

Direzione

Gianvito Giannelli, Ugo Patroni Griffi, Antonio Felice Uricchio, Andrea Patroni Griffi

Comitato scientifico

Sabino Fortunato (**coordinatore**) - Lorenzo De Angelis - Pietro Masi - Cinzia Motti - Antonio Nuzzo - Luigi Filippo Paolucci - Salvatore Patti - Michele Sandulli - Gustavo Visentini

Redazione di Bari

Emma Sabatelli, Giuseppina Pellegrino, Eustachio Cardinale, Francesco Belviso, Rosella Calderazzi, Barbara Francone, Anna De Simone, Valentino Lenoci, Enrico Scoditti, Emma Chicco, Claudio D'Alonzo, Giuditta Lagonigro, Manuela Magistro, Francesco Salerno, Concetta Simone

Redazione di Foggia

Michele Bertani, Andrea Tucci, Giuseppe Di Sabato, Corrado Aquilino, Pierluigi Pellegrino, Grazia Pennella, Annalisa Postiglione, Annamaria Dentamaro, Attilio Altieri, Giulia Lasalvia

Redazione di Lecce

Maria Cecilia Cardarelli, Alessandro Silvestrini, Giuseppe Positano, Andrea Sticchi Damiani

Redazione di Napoli

Andrea Patroni Griffi, Alfonso M. Cecere, Nicola De Luca, Carlo Iannello, Sergio Marotta, Francesco Sbordone, Pasquale Serrao d'Aquino

Redazione di Roma

Giustino Enzo Di Cecco, Paolo Valensise, Vincenzo Vitalone, Valeria Panzironi, Ermanno La Marca, Valentina Depau, Davide De Filippis

Redazione di Taranto

Daniela Caterino, Giuseppe Labanca, Cira Grippa, Gabriele Dell'Atti, Giuseppe Sanseverino, Pietro Genoviva, Francesco Sporta Caputi, Barbara Mele

Direzione

Piazza Luigi di Savoia n. 41/a
70100 – BARI - (Italy)
tel. (+39) 080 5246122 • fax (+39) 080 5247329
direzione.ibattellidelreno@uniba.it

Coordinatore della pubblicazione on-line: Giuseppe Sanseverino
Redazione: presso il Dipartimento Jonico in Sistemi Giuridici ed Economici del Mediterraneo:
Società, Ambiente, Culture - Sezione di Economia -
Via Lago Maggiore angolo Via Ancona
74121 - TARANTO - (Italy)
tel (+39) 099 7720616 • fax (+39) 099 7723011
redazione.ibattellidelreno@uniba.it
giuseppe.sanseverino@uniba.it

ISSN 2282-2461 I Battelli del Reno [on line]

I Battelli del Reno, rivista on line di diritto ed economia dell'impresa, è registrata presso il Tribunale di Bari (decreto n. 16/2012)

La rivista è licenziata con Creative Commons Attribuzione – Non commerciale - Non opere derivate 3.0 Italia (CC BY-NC-ND 3.0 IT)

GIURISPRUDENZA

Tribunale di Catania 27 luglio 2021 - Pres. Sciacca - Rel. De Bernardin - Banca Mediolanum S.p.A.

Fallimento – Accertamento del passivo – Ammissione - Crediti ipotecari- Estinzione del vincolo- Surrogazione in senso lato – Diritto all'ammissione del credito con l'indicazione della causa legittima di prelazione – Configurabilità

Nella fattispecie di estinzione (totale o parziale) del vincolo ipotecario, si determina un fenomeno, non del tutto coincidente con la surrogazione reale, ma ad essa assimilabile, ragione per cui il credito ipotecario, in sede di formazione dello stato passivo, va ammesso con l'indicazione della causa legittima di prelazione.

Fallimento – Accertamento del passivo – Ammissione - Crediti ipotecari-Vendita del bene - Garanzia reale - Trasferimento sul prezzo - Configurabilità

Le vendite esecutive individuali, così come quelle concorsuali consentono l'immissione sul mercato del bene, libero da formalità pregiudizievoli, con conseguente estinzione di eventuali diritti ipotecari, per cui deve affermarsi che, anche in sede concorsuale, a seguito della vendita del bene gravato dalla formalità, la garanzia reale si trasferisce sul prezzo. Né, in una concezione unitaria delle procedure concorsuali che si siano susseguite per una stessa impresa, rileva, che, da un lato, la vendita del bene sia stata disposta in sede di concordato e, dall'altra, l'ammissione del credito avvenga in sede del successivo fallimento.

Fallimento - Surrogazione reale – Presupposti in generale

La surrogazione reale sia impropria (pretium succedit in locum rei), sia propria (che si realizza quando il bene perito si ricostruisce o si ripristina utilizzando l'indennità pagata per il perimento), presuppone che l'ipoteca, pur venendone modificato l'oggetto, continui a esistere, ma si trasferisca sul valore pecuniario del bene che era l'oggetto originario della garanzia.

Il Tribunale (omissis)

Rilevato che, con ricorso depositato il 2 aprile 2019, la Banca Mediolanum S.p.A. ha proposto opposizione tempestiva avverso il decreto di esecutività dello stato passivo del fallimento opposto, comunicato il 5 marzo 2019 (doc. 4);

rilevato che con istanza ex art. 93 L. Fall., parte ricorrente ha chiesto l'ammissione al passivo, in via ipotecaria, della somma di euro 408.421,85, asseritamente dovuta a titolo di capitale residuo, interessi ed accessori, relativi al contratto di mutuo fondiario stipulato con atto notarile, a rogito del Dott. F.A., del 02/09/2008, rep. 16887, racc. 4572, con contestuale iscrizione ipotecaria di primo grado sull'immobile riportato al N.C.E.U. del Comune di Mascali (CT) al foglio 46, part. 215, sito in... (doc. 1, 1b e 1c);

rilevato che in ordine a tale domanda il curatore ha proposto l'ammissione del credito prospettato dalla Banca nella misura di euro 408.338,79, al rango chirografario, sulla base delle seguenti considerazioni: "come già evidenziato in seno al progetto depositato, l'immobile sito in Mascali su cui è iscritta ipoteca non è più presente nel patrimonio fallimentare, in quanto venduto in sede di concordato preventivo trasferito con decreto del 23/10/2017. Ciò detto, non può riconoscersi la garanzia ipotecaria, in quanto l'effettiva realizzazione del privilegio dipende dalla sussistenza del bene" (cfr. Cass. S.U. 20/12/2001 n. 16060, Cass. 7/07/ 2016 n. 13940). In sostanza, se il bene sui cui grava l'ipoteca non è compreso nella massa fallimentare, come in questo caso, rispetto ad esso il creditore, pur se insinuato al passivo in privilegio, non potrà far valere il privilegio al momento del riparto dell'attivo, in quanto la garanzia reale non si è realizzato con la liquidazione del bene in sede concorsuale. Quindi il creditore ipotecario potrà far valere il credito nel fallimento, in quanto credito concorsuale, ma in chirografo perché il bene gravato non fa più parte della massa (e potrà agire in via esecutiva in danno del terzo acquirente)" (doc. 4);

rilevato che il G.D. ha disposto l'ammissione del credito in conformità alla proposta del curatore;

rilevato che - nell'ambito del presente giudizio - parte ricorrente ha dedotto l'erronea ammissione del credito al rango chirografario deducendo: a) che la questione relativa alla presenza nella massa del bene oggetto di prelazione ipotecaria afferisce alla fase del riparto, laddove in sede di verifica è sufficiente accertare l'esistenza del credito e della relativa causa di prelazione; b) che la somma ricavata dalla vendita, dell'immobile oggetto di ipoteca (per euro 226.213,23, come da pag. 11 della relazione del liquidatore Prof. Aurelio Mirone - All. 5 al ricorso), non distribuita in seno alla procedura concordataria, era confluita nell'attivo fallimentare;

rilevato che - in tema di vendite esecutive individuali - la Corte di legittimità ha avuto modo di rilevare - con motivazione da condividersi nella presente sede - come: "Nella fattispecie di estinzione (totale) o restrizione (per estinzione parziale) si determina (...) un fenomeno che, come sottolineato dalla dottrina, pur non essendo del tutto coincidente con la surrogazione reale, propria od impropria, è ad essa assimilabile.

La surrogazione reale presuppone infatti che l'ipoteca permanga, ma si trasferisca sul valore pecuniario del bene che era l'oggetto originario della garanzia: si tratti di surrogazione reale, definita anche impropria (*pretium succedit in locum rei*), ovvero di surrogazione reale definita propria (che si realizza quando il bene perito si ricostruisce o si ripristina utilizzando l'indennità pagata per il perimento), essa comporta sempre che

l'ipoteca permanga, pur essendone modificato l'oggetto. La vendita coattiva determina l'estinzione dell'ipoteca, per come è detto dal citato art. 2878 c.c., n. 7; in questo caso, la garanzia reale sul bene immobile subastato viene meno in conseguenza dell'effetto purgativo della vendita e dell'ordine di cancellazione delle iscrizioni ipotecarie contenuto nel decreto di trasferimento ai sensi dell'art. 586 c.p.c.; tuttavia, il creditore ipotecario ha diritto di partecipare alla distribuzione della somma ricavata in ragione del suo diritto di prelazione, nel grado assicurato dall'originaria iscrizione" (Cassazione sez. 3, 26 marzo 2015, n. 6082);

rilevato che analoga vicenda estintiva delle prelazioni è quella che si verifica sempre anche nella vendita coattiva in sede concorsuale: vuoi per via dei richiami alle disposizioni del Codice di procedura civile per le vendite effettuate ex art. 107 co. 2 l.f., vuoi per via dell'adozione del decreto di purgazione delle formalità del giudice all'esito della vendita competitiva ex art. 108 l.f. ovvero - nell'i- potesi di vendita concordataria - ex art. 182 co. 7 l.f.;

ritenuto che, comportando le vendite esecutive individuali e le vendite concorsuali il medesimo meccanismo di immissione sul mercato del bene libero da formalità pregiudizievoli, deve affermarsi - anche in sede concorsuale - che - con la vendita del bene gravato dalla formalità - la garanzia reale si trasferisce sul prezzo, per via dell'indicato fenomeno di surrogazione reale; rilevato - nella fattispecie - che nella relazione del commissario giudiziale del concordato che ha preceduto il fallimento opposto si legge: "in data 18 luglio 2017 si è provveduto alla vendita senza incanto dei beni immobili acquisiti innanzi al GD. Sono pervenute offerte solo per la villetta sita in Mascali, località Sant'Anna, stimata dal consulente della procedura 232.625 euro e aggiudicata dopo i ribassi conseguenti ai tentativi di vendita andati deserti, al prezzo di 211.100 oltre imposte spese" (cfr. all. 5 dell'opposizione);

rilevato che - inoltre - il curatore ha proposto l'ammissione del credito - pur se al rango chirografario - senza eccepire l'intervenuta soddisfazione del credito;

ritenuto, quindi, che possono quindi considerarsi provati i seguenti elementi in fatto: i. l'immobile su cui gravava l'ipoteca dedotta da parte opponente è stato venduto nell'ambito della procedura di concordato che ha preceduto il fallimento avverso, il quale qui viene proposta opposizione; ii. il prezzo rinveniente dall'alienazione dell'immobile ipotecato a vantaggio dell'odierno opponente è stato acquisito alla massa fallimentare;

ritenuto - per quanto precede in diritto e in fatto - che essendo la somma di denaro ricavata dalla vendita dell'immobile gravato da ipoteca acquisita alla massa, il credito dell'istante va ammesso - nei limiti di cui infra - con la prelazione ipotecaria già gravante sull'immobile;

ritenuto che non ostante alla conclusione che precede le considerazioni espresse dal curatore in sede di verifica dello stato passivo e segnatamente:

i. Quella secondo cui il bene gravato da formalità: "non è compreso nella massa fallimentare" e ciò per quanto si è innanzi evidenziato circa il trasferirsi della garanzia dal bene al denaro, come effetto della vendita;

ii. Quella secondo cui: “la garanzia reale non si è realizzato con la liquidazione del bene in sede concorsuale” perché se è vero che la liquidazione è avvenuta in altra procedura è comunque in altra procedura ugualmente concorsuale (e che dispone del patrimonio attivo già oggetto della procedura che l’ha preceduto) che il creditore chiede il riconoscimento delle garanzie del proprio credito;

rilevato che il Tribunale, con ordinanza del 27/07/2020, ha disposto consulenza tecnica d’ufficio conferendo al consulente il seguente mandato: “a) individuare per ogni contratto le rate scadute e insolute e quelle ancora a scadere; b) scorporare, per ciascuna rata, la quota capitale da quella ascrivibile agli interessi; c) provvedere, quindi, a determinare, sommando le diverse quote di capitale - scaduto e a scadere - l’importo da restituire a tale titolo; d) individuare l’importo degli interessi corrispettivi indicati in ciascuna rata rimasta insoluta e il quantum degli interessi moratori maturati, al saggio pattuito, sulla sola quota di capitale portata dalle rate non pagate; e) quantificare gli interessi corrispettivi maturati nell’annata in corso alla data del ricorso ex art. 161 co. 7 l.f. e nelle due annualità anteriori (prendendo come punto di riferimento la data di cui al combinato disposto degli artt.168-161 co. 7 l.f., e valutando l’anno in corso non quale anno solare, bensì quale arco temporale di dodici mesi a decorrere dalla conclusione del contratto), nonché gli interessi legali sulle rate ancora a scadere alla data di cui al combinato disposto degli artt. 168-161 co. 7 l.f. fino alla vendita dei beni oggetto di mutuo fondiario; f) quantificare gli interessi moratori sulle rate scadute e non pagate fino alla data di cui al combinato disposto degli artt. 168-161 co. 7 l.f., nonché gli interessi corrispettivi maturati nel periodo precedente al biennio di cui alla lett. e)”;

rilevato che il consulente tecnico d’ufficio, anche alla luce delle osservazioni formulate da parte opponente, ha indicato in complessivi euro 368.729,12 l’ammontare del capitale residuo alla data del fallimento, degli interessi corrispettivi e legali relativi al triennio e degli interessi moratori, ed in euro 68.230,86 l’ammontare degli interessi corrispettivi e moratori anteriori e successivi al triennio di cui all’art. 2855 c.c. (cfr. ctu a firma dott. Massimo Epifanio Bua depositata il 10 ottobre 2020, in atti);

ritenuto che la consulenza svolta è scevra di vizi logici ed ha correttamente posto in essere gli accertamenti demandati dal tribunale di tal che le conclusioni cui giunge il ctu meritano piena condivisione nella presente sede;

ritenuto -in conclusione- che l’opponente va ammesso al passivo del fallimento opposto per euro 368.729,12 in via ipotecaria -importo da considerarsi privilegiato nei soli limiti di quanto ricavato dalla vendita del bene su cui gravava l’ipoteca- e per la rimanente parte in via chirografaria;

(omissis).

La surrogazione reale come principio generale, operante anche in sede concorsuale, invero la c.d. equità *praeter legem*. Nuovi (e possibili) confini per il principio equitativo?

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le questioni sottese alla fattispecie concreta. – 3. Punti di criticità della interpretazione adottata dagli organi della curatela. Non applicabilità dei principi affermati da Cass. S.U. 20 dicembre 2001, n. 16060. – 4. La surrogazione reale: finzione normativa operante nelle sole ipotesi legali o principio generale? – 5. La fattispecie concreta e la soluzione prescelta dal Tribunale. La concezione unitaria delle procedure concorsuali. – 6. Conclusioni. La surrogazione reale quale declinazione del principio (generale) di equità. Le potenzialità operative dell'equità *praeter legem*.

1. Introduzione. - Il provvedimento del Tribunale, nell'affermare che il credito ipotecario deve essere ammesso al passivo come tale, anche nell'ipotesi di precedente vendita del bene, in sede concordataria, muove da un'applicazione, per così dire, elastica della c.d. surrogazione reale, perché richiamata al di fuori dei suoi tradizionali presupposti applicativi.

Nello schema tradizionale della surrogazione reale, che ne delinea le modalità operativa, il diritto - in questo caso, la garanzia ipotecaria - a fronte della modifica del suo oggetto materiale, è destinato a sopravvivere e non a estinguersi.

Nel caso di specie, invece, la surrogazione (o, seguendo l'approccio logico della pronuncia catanese, un fenomeno ad essa sostanzialmente accostabile) si produce, nonostante l'effetto estintivo del vincolo ipotecario, conseguente alla alienazione coattiva, che mira al trasferimento del bene libero da pesi e vincoli che ne diminuiscano l'appetibilità commerciale.

E questo è un elemento comune alle vendite disposte in sede di esecuzione individuale, così come correlate alla liquidazione dei beni fallimentari.

Il sottoscritto si cimenta nel tentativo di fondare tale ricostruzione, in termini ampi, della surrogazione reale, sul principio equitativo, quale categoria cui riconoscere potenzialità operative, differenti da quelle tradizionali (c.d. equità *secundum legem*) e destinata a porsi, nell'attuale quadro normativo, quale vera e propria fonte di diritto oggettivo (anche *praeter legem*).

2. Le questioni sottese alla fattispecie concreta. – Nel caso sottoposto al vaglio del Tribunale catanese, si è posto il problema se il credito ipotecario, vantato dall'istituto di credito, debba essere ammesso al passivo come tale o in chirografo.

L'interrogativo nasceva dalla peculiarità della fattispecie concreta dal momento che la società fallita, titolare del bene gravato, era stata ammessa, in un primo momento, a

concordato e, in tale sede, il bene era stato venduto, con incameramento da parte della procedura della relativa somma.

Successivamente, dichiarato il fallimento e dandosi disposizione per la formazione dello stato passivo, si erano contrapposte due tesi giuridiche di segno opposto che muovevano ciascuna dalla valorizzazione di profili fattuali diversi.

Secondo il curatore l'ammissione del credito doveva avvenire al rango chirografario, sulla base delle seguenti considerazioni: il bene era stato materialmente venduto e non era più presente nel patrimonio fallimentare.

Dunque, data l'immanenza del diritto reale alla *res*, non poteva riconoscersi la garanzia ipotecaria, in quanto l'effettiva realizzazione del privilegio dipende dalla sussistenza del bene¹. Al creditore, dunque, sarebbe residuata la facoltà di agire in *executivis* contro il terzo acquirente.

Ciò, ovviamente in applicazione del noto *ius sequendi* che conforma le garanzie reali, consentendo di perseguire il bene, anche quando ne sia mutata la titolarità e la stessa sia acquistata da un terzo, il cui legittimo affidamento viene tutelato dalla formalità dell'iscrizione ipotecaria che viene a svolgere una funzione, non solo costitutiva, ma pubblicitaria.

Tale ricostruzione giuridica era stata fatta propria dal Giudice delegato che aveva avallato l'inclusione del credito bancario in chirografo.

L'istituto di credito proponeva opposizione avverso il decreto di esecutività dello stato passivo del fallimento opposto, lamentando come il proprio credito, per quanto assistito da ipoteca, fosse stato illegittimamente degradato a pretesa chirografaria.

Parte ricorrente, nel sostenere la natura privilegiata del proprio credito, riteneva che si dovesse distinguere, peraltro, fra il piano dell'ammissione al passivo e quello del concreto riparto delle somme ammesse.

In sede di verifica e ammissione della posta attiva sarebbe stato sufficiente accertare l'esistenza del credito e della relativa causa di prelazione; dovendosi, invece, differire la questione relativa alla effettiva presenza nella massa del bene al momento del riparto.

Dunque, dovendosi la suddetta indagine operare solo successivamente alla formazione dello stato passivo, l'ammissione doveva avvenire con il riconoscimento della causa legittima di prelazione.

Profilo dirimente sarebbe stato, però, che la somma ricavata dalla vendita, dell'immobile oggetto di ipoteca, non distribuita in seno alla procedura concordataria, era confluita nell'attivo fallimentare.

3. Punti di criticità della interpretazione adottata dagli organi della curatela. Non applicabilità dei principi affermati da Cass. S.U. 20 dicembre 2001, n. 16060. – Come già evidenziato, il curatore aveva sostenuto, in ciò ascoltato dal Giudice Delegato, che il credito dovesse essere ammesso in chirografo.

¹ cfr. Cass. S.U. 20 dicembre 2001; n. 16060, Cass. 7 luglio 2016, n. 13940.

Secondo la prospettiva del curatore, “*se il bene sui cui grava l’ipoteca non è compreso nella massa fallimentare, come in questo caso, rispetto ad esso il creditore, pur se insinuato al passivo in privilegio, non potrà far valere il privilegio al momento del riparto dell’attivo, in quanto la garanzia reale non si è realizzato con la liquidazione del bene in sede concorsuale*”.

Egli richiamava, seppur impropriamente (v. infra), la pronuncia della Cass. S.U. 20 dicembre 2001, n. 16060, secondo cui il credito privilegiato può essere ammesso subito per quanto il bene non sia presente nella sfera del fallito, al momento della formazione dello stato passivo².

A tal riguardo, l’art. 2745 c.c. stabilisce, infatti, che il privilegio è accordato dalla legge e, cioè, riconosciuto in considerazione della causa del credito e prescinde, invece, dall’attualità del bene nella massa³.

È proprio e soltanto la “causa del credito”, quindi, l’elemento essenziale che caratterizza il privilegio.

Il credito privilegiato nasce, in altre parole, tale per la sua natura allorché il legislatore ritiene di “accordarvi” per la causa che vi inerisce, una tutela rafforzata⁴.

E, ove trattasi, in particolare, di privilegio speciale su dati beni, l’eventuale mancanza, allo stato, di questi beni non incide evidentemente nè sulla causa del credito nè sulla qualificazione della prelazione, ma unicamente rileva nella fase dell’esecuzione, come impedimento di fatto all’esercizio del privilegio.

Cio’ non si verifica, invece, per il credito ipotecario che, diversamente da quello privilegiato, richiede la presenza della *res* (di quella originaria o di quella sostituita ad essa⁵), ai fini della sua stessa esistenza e ciò fin dal suo inserimento nello stato passivo.

Tale è la *regula iuris*, formulata dalla Suprema Corte, nella summenzionata pronuncia, componendo il contrasto fra l’orientamento - cui essa ha aderito e di maggior favore per

² v. D. Galletti, *Stato passivo o riparto? La “frantumazione” dell’idea di responsabilità*, in *Esec. Forz.*, 2018, 4, 653. L’Autore evidenzia come il principio enucleato con riguardo al privilegio sia stato esteso, successivamente, in via interpretativa, anche a pegno e ipoteca.

³ v. in generale, sulla tematica *de qua*: Chironi, in *Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno*², Torino, 1918; Gasca, *I privilegi nei rapporti coi terzi*, Torino, 1925; Luzzati, *Dei privilegi e delle ipoteche*, Torino, 1884; Pacifici-Mazzoni, in *Trattato dei privilegi e delle ipoteche*⁸, Torino, 1930; Pochintesta, *Dei privilegi e delle ipoteche, secondo il Codice Civile italiano*, Torino, 1876-1880.

⁴ v. anche Ricca, *La prelazione nel sistema delle garanzie*, Milano, 1971; Rizza, *I privilegi dello Stato per i crediti di imposta* in *Dir. prat. tribut.*, 1972, 11, 551; Rubino, *La responsabilità patrimoniale*², in *Trattato di diritto civile italiano*, cit., 1956; Ruisi, *Concorso di crediti preferiti ad ogni altro credito*, in *Giur. it.*, 1968, I, 1, 549; *Codice delle cause di prelazione*, Bologna, 1969; A. Ruisi, C. Palermo, *I privilegi*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale* fondata da W. Bigiavi, Torino, 1980.

⁵ E’ il caso del pegno rotativo che è configurabile ogniqualvolta, per volontà di legge o delle parti, è possibile mutare l’oggetto materiale del pegno, secondo modalità prefissate o concordate tra le parti, *ab initio* e ciò senza che ciò implichi novazione oggettiva della garanzia, ma con continuità della garanzia; V., in genere, sulla tematica del pegno rotativo: G., *Autonomia privata, collegamento negoziale e struttura formale dell’operazione economica*, in *Giust. Civ.* 2020, pag. 445, fasc. 3; V. Brizzolari, *Premesse allo studio della surrogazione reale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2018, pag. 166, fasc. 1; P. Piscitello, *Il pegno rotativo ex lege*, in *Ban. Bor. Tit. Cred.* 2022, pag. 337, fasc. 3.

il titolare di credito, assistito da privilegio – secondo cui lo stesso era legittimato a richiedere l'ammissione fin da subito con il riconoscimento del privilegio e quello, di segno opposto, che richiedeva, ai fini dell'ammissione, con riconoscimento della causa legittima di prelazione, l'esistenza del bene fin dal momento della formazione del passivo.

A tale conclusione, le Sezioni Unite pervenivano evidenziando il pregiudizio che, dall'adozione della tesi contraria, sarebbe potuto derivare al creditore, il quale era esposto al rischio che, da una parte, il proprio credito, pur assistito da privilegio speciale, venisse ammesso come chirografario, per mancanza, allo stato, del requisito dell'esistenza del bene nell'attivo; dall'altra, tale requisito, invece, sopravvenisse nel momento successivo del riparto.

E' evidente la volontà di assicurare una tutela effettiva alla ragione di credito e, quindi, al diritto soggettivo garantito.

D'altronde, le S.U. evidenziavano come l'applicazione delle norme processuali della L.F., in materia di ammissione, non potessero sovvertire il contenuto degli istituti sostanziali coinvolti nella procedura ed, in particolare, le condizioni, richieste dalla legge, per il riconoscimento del privilegio.

Tale principio e' stato enucleato dalla Suprema Corte, nel più autorevole consenso ed ha un evidente fondamento logico, prima che giuridico.

Nondimeno, lo stesso e' inapplicabile alla fattispecie concreta.

Muove, infatti, da un presupposto logico – quello dell'inesistenza del bene o del suo equivalente monetario – che, nel caso di specie, difetta.

La facoltà di azionare una causa legittima di prelazione e', infatti, condizionata alla circostanza che la *res* sia nel patrimonio del debitore, così come dell'esecutato o del fallito. Difettando e venendo a mancare un'entità economica da aggredire, l'ipoteca non avrebbe un oggetto materiale sul quale esercitarsi, nei modi e nelle forme previste dalla legge.

Nondimeno, quando, come nel caso di specie, in luogo della *res*, vi sia il suo equivalente economico (*sub specie* di indennità sostitutiva o di prezzo di vendita della *res*), non vi sono ostacoli all'operare della surrogazione quale istituto di carattere generale.

4. *La surrogazione reale: finzione normativa operante nelle sole ipotesi legali o principio generale?* - La pronuncia in commento evoca una categoria giuridica o, comunque, un concetto, un'idea, ovvero quello della surrogazione reale⁶ o di tipo oggettivo, da intendersi quale sostituzione di una *res* ad un'altra all'interno di un medesimo rapporto giuridico⁷. Fenomeno per la cui

⁶ Cfr. Merlo, *La surrogazione per pagamento*, Padova, 1933; Nicolò, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, 98 ss. e 198 ss.; *Surrogazione (Pagamento con)*, in *N.D.I.*, XII, pt. I, 1940, 1231 ss.. D'Avanzo, *Dell'adempimento delle obbligazioni*, in *Commentario del codice civile* diretto da M. D'Amelio e E. Finzi, *Libro delle obbligazioni*, I, Firenze, 1948, 57 ss..

⁷ *In senso descrittivo*, A. Magazzù, voce *Surrogazione*, Enc. dir., XLIII, 1990, Milano, ha affermato che "con l'espressione «surrogazione reale», intesa usualmente nel suo più generico significato, si vuol dire che un bene (*bien nouveau*, secondo la terminologia francese) viene a sostituirsi ad un altro (*bien ancien*), e ne prende il posto, assumendone lo stesso regime giuridico". *L'Autore che, a sua volta, cita*

integrazione non si può, ne' si deve, esigere la «derivazione di un rapporto da un altro rapporto», «intesa come duplice vicenda: estintiva del primo rapporto e (per «derivazione») costitutiva del secondo»⁸.

Costruzione duplice (quella estintiva-costitutiva) che, invero, oltre a non cogliere l'essenza del fenomeno giuridico, risulterebbe sovrabbondante rispetto al fine di tutela del credito e, quindi, contraria a quel principio di proporzionalità che costituisce parametro esegetico, imprescindibile nella ricostruzione della portata delle norme e, quindi, anche di quelle contenenti clausole generali.

D'altronde, e' indubbia la relazione fra il principio di proporzione fra mezzo giuridico e fine e quella che ne e' una declinazione concettuale, o un'applicazione concreta, ovvero il criterio dell'economicità dei mezzi giuridici.

Con particolare riguardo al diritto reale di ipoteca⁹, si e' affermato che ricorre la surrogazione nell'oggetto dell'ipoteca «quando è disposto che questa si trasferisce o si risolve sul valore pecuniario del bene originariamente investito dalla garanzia»¹⁰.

Ciò si verifica quando «vicende riguardanti il bene stesso fanno mancare l'oggetto sul quale la garanzia deve esercitarsi», a condizione che resti o si riconosca il diritto ad una indennità, ad un compenso, ad un corrispettivo, ad un conguaglio, ecc. che tiene luogo del bene venuto meno¹¹.

Questa e' la surrogazione reale (*pretium succedit in loco rei*), consegnata al pensiero moderno dalla tradizione giuridica francese, che, però, una moderna dottrina qualifica quale «surrogazione reale impropria», per contrapporla alla «propria» ovvero quella che si realizza quando un bene, che sia andato perito, venga ricostruito attraverso l'utilizzo dell'indennità corrisposta a fronte del perimento¹².

La surrogazione classica o impropria¹³ si concretizza, dunque, in una mera «vicenda modificativa», destinata a incidere non sull'oggetto in senso stretto ovvero «il bene in senso giuridico-formale», sotteso al diritto¹⁴, ma sul «suo elemento materiale», ovvero sulla *res*, su cui il diritto può essere esercitato. Ciò, al fine di soddisfare l'interesse per la cui cura

Marty e Raynaud, Droit civil, I, Paris, 1972, 470, evidenzia la eccessiva genericità e approssimazione di tale definizione.

⁸ V. A. Magazzù, cit..

⁹ V., in generale, A. Ravazzoni, *Le ipoteche*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo*, continuato da P. Schlesinger, Milano, 2006, 726 e ss.; A. Fusaro, *Le garanzie immobiliari nella prassi notarile*, in *Notariato*, 2009, 323-327; G. Gorla - P. Zanelli, *Del pegno - Delle ipoteche*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano) - Libro VI - Artt. 2784-2899, Bologna, 1992, 558 e ss..

¹⁰ V. voce *Ipoteca* (Dir. Priv.), in *Enc. Dir.*, XXII, 1972, Milano.

¹¹ V. voce *Ipoteca* (Dir. Priv.), cit..

¹² V. voce *Ipoteca* (Dir. Priv.), cit..

¹³ Cfr. Barassi, *La teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1948, 308 ss.; Betti, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, 2-IV, Milano, 1955, 61 ss.; Buccisano, *La surrogazione per pagamento*, Milano, 1958 e la relativa *Recensione* di Briguglio, in *Riv. dir. civ.*, 1958, I, 581 ss.; Conti, *Surrogazione*, in *Enc. forense*, VII, 1962, 564 ss.; Carpino, *Surrogazione (Pagamento con)*, in *Nss. D.I.*, XVIII, 1971, 964 ss..

¹⁴ che, in caso di garanzia reale, coincide con la soddisfazione del credito garantito

il diritto stesso e' stato congegnato dal legislatore, al momento in cui ne ha delineato lo schema tipico¹⁵.

A tal riguardo, la dottrina italiana, sintetizzando gli sforzi qualificatori di alcuni autori francesi, si e' espressa in termini di fattispecie c.d. plurioggettiva, proprio volendo evidenziare l'avvicinamento degli oggetti materiali che connota tale fattispecie, "pur in costanza di diritto"¹⁶. Come accennato nell'esordio del presente contributo, si discute se la surrogazione - che può essere anche personale, ove investa il profilo soggettivo del rapporto - delinea veramente una categoria autonoma e a se stante, o si riduca ad un profilo descrittivo di fenomeni giuridici distinti¹⁷. Esito cui si approda, specie, quando se ne accolga un'accezione eccessivamente generica e priva di contenuti specifici.

In particolare, sono stati richiamati i principi della indebita locupletazione e della rappresentanza, dal cui operare congiunto, discenderebbe l'effetto surrogatorio¹⁸.

Deve prevalere la prima opinione, specie, in considerazione della (relativa) diffusione di fattispecie, impiegate sul meccanismo surrogatorio e accomunate dal principio della sostituzione di una *res* con un'altra, spesso corrispondente all'entità monetaria che esprime il valore economico della prima.

Diffusione che implica un impegno ricostruttivo non di agevole attuazione, ma doveroso ove l'interprete non decida di abdicare a quell'obbligo di interpretazione sistematica che e' volto a individuare le linee direttive (ed evolutive) del sistema di tutela con una indubbia funzione ordinante.

Prima di addentrarsi nell'analisi della fattispecie concreta, non può sottacersi come all'istituto della surrogazione sia sottesa un'idea che si potrebbe definire di "perpetuità relativa" del diritto soggettivo, di sopravvivenza giuridica dello stesso, configurabile ogniqualvolta, nella sfera giuridica del suo titolare, rimanga traccia tangibile di esso o ne sia individuabile la contropartita economica o il valore.

Il fine sotteso alle singole ipotesi tipiche, così come in generale al fenomeno surrogatorio, sarebbe quello di assicurare "la conservazione di una preesistente situazione giuridica, alla quale, in date circostanze sopravvenute, l'ordinamento concede ulteriore protezione", ovvero una tutela che va al di là di quella ordinaria e fisiologica, normalmente accordata, in assenza di fenomeni distruttivi o sostitutivi del bene, oggetto del diritto¹⁹.

¹⁵ v. A. Magazzù, *cit.*

¹⁶v. A. Magazzù, *cit.*, che menziona Lauriol, *La subrogation réelle*, I-II, Paris, 1954 (ed *ivi*, II, 432 s.).

¹⁷ v. Ranouil, *La subrogation réelle en droit civil français*, Paris, 1985, 57e ss.

¹⁸ v. A. Magazzù, *cit.*, che, nell'evidenziare la non fruttuosità di tali approcci, menziona Fadda e Bensa, *Note a Windscheid, Diritto delle pandette*, V, rist., Torino, 1930, 71.

¹⁹ Cfr. v. A. Magazzù, *cit.*, secondo cui "il meccanismo surrogatorio è dunque un congegno di cui in certi casi viene dotato il diritto soggettivo, per la fondamentale esigenza di effettività della tutela giuridica".

Ciò, al fine di approntare una tutela effettiva²⁰ del diritto di credito o di garanzia, azionato, ovvero consentire, anche solo in parte la soddisfazione del diritto mediante il suo trasferimento dalla *res* originaria su una determinata entità monetaria.

E' evidente la volontà del Codice del '42 di perseguire tale valore prima ancora sul piano sostanziale che su quello propriamente processuale, in relazione al quale lo stesso ha conosciuto una consacrazione formale, prima nell'art. 24 Cost., e, poi, nel novellato art. 111 Cost..

Al contempo, in particolare per i diritti reali di garanzia, essa sottende l'idea del diritto soggettivo come diritto al valore economico della cosa e non alla *res* in se', con il conseguente passaggio da una logica materiale, esteriore della titolarità della situazione giuridica soggettiva, propria della tradizione romana, ad una logica di tipo funzionale.

L'interesse giuridico, dedotto nel rapporto, non e', cioè, quello alla *res* in sé, ma quello al suo valore economico e di scambio.

Logica che, nella prospettiva di un'interpretazione di tipo evolutivo, risulta in piena sintonia con le esigenze poste dalla globalizzazione dei rapporti giuridici²¹, così come dalla rapidità delle transazioni economiche e, soprattutto, dalla tutela dell'affidamento delle parti, ed, in particolare, del creditore.

D'altronde, anche guardando al contesto storico-culturale che ha conosciuto l'entrata in vigore del Codice del 1942, deve ritenersi che la surrogazione sia il frutto di quella mentalità liberista e attenta alla tutela della circolazione della ricchezza, di cui il Codice, per quanto, in origine, piegato alla c.d. solidarietà corporativa, e' ancora pregno.

E'immanente alla struttura del Codice una concezione della ricchezza, non di tipo statico, destinata ad essere goduta direttamente o a, al più, produrre meri frutti civili, mediante la concessione del suo godimento a terzi, ma dinamica, perché destinata a circolare liberamente in virtù della mera manifestazione del consenso che ha efficacia direttamente traslativa e con l'unico limite che il consenso delle parti sia stato manifestato correttamente e non sia affetto da vizi.

Invero, la surrogazione reale non solo deve essere ricostruita come fattispecie a se' stante, pur nella considerazione delle molteplici varianti²² che della stessa offre il dato positivo, ma ad essa si deve riconoscere una vocazione generale.

E questo l'esito cui e' approdata, condivisibilmente, autorevole dottrina, pur muovendo da posizioni iniziali di segno antitetico²³.

²⁰ Per un approfondimento di una valorizzazione del principio di effettività in chiave sostanziale: V. C. Scognamiglio, *principio di effettività, tutela civile dei diritti e danni punitivi*, in *Resp.' civ. e Pren.*, fasc.4, 2016, pag. 1120B.

²¹ v. L. Casini, *Lo stato nell'era di Google*, in *riv. Trim. Dir. Pub.*, fasc.4, 1 dicembre 2019, pag. 1111 .

²² v. L'estrema varietà delle ipotesi ricondotte al fenomeno della surrogazione e' evidenziata da Allara, *La teoria delle vicende del rapporto giuridico*, Torino, 1950, 146 s..

²³ v. A. Magazzù, cit., che richiama le conclusioni cui era pervenuto Santoro-Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*⁸, Napoli, 1964, 98; v., altresì, Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*⁹, I, Milano, 1957, 412 s..

Invero, possono ritenersi oramai consegnate all'oblio quelle opinioni, attecchite, soprattutto, in Francia, secondo cui la surrogazione avrebbe operato solo "nelle universalità, addirittura nelle sole universalità di diritto, incluso il patrimonio considerato appunto come tale"²⁴.

Secondo tale originaria (restrittiva) ricostruzione dell'ambito operativo della surrogazione, acquisiva rilievo la comune destinazione ad uno scopo delle *res*.

Ad essa doveva aggiungersi, trattandosi, di *universitas iuri* e non *facti*, la esistenza di una previsione normativa che contemplasse il fenomeno, eventualmente, descrivendone struttura e funzione²⁵.

E' evidente come limitare l'operare della surrogazione alle universalità giuridiche significasse mortificare particolarmente l'operatività della surrogazione in considerazione della tassatività delle ipotesi di *universitas iuris*. Ciò, per quanto il fenomeno delle universalità fosse individuato con particolare ampiezza al punto che i sostenitori della predetta tesi ritenevano che lo stesso patrimonio di ogni individuo fosse catalogabile come *universitas iuris*.

La ragion di essere di tale tesi restrittiva risiedeva nella circostanza che, con riguardo alle universalità, era più agevole rinvenire la *res* o il valore da sostituire al bene soppresso o perito²⁶ e ciò in conseguenza della fungibilità dei beni che ne facevano parte.

Tale orientamento, nell'attuale panorama dottrinale, può dirsi completamente ribaltato²⁷, al punto che, per taluni, la surrogazione sarebbe inconfigurabile, dal punto di vista logico, proprio con riguardo alle universalità di diritto, mentre, invece, opererebbe in relazione ai singoli beni attinti da vicende demolitive o distruttive.

Altro profilo di interesse e' quello relativo alla natura della surrogazione di cui e' incerta la qualificazione, dibattendosi se si tratti di un fenomeno metagiuridico²⁸, ispirato ad un principio logico oltre che equitativo, oppure di una finzione normativa²⁹.

Accedendo a tale seconda ricostruzione e' evidente come l'operare della surrogazione incontrerebbe un limite ulteriore costituito dall'esistenza di una previsione normativa che,

²⁴ v. A. Magazzù, cit., che menziona, sul piano della dottrina francese: Aubry e Rau, *Cours de droit civil français*, VI, Paris, 1873, 235 ss., così Starck, *Droit civil. Introduction*, Paris, 1972, 146 s.; sul piano interno, v. Lo Monaco, *Istituzioni di diritto civile italiano*², V, Napoli, 1895, 222 s.; Al Barbero, *Le universalità patrimoniali*, Milano, 1936, 108 ss..

²⁵ V., sul punto, Guinchard, *L'affectation des biens en droit privé français*, Paris, 1976.

²⁶ v. A. Magazzù, cit..

²⁷ v. F.S. Bianchi, *Corso di codice civile italiano*, IX, pt. I, Torino, 1895, 22 ss. e specialmente 26 s.; Coviello N., *Manuale di diritto civile italiano*, Milano, 1929, 254; F. Ferrara sen., *Trattato di diritto civile italiano*, I, t. 1, Roma, 1921, 881.

²⁸ La dottrina recente ritiene che la surrogazione derivi dall'applicazione dei principi generali di logica e ragionevolezza e, quindi, per la sua configurabilità, non richiede più la ricorrenza di una norma *ad hoc*: Saleilles e Demogue, *Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle*, in *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1901, 236 ss., 295 ss. e 346 ss.

²⁹ Come ricordato da v. A. Magazzù, cit., la dottrina più risalente concepiva la surrogazione reale come finzione legale: v. Flach, *De la subrogation réelle*, in *RHD*, 1868, 448 ss. e 551 ss. e 1869, 369 ss. e 497 ss.

al ricorrere di determinati presupposti, preveda l'operare del fenomeno surrogatorio. Sarebbe, cioè, necessaria l'*interpositio legislatoris*, perché il fenomeno surrogatorio acquisti rilievo.

Orbene, l'esigenza, sempre più avvertita di certezza dei rapporti giuridici e di predittività delle decisioni giudiziarie³⁰, porterebbe a richiedere che il fenomeno surrogatorio possa operare solo quando l'ordinamento gli riconosca rilievo in virtù di una previsione espressa.

Nondimeno, deve ritenersi che tale soluzione non sia quella da preferirsi, in quanto in grado di svilire le potenzialità operative di un principio o categoria generale, ispirato anche a esigenze di ragionevolezza e di garanzia della giustizia del caso specie.

La regola della surrogazione reale è, cioè, strumento attraverso cui l'equità può operare negli spazi, lasciati scoperti dalla disciplina positiva, consentendo di mitigare il rigore complessivo del sistema ordinamentale.

5. La fattispecie concreta e la soluzione prescelta dal Tribunale. La concezione unitaria delle procedure concorsuali. - Orbene, che sia preferibile un'interpretazione non ingessante della portata operativa della surrogazione, lo dimostra proprio la fattispecie concreta.

Infatti, la *regola iuris*, dettata dal Tribunale, trae alimento da una concezione estesa di surrogazione reale e su di essa si fonda.

Nè, secondo il tribunale, rileverebbe che, da un lato, la vendita del bene sia stata disposta in sede di concordato e, dall'altra, l'ammissione del credito avvenga in sede del successivo fallimento. Nell'affermare tale principio, il tribunale sembra sposare una concezione unitaria delle procedure concorsuali che si siano susseguite per una stessa impresa, facendo proprio un approccio di tipo pragmatico-sostanziale che costituisce ulteriore profilo di interesse della pronuncia. Ciò, perché richiama un approccio metodologico, estraneo alla tradizione giurisprudenziale italiana e tipico degli ordinamenti sovranazionali convenzionale e comunitario.

Sotto il primo profilo, il Tribunale, anche in tal caso adottando un approccio di tipo sostanzialista, dà atto che il principio di cui è fatta applicazione "pur non essendo del tutto coincidente con la surrogazione reale, propria od impropria, è ad essa assimilabile".

Il Collegio, al riguardo, evidenzia quali siano le caratteristiche peculiari della surrogazione, quale tipizzata dal legislatore, riconoscendo rilievo, in particolare, alla circostanza che, di norma, "la surrogazione reale presuppone infatti che l'ipoteca permanga, ma si trasferisca sul valore pecuniario del bene che era l'oggetto originario della garanzia".

Sia che venga in rilievo una surrogazione reale, nella forma impropria (*pretium succedit in locum rei*), sia che sia configurabile la specie propria (che si realizza quando il bene perito si ricostruisce o si ripristina utilizzando l'indennità pagata per il perimento), essa comporta

³⁰ v. C. Morelli, *L'indiscreto fascino della giustizia predittiva: il decalogo dei giuristi italiani*; G. Alpa, *L'intelligenza artificiale. Il contesto giuridico*, 2021; C. Castelli, *Giustizia predittiva*; F. Bravo, *Trasparenza del codice sorgente e decisioni automatizzate*, in *dir. dell'inform. e dell'inform.* (II), fasc.4, 1 agosto 2020, pag. 693; E. Battelli, *Giustizia predittiva, decisione robotica e ruolo del giudice*, in *Giust. civ.*, fasc.2, 1 febbraio 2020, pag. 280,

sempre che il diritto ed, in tal caso, l'ipoteca permanga. Ciò, per quanto ne risulti modificato l'oggetto, ovvero la *res* materiale su cui il diritto, che rimane invariato, può essere esercitato.

Nell'ipotesi, invece, di vendita coattiva, si verifica, *ope legis*, l'estinzione del vincolo reale di garanzia ovvero dell'ipoteca.

Ciò, e' quanto previsto dall'art. 2878 c.c., n. 7, in materia di cause estintive dell'ipoteca.

In tale ipotesi – evidenzia il Collegio - la garanzia reale sul bene cessa in conseguenza dell'effetto purgativo della vendita e dell'ordine di cancellazione delle iscrizioni ipotecarie contenuto nel decreto di trasferimento ai sensi dell'art. 586 c.p.c..

A tal riguardo, ci si e' chiesti se l'effetto estintivo sia da ricondurre direttamente al decreto traslativo del *dominium* in capo all'aggiudicatario o se, invece, per il maturare dello stesso, sia necessaria la cancellazione dell'iscrizione.

Nel primo caso, la cancellazione sarebbe degradata a mera formalità destinata a formalizzare un effetto estintivo già prodotto, e ad essa dovrebbero essere riconosciuti effetti non costitutivi, ma pubblicitari.

Si e' replicato, però, che, così ritenendo, si svilirebbe la funzione costitutiva della cancellazione quale adempimento simmetrico all'iscrizione alla quale l'ordinamento condiziona la nascita del vincolo ipotecario, il cui sorgere si ricollega al perfezionamento di una fattispecie complessa e a formazione progressiva.

In realtà, come emergente dal dato testuale della norma, l'effetto estintivo non consegue necessariamente solo alla cancellazione³¹, ma anche all'integrazione di ipotesi diverse come l'estinzione del debito garantito.

Ne consegue che alla cancellazione³², tal volta, può riconoscersi una funzione non estintiva ma meramente pubblicitaria. Nondimeno, a prescindere dall'esatta individuazione della fattispecie estintiva, il creditore ipotecario ha diritto di partecipare alla distribuzione della somma ricavata in ragione del suo diritto di prelazione, nel grado assicurato dall'originaria iscrizione³³.

Il tribunale evidenzia come analoga vicenda estintiva delle prelazioni è quella che si verifica sempre anche nella vendita coattiva in sede concorsuale³⁴.

Ciò, in virtù di plurime previsioni normative.

Oltre ai richiami alle disposizioni del codice di procedura civile per le vendite effettuate ex art. 107 co. 2 l.f., vengono in rilievo l'art. 108 l.f. nell'ipotesi di vendita concordataria, così come l'art. 182 co. 7 l.f. in materia di decreto di purgazione delle formalità del giudice all'esito della vendita competitiva.

³¹ V., in generale, C.M. Bianca, *La cancellazione d'ufficio dell'ipoteca: profili sistematici*, in *Vita not.*, 2008, 623.

³² V., in generale, G. Baralis, *Annotazione ipotecaria: problemi e riflessioni*, in *Riv. not.*, 2014, pag. 0205, fasc. 02.

³³ Cfr. Cassazione sez. 3, 26 marzo 2015, n. 6082.

³⁴ Cfr. Pugliatti, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935, 112 ss..

Inoltre, il meccanismo di surrogazione reale atipica - o un fenomeno ad essa accostabile sotto il profilo funzionale - e' predicabile in relazione alle vendite endoconcorsuali, proprio perché connotate anch'esse dall'immissione sul mercato del bene "purgato", ovvero libero da formalità pregiudizievoli.

Presupposto logico da cui deve inferirsi che - anche in sede concorsuale (fallimento o concordato) - con la vendita del bene gravato dalla formalità - la garanzia reale si trasferisce sul prezzo, per via dell'indicato fenomeno di surrogazione reale.

6. Conclusioni. La surrogazione reale quale declinazione del principio (generale) di equità. Le potenzialità operative dell'equità praeter legem. - Tale soluzione deve essere preferita per esigenze, non solo di coerenza sistematica e di razionalità del sistema, sotto il profilo del rispetto del principio di uguaglianza, ma anche al fine di consentire l'applicazione di quella equità, quale giustizia del caso di specie, *secundum aut ultra legem* che l'istituto della surrogazione (v. supra) e' chiamato a invereare.

E' evidente, infatti, come il fondamento dell'istituto e' essenzialmente equitativo e proprio ciò consente allo stesso di conservare vitalità al di fuori delle ipotesi previste dal legislatore. E', cioè, equo e corrispondente a giustizia che il creditore o, in genere, il titolare del diritto conservi la titolarità dello stesso, nonostante le modifiche materiali della *res*.

Invero, nel codice civile, le norme che fanno espresso riferimento all'equità sono scarse, o, comunque, poche.

Esse si fondano su due principi comuni: 1. il giudizio secondo equità è diverso da quello secondo stretto diritto e consente di temperarne il rigore applicativo, ovvero di coniare una regola decisoria che tenga conto di tutte le circostanze del caso di specie; 2) il ricorso all'equità è possibile solo se la stessa norma di diritto positivo lo consenta, con previsione espressa, dovendosi altrimenti fare applicazione della regola di stretto diritto.

Da ciò la dottrina tradizionale trae il corollario per cui il ricorso all'equità, anche in sede interpretativa, dovrebbe avere natura eccezionale. Paradigmatica di questa struttura delle norme in materia di equità e' l'articolo 1374 c.c., che disciplina le fonti di integrazione del contratto, menzionando l'equità unitamente alla legge e agli usi normativi quali possibili fonti del regolamento contrattuale. Ciò, secondo un ordine non casuale ma, secondo la interpretazione piu' accreditata, preordinato a individuare una vera e propria gerarchia fra le fonti di integrazione in virtù della quale l'(eventuale) operare della prima esclude quello della seconda.

Riferimenti all'equità sono contenuti anche in ambito processuale, ma anche nella disciplina delle trattative precontrattuali così come dell'esecuzione del contratto, assumendo la stessa in ogni sede una peculiare vocazione funzionale.

L'art. 1371 c.c. prevede che, in caso di impossibilità di determinare il significato del regolamento contrattuale, sarebbe possibile far ricorso all'*equo contemperamento* degli interessi delle parti.

Anche in tal caso il ricorso all'equità è residuale, perché subordinato all'inadeguatezza delle altre regole interpretative, dettate dal Codice, e deve mirare all'obiettivo di conservare un ragionevole equilibrio fra le reciproche prestazioni dedotte in contratto.

Accanto all'equità in funzione interpretativa, si può richiamare l'equità c.d. correttiva che implica la possibilità di rimodulare la penale ex art. 1384 c.c.). Previsioni analoghe sono contenute anche da altri articoli in tema di mandato (artt. 1733, 1736 c.c.), agenzia (ex artt. 1749, 1751 c.c.), mediazione (ex art. 1755 c.c.).

In ultimo, può richiamarsi l'equità nella commisurazione del *quantum* del danno da risarcire, prevista dagli articoli 1226 e 2056 del codice civile³⁵.

Le potenzialità applicative del principio equitativo sono state, però, colte da quegli interpreti che riconoscono rilievo al principio equitativo, anche al di fuori delle ipotesi in cui la stessa sia oggetto di espresso richiamo da parte della previsione normativa.

Ciò, nella maggior parte dei casi, ricorrendo alla mediazione di quelle clausole generali che rendono doverosa per l'interprete una valutazione, secondo prudenza di tutte le circostanze del caso di specie, come i principi di buona fede e correttezza o il concetto di giusta causa o giusti motivi, o ancora la locuzione normativa, frequente specie in materia di obbligazioni, di "natura dell'affare".

Orbene, deve ritenersi che l'equità possa operare anche al di là del delineato ambito operativo e, quindi, anche senza la necessità della mediazione delle suddette clausole o principi il ricorso (surrettizio) alle quali denota il timore, anche solo implicito, di sfruttare, in maniera piena, le potenzialità applicative dell'istituto.

Depone in tal senso una serie di indizi normativi, spesso, rinvenienti dalla disciplina comunitaria o di derivazione comunitaria.

Si pensi al diritto del consumatore, riconosciuto come fondamentale, «alla correttezza, alla trasparenza ed all'equità nei rapporti contrattuali concernenti beni e servizi», di cui all'art. 1, comma 2, della legge 30 luglio 1998, n. 281, recante la disciplina dei diritti dei consumatori³⁶.

³⁵ cfr. M. Roberto, *Il giudizio di equità necessario secondo le Sezioni unite: profili di illegittimità costituzionale*, in *Giust. civ.* 1999, pag. 3243, fasc. 12.

³⁶ Il diritto all'equità è stato oggetto di ampia disamina in dottrina fin dal suo esordio nel 1998: E. Minervini, *I contratti dei consumatori e la legge 30 luglio 1998, n. 281*, in *Contr.*, 1999, p. 939 s.; Idem, *La tutela collettiva dei consumatori in materia contrattuale*, in E. Gabrielli ed E. Minervini (a cura di), *I contratti dei consumatori*, in *Trattato dei contratti Rescigno e Gabrielli*, Torino, 2005, p. 483 ss.; Idem, *I contratti dei consumatori*, in *Trattato del contratto Roppo*, IV, Rimedi, 1, a cura di Gentili, Milano, 2006, p. 561 ss.; Idem, *Dei contratti del consumatore in generale*, Torino, 1a ed., 2006, p. 70 ss.; 2a ed., 2010, p. 76 ss.; 3a ed., 2014, p. 78 ss.

La norma è stata inserita nel codice del consumo nell'art. 2, comma 2, lettera e), con l'eliminazione della locuzione «concernenti beni e servizi», cioè «al fine di ampliare la originaria portata della normativa e conferirle un valore generale»³⁷.

Noto è il dibattito sulla portata effettiva o meramente declamatoria e simbolica della norma³⁸, così come quello relativo al contenuto del suddetto diritto all'equità contrattuale, se, cioè, ristretto all'equilibrio giuridico ovvero dei diritti e dei doveri derivanti dal contratto o se esteso ai profili economici e, dunque, alla proporzionalità del valore delle prestazioni³⁹.

Ciò, nel presupposto delle profonde interconnessioni esistenti fra i due piani, quale desumibile anche dalla sindacabilità della clausola relativa all'adeguatezza del corrispettivo, e, quindi, relativa all'equilibrio economico, ove "intrasparente"⁴⁰.

Peraltro, si è pure sostenuto che "il diritto all'equità contrattuale segnerebbe il «superamento» dell'alternativa tra equilibrio normativo ed equilibrio economico" con conseguente riduzione della stessa ad una superfetazione normativa o ad una distinzione concettuale priva di utilità⁴¹.

Nondimeno, la stessa norma, nella logica di un'interpretazione sistematica e evolutiva, deve considerarsi previsione non settoriale ma espressione di un principio generale, quello equitativo, già immanente al sistema, o, comunque, in via di formazione.

Né sono accoglibili quei tentativi di ricostruzione dell'istituto che muovono dall'accostamento della stessa - almeno per quanto concerne il diritto contrattuale dei consumatori, al principio di uguaglianza - la giustizia del caso concreto essendo concetto distinto da quello dell'eguale ripartizione dei sacrifici economici o delle situazioni giuridiche attive o passive⁴².

³⁷ v., sul tema, E. Minervini, *Il diritto del consumatore all'equità contrattuale*, in *Riv. Dir. Priv.*, 1/2017, che evidenzia come l'interprete si sia trovato a decifrare la portata di tale novella, posto di fronte all'alternativa se degradingla a "previsione meramente ricognitiva e/o riassuntiva di diritti - alla correttezza, alla trasparenza, all'equità - che già ricevono altrove protezione", o invece, riconoscerle il ruolo di "statuizione innovativa della realtà giuridica preesistente". Dilemma che egli scioglie nel secondo senso; v. anche G. Vettori, Art. 2, in E. Capobianco e G. Perlingieri (a cura di), *Codice del consumo*, Napoli, 2009, p. 13; S. Benucci, Art. 2, in G. Vettori (a cura di), *Codice del consumo*, Padova, 2007, p. 34 s.; G. Chine', Art. 2, in V. Cuffaro (a cura di), *Codice del consumo e norme collegate*, 4^a ed., Milano, 2015, p. 14.

³⁸ Critico verso una reale precettività della norma: S. Pagliantini, *Tutela del consumatore e congruità dello scambio: il c.d. diritto all'equità nei rapporti contrattuali*, in A. Barba (a cura di), *La disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*, Napoli, 2000, pp. 310, 315 (e vedi anche p. 297).

³⁹ v., *expressim*, E. Minervini, cit..

⁴⁰ v., *expressim*, E. Minervini, cit.: "Superfluo aggiungere che la possibilità di distinguere sul piano teorico e su quello pratico, sempre e comunque, squilibrio economico e squilibrio normativo, è disputata, alla luce delle interferenze e delle contaminazioni sussistenti tra gli stessi".

⁴¹ V.E. Minervini, che cita N. Lipari, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, p. 161.

⁴² v. *expressim*, R. Camero e S. Della Valle, *La nuova disciplina dei diritti del consumatore*, Milano, 1999, p. 70, secondo cui "il termine equità richiama la parità di trattamento in considerazione delle situazioni concrete e specifiche, con particolare ed implicito riferimento alla situazione di debolezza che caratterizza la posizione del consumatore". Se di uguaglianza o parità di trattamento si vuole parlare ha senso con riguardo al riequilibrio della asimmetria informativa e di forza contrattuale al

E la giustizia del caso concreto, in tale specifico ambito materiale, deve intendersi come “giustizia nella determinazione dell’equilibrio dello scambio”⁴¹ di cui deve essere presidiata l’adeguatezza economica dello scambi⁴³.

Ciò, in disparte ogni considerazione relativa alla rilevanza dello squilibrio in sé⁴⁴ o alla necessità che ad esso si accompagni, *rectius* che esso costituisca l’effetto di una condotta abusiva o approfittatrice della controparte, con la conseguenza che, nel primo caso, al Giudice sarebbe riconosciuto un generale potere di intervento sul contratto asimmetrico, nella seconda ipotesi il controllo giudiziale rientrerebbe nello schema classico che esige che l’autonomia contrattuale sia perturbata da fattori esterni⁴⁵.

Il summenzionato art. 2, inoltre, consente di ritenere che l’equità, nell’ordinamento vigente, connotato da un sistema rimediabile multilivello per l’innestarsi di regole di protezione di provenienza comunitaria, possa operare non solo in presenza di una norma a ciò abilitante, ma, ogniqualvolta, tale operare non sia precluso da una norma, destinata a regolare diversamente la fattispecie.

Altra norma, espressione del generale principio della necessità di perseguire la giustizia del caso concreto e’ l’art. 9 della legge n. 192 del 1998 di cui, da taluni, viene postulata un’applicazione generalizzata⁴⁶, talvolta, in via diretta, piu’ spesso e ragionevolmente, in via analogica.

Analogia anch’essa «non facile», in considerazione della poca frequenza statistica di uno stato di necessità economica in capo dal consumatore, e solo quando vengano in rilievo servizi pubblici essenziali⁴⁷.

cui conseguimento non e’ diretta l’equità dei contenuti, bensì una serie di obblighi prodromici alla conclusione del contratto, come quelli informativi, pure previsti dalla normativa consumeristica.

⁴³ v. E. Minervini, cit., che menziona M. Mattioni, *Sul ruolo dell’equità come fonte del diritto dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, I, p. 582 s.

⁴⁴v. E. Minervini, cit., che richiama testualmente G. Guizzi, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, cit., p. 128 s.: «è la semplice lesione» del diritto all’equità contrattuale «ad offrire al consumatore la possibilità di agire giudizialmente, anche eventualmente a prescindere dall’esistenza di fattori esterni – tra cui può essere pure l’artificiosa alterazione della struttura concorrenziale del mercato – condizionali l’esercizio della sua libertà»,

⁴⁵ v. E. Minervini, cit., che richiama testualmente P. Pollice, *Il contratto (appunti per un corso di diritto civile)*, Torino, 2015, p. 235: «non è rilevante lo squilibrio tra contraenti in sé – che oltre ad essere lecito è anche un elemento pressochè ineliminabile (...) – ma rileva quello squilibrio che sia sintomo di una diversa ed ulteriore anomalia del contratto, ovvero sia frutto di un abuso o di un contegno in mala fede», sicchè l’art. 1, comma 2, lettera e), della legge n. 281 del 1998, ed oggi l’art. 2, comma 2, lettera e), C. Cons., consentono al giudice «di sindacare il contenuto di un contratto squilibrato, non al fine di garantire uno scambio che assicuri la perequazione dei patrimoni coinvolti, ma allo scopo di reagire ed offrire effettiva tutela innanzi a turbative o pregiudizi della libertà decisionale che non consentono una formazione regolare del contratto».

⁴⁶ v. F. Prospero, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, p. 646 ss.

⁴⁷ v. M. Libertini, *Ancora sui rimedi civilistici conseguenti ad illeciti antitrust (II)*, in *Danno e resp.*, 2005, p. 49.

Né, al fine di dilatare l'ambito operativo della norma, sembra sufficiente – nella logica di una interpretazione costituzionalmente orientata - richiamare il principio di uguaglianza, assoggettando il non imprenditore- consumatore al medesimo regime dell'imprenditore quando il primo si trovi nelle medesime condizioni di debolezza del secondo.

Orbene, la generalizzazione della surrogazione reale non e' altro che applicazione puntuale (ed effetto) di tale generale principio equitativo che, in ambito contrattuale, ha conosciuto evidenti forme di emersione e di formalizzazione normativa, ma costituisce, oramai, anima e motore del sistema.

Sono forse maturi i tempi per una rivisitazione dei tradizionali limiti al principio equitativo, quali narrati dalla manualistica classica.

L'equità può essere, cioè, invocata dall'interprete non solo *secundum*, ma anche *praeter legem*, quale clausola che consente all'ordinamento di smussare le sue asperità per piegarsi alle esigenze specifiche del caso concreto e, talvolta, assumendo la portata di fonte oggettiva del diritto⁴⁸.

Dott. Antonio Ivan Natali

PhD Università degli Studi di Pisa

⁴⁸ cfr. Voce Equità, in *Enciclopedia Treccani on line*.