, 2017, 10, 60

Cass., 22 dicembre 2015, n. 25796, in *Foro it.*, 2016, I, 2146, con nota di
M. LUCCI

Cass., 1° luglio 2015, n. 13508, in *Foro it.*, Rep. 2015, voce *Fallimento*, n.
327

Cass., 25 agosto 2014, n. 18185, in *Foro it.*, Rep. 2014, voce *Indebito*, n. 6

Cass., 23 luglio 2014, n. 16757, in *Foro it.*, Rep. 2014, voce *Contratto in
genere*, n. 375

Cass., 20 febbraio 2014, n. 4081, in *Foro it.*, Rep. 2014, voce *Assenza e
morte presunta*, n. 1.

Cass., 1° ottobre 2012, n. 16666, in *Contratti*, 2013, 1003, con nota di M.M.
D'AGUI

Cass., 5 maggio 2010, n. 10855, in *Notariato*, 2010, 6, 624 ss., con nota di
R. SCOTTI

Cass., 1° febbraio 2008, n. 2456, in *Foro it.*, Rep. 2008, voce *Fallimento*, n.
471

Cass., 26 gennaio 2006, n. 1693, in *Foro it.*, 2006, I, 1756

Cass., 20 gennaio 2006, n. 1197, in *Foro it.*, Rep. 2006, voce *Famiglia
(regime patrimoniale)*, n. 112,

Cass., 15 luglio 2005, n. 15038, in *Foro it.*, Rep. 2005, voce *Prescrizione e
decadenza*, n. 83

Cass., 19 luglio 2004, n. 13359, in *Foro it.*, Rep. 2004, voce *Deposito*, n. 5

Cass., 5 marzo 2004, n. 4520, in *Fallimento*, 2005, 547

Cass., 5 novembre 2002, n. 15502, in *Giur. it.*, 2003, 949

Cass., 2 aprile 2001, n. 4791, in *Assicurazioni*, 2001, II, 2, 167

Cass., 22 settembre 2000, n. 12039, in *Foro it.*, Rep. 2000, voce *Obbligazioni
in genere*, n. 43

Cass., 28 maggio 1998, n. 5264, in *Foro it.*, 1998, I, 2405

Cass., 22 maggio 1998, n. 5117, in *Foro it.*, Rep. 1998, voce *Obbligazione
in genere*, n. 54

Cass., 21 giugno 1995, n. 7021, in *Giust. civ.*, 1996, I, 2697

Cass., 18 agosto 1994, n. 7437, in *Foro it.*, Rep. 1994, voce *Famiglia (regime patrimoniale)*, n. 35

Cass., 17 aprile 1993, n. 4553, in *Foro it.*, 1994, I, 1752

Cass., 17 giugno 1982, in *Foro it.*, 1983, I, 1359, con nota di F. MACARIO

Cass., 6 dicembre 1980, n. 6346, in *Riv. giur. circol. trasp.*, 1981, 786

Cass., 16 gennaio 1968, in *Riv. dir. nav.*, 1969, II, 146

Cass., 15 novembre 1955, n. 3740, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, 208 ss.

Corti di merito

App. Milano, 23 gennaio 2004, in *Foro it.*, Rep. 2005, voce *Pegno*, n. 16.

App. Bari, 22 gennaio 1997, in *Foro it.*, Rep. 2000, voce *Assenza e morte presunta*, n. 3

App. Bologna, 24 settembre 1994, in *Dir. fallim.*, 1995, II, 1031, con nota critica di A. CREMONINI e G. FRANCHI

App. Milano, 20 ottobre 1991, in *Foro it.*, Rep. 1992, voce *Surrogatoria*, n. 4

App. Palermo, 28 febbraio 1958, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1959, II, 564

Trib. Milano, 2 dicembre 2013, in *Foro it.*, 2014, I, c. 1629

Trib. Bari, 8 febbraio 2005, in *Foro it.*, Rep. 2006, voce *Ipoteca*, n. 16

Trib. Salerno, 25 febbraio 2003, in *Foro it.*, Rep. 2003, voce *Successione ereditaria*, n. 75

Trib. Salerno, 11 giugno 1998, in *Foro it.*, Rep. 1999, voce *Assicurazione (contratto)*, n.110

Trib. Milano, 17 novembre 1997, in *Foro it.*, 1998, I, c. 1309

Trib. Rovigo, 4 febbraio 1997, in *Foro it.*, Rep. 1998, voce *Pegno*, n. 34

Trib. Livorno, 13 dicembre 1996, in *Foro it.*, Rep. 1998, voce *Fallimento*, n. 486

Trib. Roma, 23 agosto 1996, in *Arch. civ.*, 1997, 996

T.A.R. Lombardia, 29 marzo 1995, in *Foro Amm.*, 1995, 1631

Trib. Roma, 18 luglio 1991, in *Foro it.*, 1992, I, c. 950

Trib. Verona, 30 gennaio 1989, in *Foro it.*, 1990, I, c. 2646

Trib. Genova, 4 settembre 1987, in *Assicurazioni*, 1988, II, 78, con nota di S. FERRARINI

Trib. Milano, 24 febbraio 1982, in *Foro it.*, Rep. 1982, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1531

Trib. Genova, 1° aprile 1971, in *Foro it.*, 1971, I, c. 2693

Trib. Venezia, 30 giugno 1962, in *Dir. mar.*, 1964, 314

Trib. Trapani, 11 agosto 1956, in *Assicurazioni*, 1957, II, 154

Corti inglesi

Menelaou v Bank of Cyprus UK Ltd, [2015] UKSC 66

Foskett v McKeown, [2000] UKHL 29

Holroyd v Marshall, (1862) 10 H.L. Cas. 191

Taylor v Plumer, [1815] EWHC KB J84