

RIFLESSIONI SULL'ACCOLLO NELL'OPERATIVITA' BANCARIA DEL CREDITO FONDIARIO E DEL CREDITO IPOTECARIO ORDINARIO

Paolo Pompei

Sommario: 1. Introduzione – 2. Il credito fondiario – 3. Il credito ipotecario ordinario – 4. Principi generali in tema di accollo. Rinvio – 5. Accollo interno e accollo esterno – 6. L'adesione del creditore – 7. Accollo cumulativo e accollo liberatorio. – 8. La liberazione del debitore originario ... – 9. Segue: il terzo comma dell'art. 1274, cod. civ. ... – 10. Segue: e l'art. 1275, cod. civ. – 11. Accollo novativo e accollo privativo. Rinvio. – 12. L'accollo come contratto a favore di terzo ... – 13. Segue: il diniego del creditore ... – 14. Segue: e il pactum de non petendo in perpetuum. - 15. Il regime delle eccezioni. - 16. L'accollo nell'operatività bancaria ... - 17. Segue: i mutui edilizi e le aperture di credito in conto corrente; accollo e cessione del contratto ... – 18. Segue: le operazioni societarie di fusione e di scissione – 19. Il frazionamento dell'ipoteca. Rinvio. – 20. L'art. 2825-bis, cod. civ. ... - 21. Segue: l'art. 39 del Testo Unico Bancario: il frazionamento (e l'accollo) del mutuo fondiario - 22. L'accollo parziale – 23. Il problema delle obbligazioni solidali; l'accollo a titolo gratuito e il pactum de non petendo in personam - 24. La rinegoziazione del mutuo accollato ... - 25. Segue: e l'accollo del mutuo rinegoziato – 26. La posizione dei fideiussori – 27. Per una revisione della normativa vigente –

1. Introduzione

L'accollo è un istituto giuridico soltanto sommariamente disciplinato dal codice civile¹. Nella negoziazione tra privati trova largo impiego esclusivamente in occasione di vendite immobiliari e – in misura minore – in occasione di donazioni, cessioni, conferimenti in società di immobili o di aziende.

La scarsa previsione normativa ha sollecitato l'elaborazione dottrinale ma, di converso, la produzione giurisprudenziale non appare particolarmente ricca, segno inequivocabile di una contenuta litigiosità sulla materia. All'operatore bancario, tuttavia, si presentano frequentemente

¹ Recita infatti l'art. 1273, c.c.: “*Se il debitore e un terzo convengono che questi assuma il debito dell'altro, il creditore può aderire alla convenzione, rendendo irrevocabile la stipulazione a suo favore. L'adesione del creditore importa liberazione del debitore originario solo se ciò costituisce condizione espressa della stipulazione o se il creditore dichiara espressamente di liberarlo. Se non vi è liberazione del debitore, questi rimane obbligato in solido col terzo. In ogni caso il terzo è obbligato verso il creditore che ha aderito alla stipulazione nei limiti in cui ha assunto il debito, e può opporre al creditore le eccezioni fondate sul contratto in base al quale l'assunzione è avvenuta*”.

situazioni che danno luogo ad una dialettica, talvolta vivace, con la clientela e con gli operatori del diritto.

Le riflessioni che seguono rappresentano un tentativo di mettere in evidenza – con la particolare lente d’ingrandimento dell’operatore bancario – l’inadeguatezza della previsione codicistica e la possibilità di una sua revisione.

L’esposizione sarà comunque limitata a quelle fattispecie di acollo più ricorrenti nell’ambito dell’operatività bancaria, con esclusivo riferimento a quelle operazioni di impiego che sono assistite dalla garanzia ipotecaria, dove le vicende traslative riguardanti l’immobile cauzionale sono sovente accompagnate da pattuizioni di assunzione del debito altrui. In ragione di ciò l’esposizione sarà preceduta – e accompagnata – da brevi considerazioni sul credito fondiario e sul credito ipotecario ordinario, dovendosi dare conto della diversità della disciplina applicabile alle due fattispecie creditizie.

2. Il credito fondiario

Il credito fondiario (in senso stretto) è una particolare specie del più ampio genere del credito ipotecario (in senso lato). Storicamente la sua origine è molto risalente, ma non è questa la sede per una disamina in tal senso². Per quel che qui rileva occorre soltanto evidenziare che la legge fornisce una definizione del credito fondiario nell’art. 38, del D.Lgs. 1° settembre 1993, n. 385 “*Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*” (di seguito, TUB), secondo la quale: “*Il credito fondiario ha per oggetto la concessione, da parte di banche, di finanziamenti a medio e lungo termine garantiti da ipoteca di primo grado su immobili*”, demandando poi alla Banca d’Italia, in conformità alle deliberazioni del CICR, il compito di emanare disposizioni di rango secondario³.

La Legge definisce quindi il credito fondiario elencando gli elementi costitutivi della fattispecie, con profili peculiari rispetto alla disciplina applicabile a quei finanziamenti, pure garantiti da ipoteca immobiliare, non assoggettati al particolare regime legale del credito fondiario.

Dalla normativa citata consegue che si è in presenza di una operazione di credito fondiario quando ricorrano tutti i seguenti elementi⁴:

1. la parte mutuante deve essere una Banca;
2. il finanziamento deve essere a medio-lungo termine;

² Dalla normativa più risalente fino all’attuale Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (TUB), si deve segnalare il R.D. 22 febbraio 1885, n. 2922; il R.D. 16 luglio 1905, n. 646; il D.P.R. 21 gennaio 1976, n. 7 e la L. 6 giugno 1991, n. 175.

³ La conseguente deliberazione del CICR è del 22 aprile 1995, pubblicata nella G.U., Serie Generale, n. 111 del 15 maggio 1995, poi recepita nelle “Istruzioni di vigilanza per le banche”, Titolo V, Capitolo 1, Sezione II.

⁴ V. G. CASTALDI, *La normativa di vigilanza in materia di credito fondiario*, in *La nuova disciplina del credito fondiario*, Bancaria Editrice, 1997, p. 208.

3. il finanziamento deve essere garantito da ipoteca di primo grado su beni immobili;
4. deve essere rispettato un *limite di finanziabilità* dato da una proporzione tra l'importo del finanziamento e il valore della garanzia immobiliare. Secondo quanto stabilito dalla Banca d'Italia, sulla base della predetta deliberazione CICR, le banche possono concedere finanziamenti di credito fondiario per un ammontare massimo pari all'80 per cento del valore dei beni immobili ipotecati o del costo delle opere da eseguire sugli stessi, ivi compreso il costo dell'area o dell'immobile da ristrutturare⁵.

In mancanza di uno solo dei requisiti citati l'operazione di finanziamento non è giuridicamente riconducibile al credito fondiario con la conseguente inapplicabilità della speciale disciplina legale.

Tuttavia, per meglio definire la fattispecie, occorre aggiungere anche le seguenti precisazioni, tratte sia dalla speculazione dottrinale sia dalla normativa secondaria:

- la concessione dell'ipoteca, fatta dalla parte mutuataria in favore della parte mutuante, dovrebbe essere contestuale alla concessione del finanziamento⁶, con ciò intendendosi la stipulazione del contratto;
- in determinati casi le banche possono concedere finanziamenti di credito fondiario anche su immobili già gravati da precedenti iscrizioni ipotecarie; tali finanziamenti, che pertanto non sono garantiti da ipoteca di primo grado, sono definiti "*finanziamenti integrativi*";
- inoltre occorre precisare che la ripetuta percentuale dell'80% può essere elevata fino al 100%, conservando tuttavia l'operazione di finanziamento il carattere fondiario, a condizione che vengano acquisite, oltre alla garanzia ipotecaria, ulteriori "*garanzie integrative*", secondo tipi tassativamente⁷ elencati dall'Autorità di Vigilanza⁸.

⁵ E' stato tuttavia evidenziato che: "[...] non risulta alcuna previsione circa le modalità con le quali gli Istituti erogatori dovrebbero pervenire ad una determinazione e quantificazione concreta delle somme da erogare. In buona sostanza, una volta enunciato il parametro di riferimento [...] il legislatore non si è preoccupato di fornire ulteriori dettagli circa le modalità e le tecniche, almeno minimali, alle quali gli Istituti di credito fondiario avrebbero dovuto attenersi nell'espletamento della propedeutica attività di stima dei beni; [...]"; così A. U. PETRAGLIA, *Il credito fondiario dopo il testo unico: profili giuridici, modalità operative e di recupero crediti*, in *La nuova disciplina del credito fondiario*, Bancaria Editrice, 1997, p. 132.

⁶ In tal senso anche A. BREGOLI, *L'inquadramento delle fattispecie del credito fondiario nell'ambito del finanziamento ipotecario*, in *Mutui ipotecari riflessioni giuridiche e tecniche contrattuali*, Giuffrè, 1999.

⁷ V. G. CASTALDI, *La normativa di vigilanza* cit., p. 217.

⁸ Le garanzie integrative indicate dalla Banca d'Italia sono le seguenti: le fidejussioni bancarie, le polizze fidejussorie di compagnie di assicurazione, la garanzia rilasciata da fondi pubblici di garanzia o da consorzi e cooperative di garanzia fidi, le cessioni di crediti verso lo Stato, le cessioni di annualità o di contributi a carico dello Stato o di enti pubblici nonché il pegno su titoli di Stato.

Le operazioni di credito fondiario si distinguono pertanto dalle altre operazioni di finanziamento, e in particolare da altri tipi di finanziamento ipotecario, per la presenza di caratteristiche proprie, tutte desumibili dalla Legge⁹.

La normativa specifica prevede una particolare disciplina che - in ultima analisi e con sufficiente approssimazione - può essere divisa in due gruppi di norme: (i) norme di favore per la banca; e (ii) norme di favore per il mutuatario ovvero per il terzo acquirente¹⁰.

Possono essere ritenute norme di favore per la banca le seguenti:

- ai fini dell'iscrizione ipotecaria la banca può eleggere domicilio presso la propria sede (art. 39, comma 1, TUB)¹¹;
- quando la stipulazione del contratto e l'erogazione del denaro formino oggetto di atti separati e con l'atto di erogazione venga variata la misura degli interessi, l'efficacia dell'iscrizione ipotecaria si estende agli interessi così determinati, anche se con atto successivo all'iscrizione stessa (art. 39, comma 2, TUB)¹²;
- il credito della banca relativo ad un mutuo con clausola di indicizzazione (tasso variabile) è garantito dall'ipoteca fino a concorrenza dell'importo effettivamente dovuto per effetto dell'applicazione della detta clausola, a condizione che la stessa sia stata riportata nella nota di iscrizione (art. 39, comma 3, TUB)¹³;

⁹ E' interessante segnalare che il Tribunale di Padova, con sentenza del 9 marzo 2006 - sia pure in relazione a una fattispecie particolare e *obiter* - ha affermato che nel mutuo fondiario l'ipoteca deve essere prestata dallo stesso mutuatario, il che sembra andare persino oltre la volontà del Legislatore; è infatti relativamente diffusa nella prassi operativa la concessione dell'ipoteca da parte di un "terzo datore" e non risultano analoghe tesi nella giurisprudenza di legittimità.

¹⁰ Così anche A. BREGOLI, *L'inquadramento delle fattispecie* cit.

¹¹ Si consideri che, a norma dell'art. 2839, comma 2, n. 2), c.c., la nota d'iscrizione dovrebbe indicare: "il domicilio eletto dal creditore nella circoscrizione del tribunale in cui ha sede l'ufficio dei registri immobiliari". In conseguenza di ciò, la banca che non avesse dipendenze in quella circoscrizione di tribunale, avrebbe comunque la necessità di fare l'elezione di domicilio ai fini ipotecari in quel luogo per adempiere al dettato della legge. La deroga alla generale previsione del codice civile consente alla banca di non eleggere domicilio nella circoscrizione del tribunale in cui ha sede l'ufficio dei registri immobiliari e consente viceversa di eleggere domicilio presso la propria sede (con ciò intendendosi la propria "sede centrale").

¹² Si tratta in questo caso di un'eccezione al principio enunciato nell'art. 2839, comma 2, n. 5, c.c. E' evidente il carattere agevolativo di tale norma, dettata tenendo presente quelle operazioni di mutuo fondiario con erogazione delle somme differita nel tempo. Ad esempio, nelle operazioni di finanziamento all'edilizia, tra la stipulazione del contratto di mutuo e l'erogazione a saldo della somma mutuata, trascorre spesso un periodo anche superiore al biennio. In tali casi viene tutelata la facoltà della banca di variare le condizioni economiche dell'operazione in relazione all'andamento dei mercati finanziari.

¹³ In questo caso la deroga è riferita alla norma enunciata dall'art. 2809, comma 1, c.c. E' evidente che, nel lungo periodo, l'andamento dei parametri finanziari, utilizzati per la determinazione del tasso corrispettivo o di mora, potrebbe far lievitare, anche di molto, il credito della banca; in tal caso la somma garantita dall'ipoteca potrà variare in aumento.

- l'ipoteca iscritta a garanzia di un mutuo fondiario non può essere assoggettata a revocatoria fallimentare quando sia stata iscritta almeno dieci giorni prima della pubblicazione della sentenza dichiarativa di fallimento (art. 39, comma 4, TUB). E' senz'altro questa la norma che può essere indicata, tra le norme disciplinanti il credito fondiario, quella maggiormente caratterizzante la fattispecie fondiaria e che più efficacemente rappresenta la tutela accordata al *creditore fondiario*. Da evidenziare che nell'ultimo comma dell'art. 67, l. fall. – emanata nel vigore del R.D. 16 luglio 1905, n. 646, il quale già prevedeva tale trattamento di favore per le operazioni di specie – era stato precisato che: “*Le disposizioni di questo articolo non si applicano all'istituto di emissione, alle operazioni di credito su pegno e di credito fondiario; sono salve le disposizioni delle leggi speciali*”¹⁴;
- i pagamenti effettuati dal debitore a fronte di un mutuo fondiario non sono soggetti a revocatoria fallimentare (art. 39, comma 4, TUB)¹⁵;
- nel procedimento di espropriazione relativo a crediti fondiari è escluso l'obbligo della notificazione del titolo contrattuale esecutivo (art. 41, comma 1, TUB);
- l'azione esecutiva sui beni ipotecati a garanzia di finanziamenti fondiari può essere iniziata o proseguita dalla banca anche dopo la dichiarazione di fallimento del debitore. Il curatore ha facoltà di intervenire nell'esecuzione. La somma ricavata dall'esecuzione, eccedente la quota che in sede di riparto risulta spettante alla banca, viene attribuita al fallimento (art. 41, comma 2, TUB);

¹⁴ Si tenga altresì presente che, in mancanza di queste norme, l'ipoteca costituita a garanzia del mutuo risulterebbe soggetta alla revocatoria fallimentare per sei mesi (a seguito delle modificazioni introdotte dal D.L. 14 marzo 2005, n. 35; originariamente, per un anno), ai sensi dell'art. 67, comma 2, l. fall., con la conseguenza che, in presenza di soggetto fallibile, sarebbe opportuno erogare il mutuo fondiario soltanto una volta che – trascorsi sei mesi dall'iscrizione dell'ipoteca – sia stata *definitivamente* accertata l'inesistenza di sentenze dichiarative di fallimento a carico della parte stessa. Con riferimento a tale norma — si parla di *consolidamento abbreviato dell'ipoteca fondiaria*. Per le difficoltà nel rintracciare un coordinamento tra la norma del TUB e quella enunciata nell'ultimo comma dell'art. 67, L. fall., v. A. U. PETRAGLIA, *Il credito fondiario* cit., p. 119 e ss.

¹⁵ Anche in questo caso, lo scopo della norma è quello di evitare che, in caso di fallimento della parte mutuataria, la banca veda revocati i pagamenti effettuati dalla parte stessa (nei sei mesi precedenti la dichiarazione di fallimento). La norma di favore tuttavia non sembrerebbe operare nel senso di estendere la tutela anche ai pagamenti effettuati dal debitore anticipatamente rispetto alle scadenze pattuite (estinzioni anticipate parziali o totali); tali pagamenti resterebbero pertanto soggetti alla inefficacia *ex lege* di cui all'art. 65, L. fall. E' stata tuttavia evidenziata l'applicabilità di tale norma ai soli pagamenti anticipati dei crediti chirografari e non di quelli ipotecari (cfr A. U. PETRAGLIA, *Il credito fondiario* cit., p. 126; nel caso di credito fondiario, Cass. 18 luglio 2008, n. 19978 ha escluso l'applicabilità dell'art. 65, l. fall., qualora il debitore di avvalga della facoltà di restituzione anticipata della somma mutuata. V. anche Trib. Monza, 22 marzo 2006, in *Riv. dott. commercialisti*, 2007, 2, 294, con nota di V. CEDERLE, *Rimborso anticipato del mutuo ed inefficacia ex art. 65 legge fall.*).

- il custode dei beni pignorati, l'amministratore giudiziario e il curatore del fallimento del debitore versano alla banca le rendite degli immobili ipotecati a suo favore, dedotte le spese di amministrazione e i tributi, sino al soddisfacimento del credito vantato (art. 41, comma 3, TUB);
- con il provvedimento che dispone la vendita o l'assegnazione, il giudice dell'esecuzione prevede, indicando il termine, che l'aggiudicatario o l'assegnatario, che non intendano avvalersi della facoltà di subentrare nel contratto di finanziamento prevista dal comma 5, versino direttamente alla banca la parte del prezzo corrispondente al complessivo credito della stessa. L'aggiudicatario o l'assegnatario che non provvedano al versamento nel termine stabilito sono considerati inadempienti ai sensi dell'art. 587 del codice di procedura civile (art. 41, comma 4, TUB);

Possono essere ritenute norme di favore per il prenditore le seguenti:

- il debitore ha diritto a una riduzione proporzionale della somma iscritta ogni volta che abbia estinto la quinta parte del debito originario ed ha diritto di ottenere la liberazione di uno o più immobili ipotecati quando risulti che per la somma ancora dovuta i rimanenti beni vincolati costituiscano garanzia sufficiente secondo la nota regola dell'80% (art. 39, comma 5, TUB)¹⁶;
- in caso di edificio o complesso condominiale, il debitore, il terzo acquirente, il promissario acquirente o l'assegnatario del bene ipotecato hanno diritto alla suddivisione del mutuo in quote e, correlativamente, al frazionamento dell'ipoteca a garanzia (art. 39, comma 6, TUB). Di questa norma si dirà più diffusamente nel testo;
- gli atti e le formalità ipotecarie si considerano una sola stipula, una sola operazione sui registri immobiliari e un solo certificato agli effetti dei diritti di scritturato, degli emolumenti ipotecari, dei compensi e dei diritti spettanti al notaio e gli onorari notarili sono ridotti alla metà (art. 39, comma 7, del TUB)¹⁷;

¹⁶ La norma garantisce alla parte mutuataria il diritto alla riduzione della garanzia, una volta che sia stata ridotta l'esposizione debitoria. Mentre la prima parte della norma riproduce la disciplina dettata dall'art. 2873, comma 2, c.c., la seconda parte contiene una importante deroga alla disciplina dell'art. 2874, c.c., che stabilisce il diritto degli interessati a chiedere la riduzione (soltanto) nei casi di ipoteca legale o giudiziale.

¹⁷ Questa norma consente alla parte mutuataria di realizzare un risparmio sugli oneri connessi alla stipulazione del contratto di mutuo in forma di atto pubblico notarile. E' tuttavia da notare che la norma reitera una previsione che venne introdotta con l'art. 3 del D.P.R. 21 gennaio 1976, n. 7 e che venne poi trasfusa nella Tabella C del D.M. 30 dicembre 1980, "Determinazione della tariffa degli onorari, dei diritti, delle indennità e dei compensi spettanti ai notai". Da allora, la norma agevolativa è stata successivamente riprodotta nell'art. 5, della l. 6 giugno 1991, n. 175, che ha abrogato il D.P.R. 7/1976 e poi nell'art. 39 dell'attuale TUB, che ha abrogato la l. 175/1991, continuando ad essere altresì contenuta nel vigente D.M. 27 novembre 2001 "Determinazione della tariffa degli onorari, dei diritti, delle indennità e dei compensi spettanti ai notai", secondo la quale per i: "Mutui e operazioni di credito fondiario (in base all'art. 3 del D.P.R. 21 gennaio 1976, n. 7, l'onorario, calcolato sull'importo del mutuo o della garanzia, se più elevata, è unico e

- il debitore ha la facoltà di estinguere anticipatamente il mutuo, in tutto o in parte, corrispondendo alla banca esclusivamente un compenso onnicomprensivo per l'estinzione contrattualmente stabilito¹⁸.

Interessante è infine la previsione di cui all'art. 40, comma 2, TUB, che ha introdotto una limitazione del potere di risoluzione (o di recesso) stabilito dalla disciplina codicistica, mediante la fattispecie del "ritardato pagamento"¹⁹.

3. Il credito ipotecario ordinario

Definito in precedenza il credito fondiario, si definisce credito ipotecario ordinario (o credito ipotecario in senso stretto) quell'impiego che – pur essendo garantito da ipoteca (immobiliare, ma non solo) – non può definirsi (anche) fondiario per la mancanza – genetica o sopravvenuta – di uno o più degli elementi che concorrono a definire la fattispecie del credito fondiario²⁰.

In effetti, a ben vedere non sembra facile individuare le motivazioni che, di volta in volta, inducono la banca – e il prenditore – a porre in essere una operazione ipotecaria ordinaria in luogo di una fondiaria, posto che, come detto, la specifica disciplina del credito fondiario contiene elementi "di favore" tanto per la banca quanto per il cliente (fatta naturalmente salva la possibilità di stabilire – di volta in volta per ogni singola operazione – quali prevalgano sugli altri²¹). Certamente decisiva a favore del credito ipotecario ordinario può essere considerata la possibilità – esclusa per le operazioni di credito fondiario – di erogare un importo superiore all'80%

*viene percepito al momento della stipulazione del primo atto" nella misura del 50%. A parte l'evidente mancato adeguamento della Tabella, che continua a fare riferimento al D.P.R. 7/1976, abrogato dal 1991, la sopravvivenza di questa agevolazione nel TUB non consente di concordare con quanto riferito da A. BREGOLI, *L'inquadramento delle fattispecie* cit., che assegna a questa agevolazione la funzione di incentivo finanziario che presuppone necessariamente una destinazione legale del finanziamento e comporta un controllo di conformità dell'uso in concreto dell'operazione creditizia e in particolare laddove: "La lettura comune, che finisce per far coincidere il credito fondiario con il generico credito ipotecario, purché bancario, incorre quindi in contraddizione logica con il dato normativo che interpreta: l'agevolazione, infatti postula la destinazione a uno scopo del credito incentivato [...]".*

¹⁸ Tale previsione – modificata dall'art. 6, comma 1, del decreto legislativo 4 agosto 1999, n. 342, e dalla deliberazione del C.I.C.R. del 9 febbraio 2000 – nel rimettere all'autonomia contrattuale la determinazione del compenso che i debitori sono tenuti a corrispondere in caso di estinzione anticipata, è finalizzata a rendere chiaramente edotta la clientela sugli oneri da sostenere in caso di estinzione anticipata del mutuo. Il suo ambito di applicazione è stato ridotto dall'art. 7 del D.L. 31 gennaio 2007, n. 7, (cd. "Decreto Bersani bis", convertito con modificazioni dalla l. 28 marzo 2007, n. 40), non dall'art. 10, comma 2, del D.L. 223/2006, convertito con modificazioni in l. 4 agosto 2006, n. 24 ; vedi in proposito, Circolare del Ministero dello sviluppo economico del 21 febbraio 2007).

¹⁹ Per una ampia disamina, v. A. U. PETRAGLIA, *Il credito fondiario* cit., p. 115.

²⁰ Per una disamina delle problematiche connesse al cd. "superamento delle percentuali massime di concessione", v. A. U. PETRAGLIA, *Il credito fondiario* cit., p. 131 e ss.

²¹ A. BREGOLI, *L'inquadramento delle fattispecie* cit.

del valore dei beni offerti in garanzia, senza necessità di acquisire “garanzie integrative” nel senso indicato dalla Banca d’Italia; precedentemente all’entrata in vigore degli Accordi ccdd. di “Basilea due” a far prediligere il credito ipotecario ordinario era anche la possibilità di evitare gli oneri connessi alla necessità di acquisire una formale perizia estimativa dell’immobile offerto in garanzia - redatta da un professionista abilitato - acquisendo, ad esempio, soltanto una cd. “autoperizia”, consistente in una dichiarazione del cliente stesso in ordine al presumibile valore commerciale del bene, condivisa dal mutuante, ma priva, ad esempio, di ogni attestazione in ordine alla regolarità urbanistica del bene²².

In relazione a quanto sinora detto circa l’esistenza di due distinte operatività - quella fondiaria e quella ipotecaria ordinaria - si vuole focalizzare l’attenzione su un aspetto peculiare del rapporto tra le due e in particolare sul problema se un’operazione di credito che presenti tutti i requisiti del credito fondiario, possa ciononostante essere pattuita tra la banca e il cliente quale operazione ipotecaria ordinaria. In altre parole: stabilito ciò che è credito fondiario e ciò che - di converso - è credito ipotecario ordinario, la domanda è se le parti possano concordemente decidere di “intitolare” una operazione quale ipotecaria ordinaria ancorché

²² La possibilità di effettuare impieghi in tal modo è oggi sostanzialmente preclusa da quanto previsto dalle “Nuove disposizioni di vigilanza prudenziale per le banche” di cui alla Circolare n. 263 del 27 dicembre 2006 mediante le quali la Banca d’Italia ha stabilito che la attribuzione di una esposizione alla classe (o “portafoglio”) delle “esposizioni garantite da immobili”, dalla quale discende un coefficiente di ponderazione di favore, richiede che “l’immobile sia stimato da un perito indipendente ad un valore non superiore al valore di mercato” con le ulteriori precisazioni che: “Per perito indipendente si intende una persona che possieda le necessarie qualifiche, capacità ed esperienza per effettuare una valutazione, che non abbia preso parte al processo di decisione del credito né sia coinvolto nel monitoraggio del medesimo” e che: “Per valore di mercato si intende l’importo stimato al quale l’immobile verrebbe venduto alla data della valutazione in un’operazione svolta tra un venditore e un acquirente consenzienti alle normali condizioni di mercato dopo un’adeguata promozione commerciale, nell’ambito della quale entrambe le parti hanno agito con cognizione di causa, con prudenza e senza costrizioni. Il valore di mercato è documentato in modo chiaro e trasparente”. La disciplina in questione, troppo complessa per essere adeguatamente affrontata in questa sede, distingue le esposizioni garantite da ipoteca su immobili residenziali dalle esposizioni garantite da ipoteca su immobili non residenziali, tenendo in conto anche la cd. “condizione del *loan-to-value*”, ossia la regola già enunciata in materia di credito fondiario secondo la quale l’importo dell’esposizione non deve eccedere l’80 per cento del valore dell’immobile, elevabile al 100 per cento in presenza di garanzie integrative. Una nuova opportunità di preferenza per il credito ipotecario ordinario rispetto al credito fondiario potrebbe viceversa essere oggi offerta dalla nuova operatività di cui all’art. 8 del D.L. 31 gennaio 2007, n. 7, in materia di “Portabilità dei mutui; surrogazione”; si verifica infatti che la banca “subentrante” - chiamata a concedere il nuovo mutuo per l’estinzione del credito della banca “originaria”, assistito da una ipoteca già “consolidata” (a suo tempo iscritta a garanzia di un credito ipotecario ordinario o fondiario) - proprio in virtù della surrogazione nella garanzia già “consolidata” potrebbe non avere un particolare interesse a concedere un mutuo fondiario e preferisca concedere un mutuo ipotecario ordinario.

la stessa presenti tutti i requisiti di Legge per essere definita di credito fondiario, “sottraendola“ così alla disciplina speciale.

A chi scrive la risposta non sembra facile. La Banca d'Italia ebbe a precisare che: *“L’art. 38 t.u. individua oggettivamente i caratteri delle operazioni di credito fondiario. La nuova disciplina, peraltro, non preclude alle banche la possibilità di erogare finanziamenti che, pur non presentando le caratteristiche di quelli fondiari, siano garantiti da ipoteca. In relazione a quanto precede, anche se la sussistenza in concreto dei caratteri indicati nell’art. 38 è sufficiente a qualificare le operazioni come fondiarie, sembra opportuno che i contratti di finanziamento contengano un espresso richiamo agli articoli 38 e seguenti del testo unico al fine di confermare l’applicazione della normativa sul credito fondiario”*²³, così richiamando l’attenzione degli operatori sul rischio che – in mancanza di un espresso riferimento letterale all’art. 38 TUB – potesse porsi in dubbio la “fondiarietà” di una operazione di credito, ancorché munita di tutti gli elementi richiesti dalla legge, lasciando però irrisolto il caso – per così dire, opposto – dell’operazione che, pur essendo munita dei predetti elementi, si vuole sottrarre dall’ambito applicativo della disciplina speciale.

La questione – forse più astratta che concreta – potrebbe porsi in rilievo nel caso di una – pur sempre possibile – inadeguata redazione contrattuale e comunque laddove le parti contraenti abbiano contrapposti interessi nell’invocare l’applicazione della disciplina speciale.

4. Principi generali in tema di accollo – Rinvio

Il codice civile fornisce soltanto una definizione indiretta dell’accollo²⁴ il quale si sostanzia in una convenzione che ricorre quando il debitore (accollato)²⁵ e un terzo (accollante) convengono che quest’ultimo assuma il debito del primo²⁶.

²³ Banca d'Italia, “Chiarimenti sul testo unico (d.lgs. 385/93)”, Lettera della Divisione Normativa Primaria prot. n. 43296 del 18 febbraio 1994. V. anche G. CASTALDI, *La normativa di vigilanza in materia di credito fondiario*, in *La nuova disciplina del credito fondiario*, Bancaria Editrice, 1997, p. 209.

²⁴ P. CARUSI, *Il negozio giuridico notarile*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, V edizione, 1994, p. 873, ha evidenziato che il codice ha dato la nozione dell’accollo “*incentrando la normativa sulla liberazione o non dell’originario debitore [...]*”; GIOVANNI GIACOBBE, in *Della delegazione, dell’espromissione e dell’accollo*, Commentario del codice civile Scialoja-Branca, 1992, Zanichelli – Soc. Ed. del Foro Italiano, p. 88, ha evidenziato che: “*L’articolo in commento non offre una definizione dell’accollo [...] ma si limita a disciplinarne le modalità di attuazione*”.

²⁵ C. M. BIANCA, *Diritto civile, IV, L’obbligazione*, Milano – Dott. A. Giuffrè Editore, 1993, p. 675, precisa che: “*Sebbene ormai sia comune l’uso di chiamare accollato il debitore originario, sembra comunque difficile darne una soddisfacente spiegazione etimologica*”. P. RESCIGNO, *Studi sull’accollo*, Giuffrè, 1958, p. 89, evidenziava che: “*Mi pare che nella nostra materia la fonte maggiore di equivoci e di polemiche sia stata e continui ad essere l’incertezza terminologica. Per effetto di tale incertezza, i termini accollante, accollato, accollatario sono stati attribuiti ora all’uno ora all’altro dei soggetti interessati al negozio (debitore, creditore e terzo). La confusione, sia consentito ripetere un rilievo assai*

L'accollo – inteso quale fattispecie tipica o nominata – è pertanto un negozio giuridico e, in particolare, un contratto²⁷, essendo destinato, per definizione, a regolare rapporti giuridici patrimoniali. Tuttavia, è stato evidenziato che l'accollo non può – di norma – “essere configurato come autonomo tipo negoziale con propria causa”²⁸ e si configura normalmente come semplice patto accessorio di un più ampio regolamento di interessi²⁹.

E' stato evidenziato altresì che nel linguaggio comune il termine accollo viene spesso usato in senso economico e non giuridico, con l'intento di porre in evidenza il risultato finale “di addossare il peso del debito a soggetto diverso dal debitore originario”³⁰; risultato che – evidentemente – può essere ottenuto anche in mancanza di accollo *stricto sensu*; anche tale promiscuità di significato è talvolta fonte di equivoci ed incomprensioni³¹.

L'elaborazione della Dottrina e della Giurisprudenza, muovendo dallo scarno dettato normativo, è giunta a definire precisi schemi di riferimento, che tradizionalmente consistono nelle due figure dell'accollo interno e dell'accollo esterno, con la ulteriore distinzione – nell'ambito di quest'ultimo – tra l'accollo cumulativo e l'accollo liberatorio, utilizzando

elementare, dipende dal fatto che “accollare” è un verbo usato ora in senso transitivo, ora in senso intransitivo”, precisando poi in nota: “Di qui l'incertezza nell'attribuzione dei termini accollante, accollato, ed accollatario”.

²⁶ V. G. F. CAMPOBASSO, alla voce *Accollo* in Enciclopedia Giuridica, Istituto della Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani, Roma, 1988, “Secondo la nozione offertaci dall'art. 1273 c.c., si ha accollo quando il debitore (accollato) ed un terzo (accollante) convengono che questi assuma il debito del primo e il creditore (accollatario) può aderire alla convenzione con l'effetto di rendere irrevocabile la stipulazione a suo favore”. Secondo C. M. BIANCA, *Diritto civile* cit., p. 679, menzionato da molti Autori: “Oggetto dell'accollo è il rilevamento della posizione del debitore originario da parte dell'assuntore, il quale succede in tale posizione”.

²⁷ GIOVANNI GIACOBBE, in *Della delegazione, dell'espromissione e dell'accollo* cit., p. 89: “Il codice del 1942, parlando di convenzione che intercorre tra debitore e terzo, sottolinea la natura contrattuale dell'accollo” e, a p. 92: “In linea generale, l'accollo è considerato, da dottrina e giurisprudenza, come un contratto intercorrente tra debitore originario e terzo, che si perfeziona con l'incontro dei consensi di questi ultimi. In particolare, esso si inquadra nella più generale figura del contratto a favore di terzo, previsto dall'art. 1411 cod. civ.”. Anche C. M. BIANCA, *Diritto civile* cit., definisce l'accollo: “[...] il contratto mediante il quale il debitore e un terzo convengono che questi assuma il debito del primo”. Definisce espressamente l'accollo “un contratto corrente tra debitore e terzo” U. LA PORTA, *Le modificazioni soggettive nel rapporto di mutuo bancario ipotecario. Le modificazioni del lato passivo: le clausole disciplinanti l'accollo del mutuo in caso di trasferimento del bene ipotecato*, in *Mutui ipotecari Riflessioni giuridiche e tecniche contrattuali*, Giuffrè, 1999.

²⁸ G. F. CAMPOBASSO, alla voce *Accollo* cit.

²⁹ V. P. CARUSI, *Il negozio giuridico notarile* cit., p. 877. Si pensi al caso tipico di una vendita immobiliare in cui l'accollo – di fatto – costituisce una modalità di pagamento del prezzo.

³⁰ G. F. CAMPOBASSO, alla voce *Accollo* cit.

³¹ GIOVANNI GIACOBBE, in *Della delegazione, dell'espromissione e dell'accollo* cit., p. 97: “Chiarito che l'accollo costituisce un'autonoma figura negoziale, e che, pertanto, con tale termine non è possibile indicare, genericamente, un fenomeno di assunzione di debito altrui, [...]”.

ulteriori categorie concettuali quali quella dell'adesione del creditore e della liberazione del debitore originario. Occorre, anche in questa sede, ripercorrere, sia pure sommariamente, la tradizionale trattazione dottrinale dell'istituto - ancorché la stessa sia ampiamente disponibile in molti contributi scientifici - rinviando pertanto a questi per una approfondita disamina dell'istituto stesso.

5. Accollo interno e accollo esterno

Molte trattazioni istituzionali in materia di accollo prendono le mosse dalla distinzione tra accollo esterno e accollo interno, affrontando il primo in quanto fattispecie legale, per poi definire, di converso, l'accollo interno, non definito dalla disciplina codicistica. Sembra tuttavia più semplice delineare l'accollo interno prima dell'accollo esterno³².

L'accollo cd. interno (o "accollo semplice" od anche "accollo di pagamento") non è quello che il Legislatore del 1942 teneva in conto nella redazione dell'art. 1273, c.c.³³, ed anzi non trova una specifica regolamentazione nella Legge, ma è unanimemente ritenuto ammissibile in quanto "*riconducibile all'esercizio dell'autonomia privata per il perseguimento di interessi meritevoli di tutela*"³⁴.

L'accollo interno si configura quale accordo tra il debitore e un terzo, mediante il quale quest'ultimo si obbliga nei confronti del debitore senza assumere alcuna obbligazione nei confronti del creditore. Una convenzione di tal fatta resta naturalmente soggetta al principio generale enunciato dall'art. 1372, c.c., secondo il quale il contratto non produce effetto rispetto ai terzi, se non nei casi previsti dalla legge.

E' evidente che si tratta di fattispecie più astratta che concreta, tuttavia meritevole di illustrazione separata perché consente di sviluppare elementi di riflessione utili per meglio comprendere la fattispecie dell'accollo esterno (o con efficacia esterna)³⁵. In effetti l'accollo esterno, proprio

³² Nella fondamentale opera di P. RESCIGNO, *Studi sull'accollo* cit., viene trattato prima l'accollo interno e poi quello esterno.

³³ GIOVANNI GIACOBBE, in *Della delegazione, dell'espromissione e dell'accollo* cit., p. 98: "*L'articolo in commento si limita a disciplinare l'accollo c.d. esterno, senza fare riferimento a quello interno*".

³⁴ Così Cass., sez. III sez., con sent. del 24 maggio 2004, n. 9982. Rescigno, *Studi sull'accollo* cit., p. 32, aveva evidenziato come: "*Il silenzio del legislatore in ordine all'accollo semplice si giustifica grazie al concetto stesso di autonomia negoziale [...] Non era invece necessaria una regola specifica per l'accollo semplice*". GIOVANNI GIACOBBE, in *Della delegazione, dell'espromissione e dell'accollo* cit., p. 98: "*Il silenzio del legislatore si giustifica considerando che quest'ultima figura viene inserita nell'ambito dei principi generali in materia di contratti. Al contrario, l'accollo c.d. esterno, producendo effetti nella sfera giuridica di un terzo estraneo al rapporto obbligatorio, richiede una espressa previsione, in deroga all'art. 1372, cod. civ.*" precisando poi, a p. 99, che: "*L'accollo c.d. interno, dunque, non è regolato espressamente dalla legge, ma rientra nell'ambito dell'autonomia contrattuale, prevista dall'art. 1322 cod. civ.*".

³⁵ Potrebbe essere opportuno precisare che sembra esulare dalla fattispecie dell'accollo interno quell'accordo - in realtà assai frequente nell'ambito dei rapporti tra familiari e che

perché soltanto indirettamente descritto nell'art. 1273, c.c., può essere meglio definito mediante il ricorso a categorie ricavabili induttivamente dall'accollo interno.

Nel tentativo di descrivere il più dettagliatamente possibile la portata di tale convenzione, si dirà che in una ipotetica fattispecie di accollo interno o semplice:

- il creditore rimane del tutto estraneo all'accollo;
- il creditore potrebbe addirittura ignorare che il debitore e il terzo abbiano pattuito l'accollo, essendo gli effetti di questo limitati ai rapporti *interni* tra debitore (accollato) e terzo (accollante);
- i pagamenti continueranno ad essere effettuati nelle mani del creditore da parte del debitore accollato, il quale sarà dotato della sufficiente disponibilità dall'accollante (ovvero successivamente *ristorato* da quest'ultimo)³⁶;
- il creditore non potrà pretendere l'adempimento dall'accollante³⁷;
- l'accollante risponderrebbe dell'adempimento soltanto nei confronti dell'accollato³⁸;

si perfeziona al di fuori di schemi formali, talvolta in un momento addirittura precedente all'assunzione dell'obbligazione – mediante il quale, ad esempio, tra genitori e figli o tra coniugi, taluno si impegna a fornire i mezzi necessari per far fronte ai pagamenti dovuti da un altro. Il tentativo di ricondurre queste fattispecie entro categorie giuridiche note sembra dover necessariamente transitare entro schemi complessi quali la simulazione relativa soggettiva mediante interposizione reale di persona o la donazione indiretta.

³⁶ Sono state ipotizzate diverse modalità tramite le quali l'accollante potrebbe onorare il suo impegno nei confronti del debitore originario; v. in proposito, R. CICALA, voce *Accollo* in Enciclopedia del diritto, Giuffrè, 1958, p. 284, secondo il quale: “*Con l'accollo interno l'accollante può assumere genericamente l'obbligo di procurare al debitore la liberazione (e quindi potrà dare esecuzione all'accollo pagando il debito come terzo, ottenendo la remissione del debito a beneficio del debitore, stipulando col creditore una datio in solutum, ecc.; insomma avrà la scelta del modo di eseguire l'accollo), oppure può assumere obblighi specifici, cioè l'obbligo di pagare il debito (come terzo) o di assumere il debito mediante espromissione o di procurare al debitore la cosa da prestare o di ricostituire nel patrimonio del debitore il valore perduto con l'adempimento*”. Si evidenzia incidentalmente che ove il creditore accettasse i pagamenti effettuati dall'accollante (che è un terzo) a nome proprio, si verserebbe in una ipotesi di adempimento del terzo, ex art. 1180, c.c., sempre ammissibile, salva l'opposizione manifestata dal debitore ma che potrebbe poi dare luogo – secondo i principi generali – all'azione d'ingiustificato arricchimento di cui all'art. 2041, c.c., ovvero, ricorrendone i presupposti di Legge, ad una ipotesi di surrogazione (legale, ex art. 1203, c.c., o per volontà del creditore ex art. 1201, c.c.).

³⁷ Secondo P. RESCIGNO, alla voce *Accollo* in Digesto delle discipline privatistiche Sezione civile, Utet, 1987: “*Il creditore non acquista, per effetto dell'accollo semplice, nessun diritto contro il terzo, ma la dottrina ritiene che il creditore possa però agire contro l'assuntore utendo iuribus del suo debitore, nei limiti e con le modalità fissati dall'art. 2900 per l'azione surrogatoria, o che possa agire a seguito della cessione che il primo debitore faccia dell'azione spettantegli contro l'assuntore*”. V. anche M. MANULI, *La sussidiarietà nell'accollo al vaglio della Cassazione*, in Riv Not., 2005, 2, p. 325.

³⁸ Secondo P. RESCIGNO, *Studi sull'accollo* cit., p. 50: “*il creditore dell'accollante, giova ancora ripeterlo, è il debitore originario*”; R. CICALA, voce *Accollo* cit., pp. 291-292, ha suggerito: “[...] di non trascurare un dato testuale sfuggito a quasi tutti gli scrittori, da cui

- l'accollante non potrebbe “*opporre al creditore eccezioni fondate sul contratto in base al quale l'assunzione è avvenuta*” (art. 1273, ult. co., c.c.);
- “*se l'accollante adempie nei confronti del creditore, adempie in nome proprio, non in nome del debitore originario, come qualsiasi terzo (art. 1180, 1° co., cod. civ.)*”³⁹;
- se il debitore originario provvede all'adempimento, l'accollante sarà tenuto a rimborsarlo⁴⁰;
- “*la convenzione di accollo potrebbe essere modificata o revocata in qualsiasi momento dalle parti che l'hanno stipulata*”⁴¹.

E' stato pertanto evidenziato che l'accollo interno trova “[...] *giustificazione sotto il profilo della assunzione del debito in senso economico [...]*”⁴².

Gli studiosi dell'accollo hanno costantemente posto in evidenza che la previsione normativa di cui all'art. 1273, c.c., riguarda il solo accollo esterno, ossia quello che viene pattuito proprio per essere portato a conoscenza del creditore (e degli altri terzi), per avere effetti - la cui portata si cercherà in seguito di descrivere - *erga omnes*.

Più in particolare, secondo quanto già evidenziato, nella previsione codicistica dell'accollo (esterno):

- l'accollo viene pattuito proprio per essere portato a conoscenza del creditore;
- accollato e accollante intendono infatti perseguire il risultato concreto di rendere l'accollo “efficace” nei confronti del creditore;
- il creditore, una volta che sia stato portato a conoscenza dell'intervenuto accollo, potrà aderire – o negare la sua adesione – all'accollo medesimo;
- la norma non disciplina le modalità dell'adesione del creditore, così come non disciplina gli modalità ed effetti della mancata adesione;
- la norma stabilisce soltanto che, dopo l'adesione del creditore, la convenzione di accollo non potrà essere modificata o revocata;

*sembra incidentalmente emergere che l'accollante, prima dell'adesione, non è obbligato verso il creditore: [...]”; la Giurisprudenza, menzionata da GIOVANNI GIACOBBE, in *Della delegazione, dell'espromissione e dell'accollo* cit., p. 100, ha precisato che: “[...] nell'accollo interno è preminente la pattuizione con cui il nuovo debitore assume l'obbligazione di corrispondere la prestazione nei confronti del creditore, con la conseguenza che l'inadempimento al predetto obbligo sarà fonte di responsabilità contrattuale, verso il debitore originario, secondo le normali regole del codice civile”.*

³⁹ Così P. RESCIGNO, *Studi sull'accollo* cit., p. 50.

⁴⁰ C. M. BIANCA, *Diritto civile* cit., p. 688.

⁴¹ Così Cass., sez. III civile, 24 maggio 2004, n. 9982. Deve tuttavia evidenziarsi che sebbene l'ipotesi di modificazione o revocazione per cd. mutuo dissenso ex art. 1372, c.c., appaia – nel caso di accollo interno o semplice – del tutto pacifica, la fattispecie della revocazione dell'accollo da parte dell'accollante o dell'accollato meriterebbe una più approfondita disamina.

⁴² GIOVANNI GIACOBBE, in *Della delegazione, dell'espromissione e dell'accollo* cit., p. 98.

- dopo l'adesione del creditore, l'accollante risponde dell'adempimento nei confronti del creditore medesimo;
- l'accollante dovrebbe conseguentemente iniziare a effettuare i pagamenti dovuti al creditore;
- in determinate circostanze, il creditore potrebbe tuttavia continuare a pretendere l'adempimento dall'accollato;
- l'accollante potrà “*opporre al creditore eccezioni fondate sul contratto in base al quale l'assunzione è avvenuta*” (art. 1273, ult. co., c.c.);
- se – dopo l'adesione del creditore – l'accollato adempie nei confronti del creditore medesimo, occorre distinguere a seconda che l'accollo sia stato cumulativo o liberatorio: nel primo caso l'accollato adempie in qualità di debitore in solido (eventualmente con il diritto di regresso di cui all'art. 1299, c.c.); nel caso di accollo liberatorio, adempie come qualsiasi terzo (art. 1180, comma 1, c.c., eventualmente con surrogazione per volontà del creditore ex art. 1201, c.c.).

6. L'adesione del creditore

Da quanto sinora detto in ordine alla natura contrattuale dell'accollo, inteso quale accordo che intercorre tra accollato e accollante, risulta la estraneità o terzietà del creditore rispetto allo stesso, terzietà che implica, come già si è accennato, la possibilità dell'adesione del creditore stesso. E' stato evidenziato che l'adesione del creditore all'accollo non concorre al perfezionamento della fattispecie negoziale⁴³.

Occorre sin d'ora precisare che – come si cercherà di evidenziare di seguito – l'adesione del creditore si connota diversamente a seconda che l'accollo sia cumulativo o liberatorio per condizione espressa della stipulazione, ai sensi dell'art. 1273, comma 2. E' altresì sin d'ora opportuno rammentare che la Giurisprudenza ha precisato che l'adesione del creditore funziona come “dichiarazione di voler profittare” di cui all'art. 1411, c.c., relativo al contratto a favore di terzo (Cass. 7 aprile 1964, n. 773)⁴⁴

Il dato normativo contempla – evidentemente in relazione al solo accollo “esterno” – la “adesione” del creditore – la quale presuppone che l'accollo sia portato a conoscenza del creditore – e ricollega alla “adesione” del creditore l'effetto di rendere “*irrevocabile la stipulazione a suo favore*”⁴⁵.

⁴³ GIOVANNI GIACOBBE, in *Della delegazione, dell'espromissione e dell'accollo*, cit., p. 98.

⁴⁴ V. C. M. BIANCA, *Diritto civile* cit., p. 677.

⁴⁵ GIOVANNI GIACOBBE, in *Della delegazione, dell'espromissione e dell'accollo*, cit., p. 93: “[...] l'adesione del creditore costituisce, pertanto, non elemento perfezionativo della fattispecie negoziale, che sarebbe, si è detto, perfetta con l'accordo tra debitore e terzo, quanto piuttosto condizione affinché l'accollo stesso diventi efficace anche nei confronti del creditore. [...] Di conseguenza, il creditore acquista il diritto, nei confronti del nuovo debitore, immediatamente, producendo la sua adesione, quale unico effetto, l'irrevocabilità dell'accordo”.

E' tuttavia da porre in evidenza che, nella fase intermedia corrente tra il momento della stipulazione del contratto di accollo (che si vuole abbia efficacia esterna) e il momento in cui il creditore – dopo che sia stato messo a conoscenza dell'avvenuta stipulazione in suo favore dell'accollo stesso – manifesti la sua adesione (che potrebbe tuttavia anche mancare), anche l'accollo che si vuole esterno è un accollo interno, ed è destinato a restare tale nel caso in cui il creditore non aderisca⁴⁶.

E' stato pertanto autorevolmente sostenuto che: *“E' problema di interpretazione della convenzione negoziale stabilire se, in concreto, l'accollo sia da qualificarsi come esterno od interno [...]. L'elevazione a fattispecie tipica dell'accollo esterno e il dettato dell'art. 1273 c.c. inducono a ritenere che l'indagine sulla volontà delle parti debba essere invece rivolta a verificare se le stesse abbiano inteso togliere all'accollo la naturale efficacia esterna riconosciutagli dal dato normativo. Il che significa che nei casi dubbi dovrà propendersi per l'assunzione con efficacia esterna”*⁴⁷.

7. Accollo cumulativo e accollo liberatorio

Dopo aver introdotto i concetti di accollo interno e accollo esterno si è soliti continuare con la distinzione – evidentemente ormai nell'ambito del solo accollo esterno – tra accollo cumulativo e accollo liberatorio.

La distinzione trae questa volta spunto dal dettato normativo, il quale contempla espressamente la possibilità che l'accollo sia dell'uno o dell'altro tipo⁴⁸. Occorre però evidenziare subito come già nel sistema normativo - e poi nella prassi - l'accollo sia normalmente cumulativo e soltanto eccezionalmente liberatorio.

⁴⁶ C. M. BIANCA, *Diritto civile cit.*, p. 687, precisa che: *“Oltre che per volontà delle parti l'accollo può avere effetti meramente interni a seguito del rifiuto dell'accollatario. In tal caso l'accollo esterno si converte in accollo interno”*. Cass., sez. III civile, 24 maggio 2004, n. 9982, ha enunciato che: *“A seconda che il creditore aderisca o no l'accollo è esterno o interno”*. E. FERRANTE, *Accollo e responsabilità sussidiaria: a proposito di una sentenza “annunciata”*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 1, 255, ha evidenziato che: *“Infatti l'art. 1273, comma 1°, codifica sì l'accollo esterno, preordinato a travalicare i rapporti fra gli stipulatori, ma esso altro non è che un accollo interno partecipato al creditore e cui questi decida d'aderire, sicché non vi può essere accollo esterno, che non sia stato prima, anche solo per un istante logico, accollo interno. Dunque nel tipizzare la figura, il precetto legale non fa che conformare un accollo interno suscettibile d'esternalizzazione”*. M. MANULI, *La sussidiarietà nell'accollo cit.*, p. 325, evidenzia che: *“L'accollo semplice, peraltro, soccorre come schema che lega l'accollante all'accollato anche ove le parti abbiano voluto realizzare un'ipotesi di accollo esterno, qualora il creditore rifiuti di aderire o non dichiari di aderire [...]”*.

⁴⁷ G. F. CAMPOBASSO, alla voce *Accollo cit.*

⁴⁸ Recita infatti l'art. 1273, c.c., commi 2 e 3: *“L'adesione del creditore importa liberazione del debitore originario solo se ciò costituisce condizione espressa della stipulazione o se il creditore dichiara espressamente di liberarlo. Se non vi è liberazione del debitore, questi rimane obbligato in solido col terzo”*.

E' stato sostenuto che: *“L’accollo esterno si distingue in cumulativo e liberatorio a seconda che il debitore originario rimanga o meno obbligato con l’assuntore”*⁴⁹. Nell’accollo cumulativo quindi l’obbligazione assunta dall’accollante si aggiunge a quella del debitore originario accollato, il quale ultimo continua pertanto a essere obbligato nei confronti del creditore (che può essere definito accollatario, al contempo evidenziando che tale termine viene spesso usato – non univocamente – per indicare l’accollante). Ma, in particolare si deve anche precisare la effettiva portata del 3° comma dell’art. 1273, c.c. secondo il quale: *“Se non vi è liberazione del debitore, questi rimane obbligato in solido con il terzo”*. Infatti, secondo la disciplina generale delle obbligazioni solidali passive, il creditore potrebbe rivolgersi al debitore originario o all’accollante a sua scelta ed esigere così l’adempimento totale da parte dell’uno o dell’altro. E’ stato tuttavia evidenziato che effetto dell’adesione del creditore è quello di rendere applicabile in via *“[...] analogica la regola della delegazione che degrada l’obbligazione del delegante ad obbligazione sussidiaria (pur se solidale)”*⁵⁰.

La Cassazione ha evidenziato che: *“L’accollo esterno è liberatorio, se il creditore, manifestando la propria adesione, dichiara di liberare l’accollato, e cumulativo nel caso opposto; con la conseguenza che nel primo caso l’obbligazione si trasferisce all’accollante e nel secondo rimane anche a carico dell’accollato”*⁵¹.

E’ inoltre da notare che il Legislatore prevede due distinte modalità attraverso le quali si può addivenire alla liberazione del debitore originario:

- la prima si verifica quando la liberazione costituisce condizione espressa della stipulazione – con ciò intendendosi che accollato e accollante abbiano previsto nell’accollo, con una semplice clausola espressa, che il debitore originario sia liberato – e il creditore aderisca⁵²;
- la seconda quando, indipendentemente da quanto pattuito tra accollato e accollante – e quindi anche in un momento ampiamente successivo al perfezionamento dell’accollo – il creditore accollatario dichiara espressamente di liberare il debitore originario.

La volontà del creditore di liberare il debitore originario⁵³ potrà manifestarsi successivamente all’adesione e persino indipendentemente da

⁴⁹ G. F. CAMPOBASSO, alla voce *Accollo* cit.

⁵⁰ Così C. M. BIANCA, *Diritto civile* cit., p. 683.

⁵¹ Cass. sez. lav. 11 aprile 2000, n. 4604, citata in Cass. sez. III civ., 24 maggio 2004, n. 9982.

⁵² P. RESCIGNO, alla voce *Accollo* cit., ha evidenziato che: *“Se i contraenti hanno posto come condizione la liberazione, il creditore che voglia invece conservare il vecchio debitore non può modificare i termini dell’accollo. Il creditore può respingere l’accollo: conserverà il primo obbligato, ma non acquisterà la garanzia offerta dall’assuntore”*.

⁵³ G. F. CAMPOBASSO, alla voce *Accollo* cit., secondo il quale: *“[...] è necessaria una distinta dichiarazione espressa del creditore, cioè una manifestazione di volontà univoca e precisa di rinunciare alla pretesa nei confronti del debitore originario”*.

quanto stabilito tra accollante e accollato, ossia anche in seguito ad un accollo cumulativo.

In considerazione di quanto sopra, sembra potersi affermare che la definizione di “accollo liberatorio” dovrebbe essere utilizzata in senso stretto soltanto con riferimento alla fattispecie di “accollo liberatorio per condizione espressa della stipulazione”, ossia in relazione a quel tipo di accollo nel quale la liberazione del debitore originario è voluta dalle parti del contratto di accollo ma è subordinata alla (mera) adesione del creditore. Viceversa non dovrebbe parlarsi di “accollo liberatorio” – ma forse più propriamente di “liberazione del debitore originario” – quando la liberazione promani da una autonoma decisione del creditore – conseguente a un accollo cumulativo (ossia, non espressamente condizionato alla liberazione del debitore originario), cui abbia fatto seguito una specifica richiesta di liberazione da parte del debitore accollato – formalizzata in una “dichiarazione espressa” del creditore medesimo⁵⁴.

E’ infatti vero che in entrambe le fattispecie si produrrà il risultato della liberazione del debitore originario ma, come si dirà in seguito, le due modalità diverse di liberazione potrebbero anche determinare l’applicazione di due diverse discipline⁵⁵.

E’ interessante notare che:

- da una parte, nell’accollo liberatorio il Legislatore non si preoccupa di illustrare le conseguenze della “liberazione”, (ma lo stesso deve dirsi anche per il caso di “liberazione del debitore originario”), quasi dando per già note e presupposte le conseguenze della “liberazione” stessa;
- dall’altra, l’accollo cumulativo viene definito indirettamente stabilendosi – con il terzo comma dell’art. 1273, c.c. – che se non vi è liberazione del debitore originario questi rimane obbligato in solido con il terzo.

Sembra pertanto opportuno provare a chiarire cosa sia la “liberazione” del debitore originario, stante la mancanza di una definizione normativa.

8. La liberazione del debitore originario ...

E’ da notare che anche il termine “liberazione”, come già sopra detto per il termine “accollo”, viene talvolta usato in senso *economico* e non giuridico, con l’intento di porre in evidenza sempre il medesimo risultato finale dell’assunzione del debito altrui e finendo – in sostanza – per far coincidere il concetto di liberazione con quello comune di accollo⁵⁶.

⁵⁴ C. M. BIANCA, *Diritto civile* cit., p. 683, nota 34, evidenzia che tale “dichiarazione espressa” del creditore “[...] è recettizia ed è suscettibile di rifiuto da parte del debitore [...]”.

⁵⁵ C. M. BIANCA, *Diritto civile* cit. p. 679, precisa che la normativa del nostro codice prevede unitariamente l’accollo cumulativo e liberatorio.

⁵⁶ Ad esempio, la regola enunciata dall’art. 1235, c.c. sotto la rubrica “Novazione soggettiva”: “Quando un nuovo debitore è sostituito a quello originario che viene liberato si osservano le norme contenute nel capo VI di questo titolo”, sembra utilizzare

La Dottrina prevalente riconduce il fenomeno della liberazione alla remissione del debito (artt. 1236 e 1301, c.c.)⁵⁷, mentre può forse essere opportuno precisare che essa si distingue dalla rinuncia alla solidarietà (art. 1311, c.c.), come disciplinata in materia di obbligazioni in solido.

Sembra pertanto che la “liberazione” del debitore originario consista in un fenomeno complesso comunque riconducibile – in ultima analisi - alla volontà del creditore⁵⁸ espressamente manifestata⁵⁹. La dichiarazione di

impropriamente il concetto di liberazione, atteso che poi, le norme in materia di delegazione, espromissione e accollo, distinguono sempre tra fattispecie di assunzione cumulativa e fattispecie di assunzione liberatoria. Anche RESCIGNO sembra aver usato il termine “liberazione” in senso economico, laddove ha scritto: “*In ogni caso, l’obbligo del terzo, nell’accollo semplice, consiste in un fare, e cioè nel procurare la liberazione al debitore originario*” (*Studi sull’accollo* cit., p. 37); ugualmente, R. CICALA, voce *Accollo* cit., laddove “*Con l’accollo interno l’accollante può assumere genericamente l’obbligo di procurare al debitore la liberazione [...]*”.

⁵⁷ GIOVANNI GIACOBBE, in *Della delegazione, dell’espromissione e dell’accollo* cit., p. 107, in relazione alla liberazione non connessa all’accollo liberatorio per condizione espressa della stipulazione. L. RAGAZZINI, *Liberazione “tacita” del debitore originario nell’accollo; in particolare: dell’alienante nella assunzione di debito da mutuo ipotecario connessa all’acquisto di immobile*, in *Riv. Not.*, 1992, p. 535 e ss., secondo il quale: “*Risulta allora assai più convincente, proprio perché la dichiarazione liberatoria è finalizzata al solo venir meno dell’obbligo dell’accollato (e non alla dismissione del credito, che permane verso l’accollante), ricondurre la dichiarazione medesima all’istituto della remissione del debito (artt. 1236-1240 c.c.)*”.

⁵⁸ GIOVANNI GIACOBBE, in *Della delegazione, dell’espromissione e dell’accollo* cit., p. 105: “*Si è detto che la liberazione del debitore è una conseguenza solo eventuale dell’assunzione del debito da parte del terzo. Ciò è dimostrato dal particolare rigore che la legge impone nel prevedere le modalità della predetta liberazione, consistente in una espressa manifestazione di volontà del creditore stesso*”.

⁵⁹ GIOVANNI GIACOBBE, in *Della delegazione, dell’espromissione e dell’accollo* cit., p. 106, afferma che: “*Non si dubita, specie in giurisprudenza, che la predetta dichiarazione non possa essere desunta dal comportamento tacito del creditore, pur non essendo necessarie particolari formule sacramentali*” e menziona Cass., 21 agosto 1985, n. 4469, secondo la quale: “*Nell’accollo la liberazione dell’accollato postula l’adesione dell’accollatario ad una convenzione in cui essa sia espressamente prevista ovvero un’espressa dichiarazione in tal senso dell’accollatario medesimo, e non può pertanto essere desunta da un comportamento tacito di questi*”. L. RAGAZZINI, *Liberazione “tacita” del debitore originario* cit., in relazione alla medesima sentenza ha evidenziato che: “[...] il comportamento tacito, proprio perché “tacito”, è privo di qualsiasi significato [...] Esso, [...] non solo non equivale a una manifestazione di volontà quale che sia: in quanto “tacito”, è del tutto inespressivo. Ma allora, se, come pare indiscutibile, è questo il significato dell’assunto giurisprudenziale ora riferito, deve convenirsi che esso non nega affatto la possibilità di comportamenti concludenti del creditore, dai quali desumere l’effetto liberatorio per l’accollato. E ciò è tanto vero che nella motivazione della sentenza è chiaramente avvertita la distinzione tra comportamento tacito, e comportamento concludente: solo che quest’ultimo, a giudizio della Corte, non è ravvisabile nella condotta (tacita) della parte che lo allega”. Ad onor del vero, dopo la pubblicazione del contributo di L. RAGAZZINI, la Corte di Cassazione ebbe ad affermare, con sent. 19 novembre 1994, n. 9835, che: “[...] in fattispecie di modificazioni nel lato passivo del rapporto obbligatorio, la liberazione del debitore originario deve risultare o da una dichiarazione espressa del creditore, ovvero da un suo contegno concludente univocamente diretto a tale risultato [...]”; tuttavia la medesima Corte, con sent. 24 giugno 2009, n. 14780, decidendo un ricorso

liberazione fatta dal creditore al debitore è recettizia e suscettibile di rifiuto da parte del debitore stesso⁶⁰, ma non nel caso di accollo liberatorio per condizione espressa della stipulazione⁶¹.

Da ciò deriva che neanche l'adesione del creditore può essere univocamente considerata in quanto essa si configura quale negozio idoneo a generare effetti diversi a seconda che l'accollo sia liberatorio per condizione espressa della stipulazione, oppure sia cumulativo.

In relazione ad un accollo cumulativo, l'adesione del creditore produrrà l'effetto di rendere irrevocabile la stipulazione a suo favore, ossia di estinguere lo *jus poenitendi* del debitore originario⁶²; e inoltre determinerà il subentro dell'accollante accanto al debitore originario, il quale resterà obbligato nei confronti del creditore, sia pure in forma attenuata (vedremo in seguito la esatta portata della solidarietà nel caso di accollo cumulativo), il che equivale a dire che l'obbligazione si trasferisce dall'accollato all'accollante, con la nascita di una obbligazione in solido tra i due, con le caratteristiche di seguito esposte.

In relazione ad un accollo liberatorio per condizione espressa della stipulazione, la volontà liberatoria del creditore si manifesterà semplicemente tramite l'adesione, che produrrà – oltre all'effetto di rendere irrevocabile la stipulazione a suo favore - anche il trasferimento dell'obbligazione dall'accollato all'accollante con la completa sostituzione di un debitore ad un altro, essendo in questo caso impedita la nascita di una obbligazione solidale tra i due.

Si potrebbe pertanto affermare che la liberazione del debitore originario si configuri diversamente, quanto agli effetti, a seconda che essa discenda da una dichiarazione espressa del creditore (nel caso dell'accollo cumulativo) o discenda dalla mera adesione del creditore stesso nel caso di

nel quale veniva invocato proprio il principio enunciato nella menzionata sent n. 9835/1994, ha precisato che: “[...] nella giurisprudenza di questa Corte, si è chiarito che “l’adesione del creditore alla convenzione d’accollo, intervenuta fra il debitore ed un terzo, non determina di per sé la liberazione del debitore accollato, essendo a tal fine necessaria, ai sensi dell’art. 1273 c.c., comma 2 un’espressa previsione o dichiarazione del creditore medesimo, restando altrimenti il debitore originario obbligato in solido con il terzo” (Cass., n. 9371 del 2006)”, precisando subito di seguito che, con la precedente sent. 24 gennaio 2002, n. 848 era già stato chiarito che: “[...] l’affermazione contenuta in Cass., n. 9835 del 1994, richiamata dal ricorrente, la quale, affermando che per la liberazione del debitore originario non è necessaria una dichiarazione scritta del creditore ma è sufficiente un contegno univocamente diretto a tale risultato, ha avuto riguardo a forme espressive diverse dalla dichiarazione scritta e non ha invece statuito che dalla dichiarazione espressa si possa prescindere”.

⁶⁰ C. M. BIANCA, *Diritto civile* cit., p. 683, nota 34.

⁶¹ GIOVANNI GIACOBBE, in *Della delegazione, dell’espromissione e dell’accollo* cit., p. 106: “Infatti, qualora la predetta liberazione sia stata posta dalle parti, quale condizione dell’adesione, il debitore non potrebbe opporvisi, costituendo il rifiuto una protestatio contro il fatto proprio”.

⁶² L. MASTROPASQUA, voce *Accollo* in *Il diritto Enciclopedia Giuridica del Sole 24 Ore*, vol. I, Milano, 2007, p. 81.

accollo liberatorio per condizione espressa della stipulazione; nel primo caso essa determinerà la degradazione di una obbligazione solidale (tra accollato e accollante), in una obbligazione unisoggettiva (del solo accollante), mentre nel secondo caso impedirà *ab origine* la nascita di una obbligazione solidale tra accollante e accollato⁶³.

In questa sede può essere interessante osservare che – come noto – in una convenzione di accollo, l'accollato potrebbe non essere necessariamente il “debitore originario”, perché un accollo potrebbe far seguito ad un precedente accollo con la conseguenza che l'odierno accollato sia stato a sua volta un accollante nel precedente accollo⁶⁴. Si dia quindi il caso di un accollo cumulativo tra Tizio (debitore originario) e Caio (accollante), cui faccia seguito un altro accollo cumulativo tra Sempronio (accollante) e Caio (questa volta nella veste di accollato); secondo quanto già detto, Sempronio diverrà l'obbligato principale, mentre Caio e Tizio saranno considerati obbligati in via sussidiaria. Laddove – a seguito del secondo accollo – il creditore intenda consentire la liberazione del debitore originario Tizio, *nulla quaestio*; Caio resterebbe obbligato, in via sussidiaria, unitamente al debitore principale Sempronio. Laddove invece il creditore intenda consentire la liberazione di entrambi gli obbligati in via sussidiaria Tizio e Caio, nuovamente nessun problema sembrerebbe profilarsi; ma laddove il creditore intenda liberare soltanto il primo accollante Caio, occorrerebbe domandarsi quali siano le conseguenze. Il debitore originario Tizio resterebbe obbligato in via sussidiaria unitamente a Sempronio (che non è il suo avente causa e potrebbe essere – come di norma è – un estraneo); dovrebbe altresì ritenersi che la liberazione di Caio (primo coobbligato in via sussidiaria) sia in qualche modo pregiudizievole a Tizio (secondo coobbligato in via sussidiaria. Sembrerebbe trattarsi di un riflesso della regola enunciata in materia di obbligazioni in solido dall'art. 1301, c.c., sulla quale si dirà anche *infra* (n. 23).

9. Segue: il terzo comma dell'art. 1274, cod. civ. ...

⁶³ P. LOCATELLI, *I problemi giuridici e operativi scaturenti dal frazionamento ipotecario nel Testo unico*, in *La nuova disciplina del credito fondiario*, Bancaria Editrice, 1997, p. 245, ha evidenziato che: “[...] nell'ipotesi di accollo liberatorio i contratti di mutuo che costituiscono titolo esecutivo per effetto dell'art. 474 c.p.c. nei confronti del mutuatario in quanto debitore di “obbligazioni di somme di danaro”, potrebbero non esplicare la loro efficacia di titolo esecutivo, necessaria per l'inizio dell'esecuzione forzata nei confronti dell'accollante che non è parte del contratto di mutuo e, in quanto tale, non ha la qualità di legittimato passivo all'esecuzione. In tale evenienza, qualora la banca volesse attivare l'azione esecutiva nei confronti dell'accollante, avendo liberato il debitore originario, sarebbe necessaria l'acquisizione di decreto ingiuntivo con notevole dispendio di tempo e di denaro”.

⁶⁴ C. M. BIANCA, *Diritto civile cit.*, p. 675, precisa che: “Il debito già assunto dal nuovo debitore può essere assunto da un ulteriore debitore. Si ha in tal caso la figura del riaccollo”. E' stata altresì utilizzata da P. RESCIGNO (*Studi sull'accollo cit.*, p. 216) la definizione di “catena di accolli successivi”.

L'art. 1274, c.c., sistematicamente collocato dopo gli articoli che disciplinano gli istituti della delegazione, dell'espromissione e dell'accollo, contiene - nei primi due commi - previsioni espressamente riferite alla delegazione, ma il terzo comma stabilisce che - in determinate circostanze - le previsioni dei primi due commi si applicano anche all'accollo⁶⁵.

In particolare - secondo quanto precisato dal terzo comma - le previsioni di tale articolo sono applicabili nel caso di acollo liberatorio per condizione espressa della stipulazione, cui abbia fatto seguito la adesione del creditore, con la conseguente liberazione del debitore originario.

In tale fattispecie, l'art. 1274, c.c., stabilisce - da una parte - che nel caso di insolvenza dell'accollante, il creditore non ha azione contro il debitore originario "*salvo che ne abbia fatto espressa riserva*" (comma 1); dell'altra che se l'accollante: "*era insolvente al tempo in cui assunse il debito in confronto del creditore, il debitore originario non è liberato*" (comma 2).

La previsione normativa in questione sembra confermare che la liberazione del debitore originario sarebbe assoggettata a due discipline diverse a seconda che essa discenda da una dichiarazione espressa del creditore (conseguente a un acollo cumulativo), o discenda dalla mera adesione del creditore nel caso di acollo liberatorio per condizione espressa della stipulazione; nel primo caso il rischio dell'insolvenza dell'accollante resta interamente a carico del creditore⁶⁶, nel secondo il creditore potrebbe aderire all'accollo, determinando così la liberazione del debitore originario, ma potrebbe fare espressa riserva di agire contro il debitore originario per il caso di insolvenza dell'accollante.

L'adesione del creditore a un acollo liberatorio per condizione espressa della stipulazione determinerebbe così il solo effetto di rendere irrevocabile la stipulazione a suo favore, perché - facendo la riserva prevista dal primo comma dell'art. 1274, c.c. - il creditore potrebbe derogare al disposto dell'art. 1273, comma 2, c.c. (secondo il quale: "*L'adesione del creditore importa liberazione del debitore originario solo se ciò costituisce condizione espressa della stipulazione [...]* ") impedendo così la

⁶⁵ L'articolo in commento, rubricato "*Insolvenza del nuovo debitore*" recita infatti: "*Il creditore che, in seguito a delegazione, ha liberato il debitore originario, non ha azione contro di lui se il delegato diviene insolvente, salvo che ne abbia fatto espressa riserva. Tuttavia, se il delegato era insolvente al tempo in cui assunse il debito in confronto del creditore, il debitore originario non è liberato. Le medesime disposizioni di osservano quando il creditore ha aderito all'accollo stipulato a suo favore e la liberazione del debitore originario era condizione espressa della stipulazione*".

⁶⁶ DANIELA GIACOBBE, in *Della delegazione, dell'espromissione e dell'accollo*, Commentario del codice civile Scialoja-Branca, 1992, Zanichelli - Soc. Ed. del Foro Italiano, p. 117, evidenzia che: "*Di regola, dunque, nell'accollo liberatorio il rischio dell'insolvenza del nuovo debitore ricade sul creditore, il quale "spontaneamente" ha liberato il debitore originario*". P. RESCIGNO alla voce *Accollo* cit., ha evidenziato che: "*Qualche difficoltà d'interpretazione presenta la norma dell'art. 1274, [...] Sembra quindi preclusa al creditore la possibilità di liberare, nel caso di stipulazione incondizionata, con espressa riserva dell'azione contro il debitore originario*".

conseguente liberazione del debitore originario, il quale assumerebbe la qualità di fideiussore dell'accollante⁶⁷.

A chi scrive, tuttavia, l'esatta portata di tale apparato normativo non appare del tutto intellegibile: il creditore non sembra avere la facoltà di "degradare" un accollo liberatorio per condizione espressa della stipulazione al rango di un accollo cumulativo; secondo quanto sin qui detto, infatti, l'unica facoltà accordata al creditore sarebbe quella di non aderire all'accollo.

10. Segue: e l'art. 1275, cod. civ.

A questo punto deve darsi conto della presenza, nel nostro Ordinamento, di una norma, peraltro spesso sottaciuta dagli stessi operatori del diritto, sulla cui portata occorre fare qualche riflessione. Sotto la rubrica "*Estinzione delle garanzie*", l'art. 1275, c.c., enuncia infatti che: "*In tutti i casi nei quali il creditore libera il debitore originario, si estinguono le garanzie annesse al credito, se colui che le ha prestate non consente espressamente a mantenerle*"⁶⁸.

Una applicazione pedissequa del tenore letterale della norma condurrebbe all'estinzione di tutte le garanzie (personali e reali) da chiunque prestate⁶⁹.

⁶⁷ DANIELA GIACOBBE, in *Della delegazione, dell'espromissione e dell'accollo* cit., p. 120, ha evidenziato che: "*Sorge, pertanto, il problema di stabilire l'esatta natura di tale responsabilità, essendo certo, da un lato, che si tratta di obbligazione di contenuto analogo a quella precedentemente estinta; dall'altro, che proprio a causa di tale estinzione sembrerebbe non potersi più parlare della medesima obbligazione. [...] la responsabilità del debitore originario sarebbe fondata su un titolo nuovo, e precisamente su un rapporto di garanzia che verrebbe ad instaurarsi tra creditore e debitore. In particolare, il nuovo rapporto andrebbe qualificato come fideiussione*".

⁶⁸ Non può sfuggire la apparente somiglianza con altra norma enunciata in tema di novazione oggettiva dall'art. 1232, sotto la rubrica "Privilegi, pegno e ipoteche", secondo la quale: "*I privilegi, il pegno e le ipoteche del credito originario si estinguono, se le parti non convengono espressamente di mantenerli per il nuovo credito*"; DANIELA GIACOBBE, in *Della delegazione, dell'espromissione e dell'accollo* cit., p. 122, evidenzia che: "*La soluzione accolta, per l'ipotesi di assunzione di un debito altrui, è coerente con quella seguita dal codice vigente, in materia di novazione*". In effetti, in entrambe le fattispecie è evidente la possibilità di una convenzione che, essendo espressamente rivolta al mantenimento delle garanzie, eviti l'effetto estintivo; a chi scrive tuttavia non è chiaro perché l'art. 1232, c.c., si riferisca espressamente a "*privilegi, pegno e ipoteche*" (con la conseguenza di lasciare salve le garanzie personali), mentre l'art. 1275, c.c., si riferisce genericamente alle "*garanzie*" (tutte, quindi senza distinzione, ad esempio, tra quelle reali e quelle personali).

⁶⁹ DANIELA GIACOBBE, in *Della delegazione, dell'espromissione e dell'accollo*, cit., p. 121, evidenzia che: "*Secondo la dottrina dominante, la norma in esame trova applicazione sia nell'ipotesi in cui le garanzie vengano prestate dal debitore originario, che nel caso in cui ciò sia opera di un terzo. La ratio della disposizione, nel primo caso, va ravvisata nella circostanza che, liberato il debitore originario, la garanzia prestata potrebbe persistere solo come garanzia di un debito altrui, per cui è necessario il consenso del garante. Nel secondo caso, si pone un problema di tutela del terzo, che, dato l'intuitus personae nei*

Secondo una ormai piuttosto risalente pronuncia della Suprema Corte⁷⁰, il disposto dell'art. 1275, c.c., deve essere interpretato in modo letterale, con la conseguenza che – in caso di liberazione del debitore originario e in mancanza di una espressa volontà in senso contrario da parte del garante – le garanzie annesse al credito si estinguono.

Nella relazione ministeriale al codice civile⁷¹, n. 584, si trova precisato che: *“Ora, per quanto riguarda il problema delle garanzie, non è dubbio, se si prescinda da dannosi apriorismi, che la soluzione debba essere uniforme, comunque si voglia giuridicamente qualificare il fenomeno della liberazione del debitore originario con sostituzione di un nuovo debitore. Tale soluzione non può che essere quella accolta dall'art. 1275, il quale dispone l'estinzione delle garanzie nei casi in cui che le ha costituite (debitore originario o terzo) non consenta a mantenerle. Infatti, quando il creditore accetta un nuovo debitore e libera l'antico, non si può costringere questo (se abbia prestato una specifica garanzia) e tanto meno un terzo (fideiussore, terzo datore d'ipoteca o di pegno), a rispondere per il nuovo debitore. Anche se la sostituzione di un debitore a un altro si presenti come successione nel debito, una soluzione diversa del problema delle garanzie ripugna ad elementari esigenze pratiche”*.

Certa Dottrina ha posto in evidenza che una applicazione letterale condurrebbe a conseguenze illogiche nel caso (che poi sarebbe quello più ricorrente), in cui la garanzia sia stata a suo tempo prestata dallo stesso debitore originario, poi liberato.

In effetti l'applicazione pedissequa della norma alla fattispecie in concreto più frequente sembra condurre a un risultato aberrante: Tizio aveva contratto un mutuo con la banca Alfa concedendo ipoteca su un suo bene e successivamente ha venduto il detto bene a Sempronio che si è accollato il residuo debito; ove la Banca liberasse Tizio, l'ipoteca da questi concessa – secondo il disposto normativo – si dovrebbe estinguere, salvo che Tizio stesso non consenta espressamente di mantenerla.

Una parte della Dottrina concorda pertanto nel ritenere che la norma – così come formulata – sarebbe rivolta a disciplinare soltanto la sorte delle garanzie concesse da terzi, non riguardando le garanzie concesse dal debitore originario/accollato⁷².

La *ratio legis* sembrerebbe allora quella di tutelare quei soggetti terzi che, a suo tempo, avevano prestato garanzia in favore del debitore originario. Si pensi al caso di Tizio che ha ottenuto un finanziamento dalla banca facendosi prestare garanzia personale da Caio. Nel momento in cui

confronti del precedente debitore, può non essere d'accordo a mantenere le garanzie prestate, a favore di un soggetto diverso”.

⁷⁰ Cass. 23 ottobre 1965, n. 2224.

⁷¹ Relazione alla Maestà del Re Imperatore del Ministro Guardasigilli, in G.U. n. 79-bis del 4 aprile 1942.

⁷² Aderisce a tale concezione U. LA PORTA, *Le modificazioni soggettive* cit. V. anche P. LOCATELLI, *I problemi giuridici e operativi* cit., p. 245.

Sempronio si accollasse il debito di Tizio e quest'ultimo ottenesse la liberazione da parte della banca, Caio resterebbe garante di Sempronio. L'Ordinamento, per tutelare l'interesse di Caio a non essere tenuto responsabile per l'obbligazione che ora è assunta da Sempronio, stabilisce appunto l'estinzione della garanzia, salvo il consenso di Caio al mantenimento⁷³.

All'interpretazione del dato normativo nel senso appena delineato, non sembra tuttavia giovare quanto stabilito dal successivo art. 1276, c.c., certamente applicabile anche all'accollo, il quale recita: *“Se l'obbligazione assunta dal nuovo debitore verso il creditore è dichiarata nulla o annullata, e il creditore aveva liberato il debitore originario, l'obbligazione di questo rivive, ma il creditore non può valersi delle garanzie prestate da terzi”*. Scriveva infatti Rescigno: *“Dall'art. 1276 sembra risultar questo: l'annullamento della nuova obbligazione fa rivivere il debito originario, ma col debito non riprendono vigore le garanzie prestate dai terzi; il creditore può però valersi (l'argomento a contrario parrebbe senza dubbio legittimo) delle garanzie costituite dal debitore liberato; l'attribuzione del diritto di valersi nuovamente delle garanzie significa che, assieme al debito, si erano estinte anche le garanzie costituite dal debitore. Il ragionamento può sembrare ineccepibile, ma, non ostante qualche perplessità, non mi sento di sottoscriverlo”*⁷⁴.

Tutti concordano però nel ritenere che la norma enunciata dall'art. 1275, c.c., sia destinata a trovare applicazione al caso in cui le garanzie siano state concesse da terzi.

Ciò premesso, nell'operatività della banca – con riferimento alla garanzia ipotecaria – possono verificarsi quantomeno le seguenti ipotesi:

- 1) l'ipoteca venne concessa dal mutuatario, contestualmente alla erogazione del mutuo, su bene che era di proprietà del mutuatario stesso (e questa è certamente l'ipotesi più frequente);
- 2) l'ipoteca venne concessa da un terzo su un bene che poi – in un momento successivo – è divenuto di proprietà del mutuatario;
- 3) l'ipoteca venne concessa da un terzo su un bene che era, ed è rimasto, di proprietà del terzo.

⁷³ La fattispecie sarebbe più complessa laddove Caio – anziché una garanzia personale – avesse concesso una garanzia reale, ad es. l'ipoteca su un bene immobile di sua proprietà. In tal caso si dovrebbe ipotizzare che il debito di Tizio sia accollato da Sempronio, ma ferma restando la proprietà del bene cauzionale in capo a Caio; ma la prassi offre tuttavia l'opportunità di esaminare anche ipotesi più complesse. Nell'esempio appena accennato – del mutuo assunto da Tizio con garanzia iscritta su immobile di Caio – potrebbe pure aversi la vendita del bene – da Caio a Sempronio – corredata da un accollo del debito di Tizio da parte di Sempronio. A parte i profili critici che sembrano presentarsi nel regolamento degli interessi tra Tizio, Caio e Sempronio e le conseguenti difficoltà di redazione del negozio, nei casi predetti la liberazione del debitore originario Tizio dovrebbe ugualmente condurre all'estinzione della garanzia, fatto naturalmente salvo il patto di mantenimento.

⁷⁴ P. RESCIGNO, *Studi sull'accollo* cit., p. 129.

Si tenterà di seguito di fornire qualche spunto di riflessione in ordine alla concreta portata e rilevanza della norma in commento nelle tre ipotesi prospettate, per il caso in cui – a seguito dell’accollo – si voglia addivenire alla liberazione del debitore originario.

Con riferimento alla prima ipotesi, che come detto è certamente quella più frequente, la Dottrina ha messo in evidenza che la norma dell’art. 1275 c.c., non risulterebbe applicabile⁷⁵.

In effetti non può sfuggire che – essendovi coincidenza tra il soggetto che aveva concesso la garanzia reale e il soggetto che ottiene la liberazione da parte del creditore – si determinerebbe una situazione piuttosto surreale nella quale il venditore del bene immobile (mutuatario/debitore originario/accolato che viene liberato), dovrebbe consentire – espressamente e contestualmente alla vendita – il mantenimento della garanzia ipotecaria, che continuerebbe in tal modo a garantire il debito assunto dall’acquirente/accolante nei confronti del creditore. In mancanza di tale “patto di mantenimento” della garanzia ipotecaria, questa si estinguerrebbe, con la conseguenza – certamente paradossale – che la banca avrebbe: (i) liberato il debitore originario; e (ii) avrebbe perso la garanzia ipotecaria iscritta sull’immobile, con la ulteriore conseguenza di poter agire soltanto in via chirografaria e soltanto nei confronti dell’accolante.

La Dottrina ritiene quindi che – quando la garanzia sia stata a suo tempo concessa dal debitore medesimo – questi possa essere liberato senza rischi per la sopravvivenza della garanzia ipotecaria. E’ stato precisato che: *“S’è già detto che le garanzie reali costituite dal debitore originario permangono senza bisogno di consenso; e che persistono, senza necessità di espressa dichiarazione le garanzie costituite in passato dall’accolante”*⁷⁶.

E’ stato altresì precisato che questo eventuale consenso del garante al mantenimento della garanzia potrebbe essere espresso soltanto contestualmente all’accollo perché, dopo la liberazione del debitore, cui

⁷⁵ Da un diverso angolo visuale: *“Per il terzo che ha prestato garanzia non è indifferente che debitore sia un soggetto o piuttosto un altro, e perciò gli dev’essere consentito di non mantenere le garanzie quando il nuovo debitore non suscita il suo affidamento. Questa tutela non può essere accordata al debitore, che ha preso (almeno nella delegazione e nell’accollo) l’iniziativa di sostituire a sé, nel rapporto obbligatorio, un altro soggetto. Il debitore non può, nell’atto stesso in cui trasferisce (col consenso del creditore) il debito al terzo, manifestare la sua sfiducia nella solvibilità del terzo. Quel principio di responsabilità, che giustifica l’azione contro il debitore liberato nel caso d’insolvenza del nuovo debitore al momento dell’assunzione, e che fa rivivere il debito originario se cade la nuova obbligazione, permette di concludere nel senso che la stipulazione dell’accollo importa il consenso espresso del debitore al mantenimento delle garanzie che egli prestò”*, così P. RESCIGNO, *Studi sull’accollo* cit., p. 130. Da ultimo anche A. MORANO e M. CHIAIA, *Problemi critici dell’accollo di credito fondiario e riflessi nel bilancio d’esercizio dell’impresa costruttrice*, Riv. Not., 2005, I, 1, citando P. RESCIGNO, propendono per l’inapplicabilità dell’art. 1275, c.c. al caso in cui la garanzia sia stata prestata dal debitore originario.

⁷⁶ P. RESCIGNO, *Studi sull’accollo* cit., p. 162.

conseguendo l'estinzione della garanzia, questa non potrebbe – a rigore – essere confermata, ma potrebbe, eventualmente, essere (soltanto) nuovamente concessa⁷⁷.

Nella ipotesi in esame – di vendita del bene da parte del debitore originario/garante – il venditore stesso, pur volendolo, non potrebbe consentire il mantenimento della garanzia in un momento successivo alla vendita, non essendo più proprietario del bene. Da ciò potrebbe allora inferirsi che un tale consenso al mantenimento della garanzia potrebbe essere efficacemente espresso soltanto nel caso di “liberazione che costituisce condizione espressa della stipulazione” e soltanto nella stessa convenzione di accollo (o comunque prima della adesione del creditore) e non nel caso in cui la liberazione intervenga successivamente ad un accollo cumulativo, per effetto di una dichiarazione espressa del creditore conseguente a una richiesta in tal senso del debitore originario. In tale ipotesi è altresì evidente che un eventuale consenso al mantenimento della garanzia espresso dall'accollante, ormai divenuto proprietario del bene, sembrerebbe esulare dalla previsione dell'art. 1275, c.c., non essendo questi “*colui che*” aveva a suo tempo prestato la garanzia. In effetti sembra che in tale ipotesi l'accollante non possa esprimere un consenso al mantenimento, potendo soltanto consentire una nuova iscrizione a suo carico⁷⁸.

Con riferimento alla seconda ipotesi, nella quale l'ipoteca era stata concessa da un terzo su un bene che successivamente è divenuto di proprietà del mutuatario – ipotesi decisamente meno frequente, ma pur sempre riscontrabile nella pratica⁷⁹ – il venditore del bene immobile (mutuatario/debitore originario/accollato che viene liberato), non potrebbe consentire il mantenimento della garanzia ipotecaria, non essendo questi il soggetto che – a suo tempo – aveva prestato la garanzia. Non si vede tuttavia a quale titolo l'originario terzo datore d'ipoteca (ossia il soggetto

⁷⁷ P. RESCIGNO, *Studi sull'accollo* cit. p. 163: “*Il consenso dev'essere prestato prima dell'adesione del creditore; se viene espresso successivamente all'adesione del creditore, si ha costituzione di una nuova garanzia, non il mantenimento dell'antica. Di norma, sarà prestato all'atto della stipulazione tra debitore e terzo o in un momento posteriore all'accordo, ma il consenso al mantenimento della garanzia può essere dato anche prima che la convenzione tra debitore e terzo venga stipulata*”.

⁷⁸ A. MORANO E M. CHIAIA, *Problemi critici dell'accollo* cit., ritengono tuttavia che: “[...], nel caso in cui l'atto di liberazione intervenga in epoca successiva al perfezionamento dei contratti di vendita, titolari dei beni oggetto della garanzia divengono gli acquirenti e l'iscrizione ipotecaria, suddivisa per quote corrispondenti ai lotti di proprietà, è posta ad esclusivo carico degli stessi. Per questo fatto, gli acquirenti finali devono essere considerati gli unici soggetti che prestano la garanzia a favore della banca finanziatrice e la disposizione contenuta nell'art. 1275 c.c. potrebbe trovare applicazione solamente con riferimento a questi soggetti. Ne consegue che la liberazione successivamente concessa dall'istituto di credito nei confronti dell'impresa edile (soggetto terzo e, quindi, diverso da colui che presta la garanzia reale) non può provocare la temuta estinzione delle garanzie ricevute”.

⁷⁹ Cfr. C. M. TARDIVO E M. VENTOLA, *Il credito fondiario ed edilizio nella legislazione vigente*, Bancaria Editrice, Roma, 1987, p. 53.

evocato dall'art. 1275, c.c.), potrebbe intervenire per mantenere la detta garanzia, non essendo più titolare di un diritto reale sul bene ipotecato.

Con riferimento alla terza ipotesi – nella quale l'ipoteca venne concessa da un terzo su un bene che era, ed è rimasto, di proprietà del terzo – nel caso di accollo con liberazione del debitore originario si assisterebbe senz'altro all'estinzione delle garanzie, fatto salvo il patto di mantenimento. Da evidenziare tuttavia che in tale ipotesi l'accollante potrebbe anche essere il terzo che inizialmente aveva concesso la garanzia ipotecaria, nel qual caso l'estinzione della garanzia tornerebbe ad essere – come già sopra evidenziato – una conseguenza aberrante della norma.

Da un punto di vista concreto può essere interessante rilevare che – sebbene la fattispecie dell'accollo liberatorio per condizione espressa della stipulazione, relativo ad una operazione di finanziamento in cui le garanzie siano state prestate da terzi, non possa certamente ritenersi frequente, essa si è tuttavia talvolta presentata e – nell'esperienza di chi scrive mai è capitato di riscontrare una tecnica redazionale comprensiva anche del patto di mantenimento delle garanzie; tale atteggiamento “omissivo” sembrerebbe costituire un indicatore della scarsa considerazione data dagli operatori del diritto al problema.

Del resto, occorre a questo punto evidenziare che non è affatto chiaro in quale modo il “patto di mantenimento” della garanzia (ipotecaria) possa essere perfezionato; potrebbe infatti argomentarsi circa l'opportunità – o forse anche la necessità – che tale patto sia annotato a margine dell'iscrizione; in tal caso richiederebbe allora la forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata; oppure, se possa risultare anche da una (mera) scrittura privata idonea per sua natura a dare luogo a pubblicità immobiliare⁸⁰.

E' per certi versi sorprendente che una conseguenza tanto perniciosa per il creditore – quale l'estinzione delle garanzie – inequivocabilmente risultante dal tenore letterale della legge (“*In tutti i casi nei quali il creditore libera il debitore originario [...]*”) e apparentemente applicabile ad una fattispecie così ricorrente nella prassi quale quella in commento – possa essere (o debba essere) smentita soltanto mediante una qualche attività interpretativa.

Come già evidenziato infatti, il tenore letterale della norma, la Relazione al Codice civile, la Giurisprudenza, si pongono in antinomia con quanto ritenuto dall'elaborazione dottrinale, sebbene sia stato evidenziato che il Legislatore avrebbe espressamente disciplinato solo l'accollo con efficacia

⁸⁰ A. MORANO E M. CHIAIA, *Problemi critici dell'accollo* cit., riferiscono che: “*Le sentenze, sia di legittimità che di merito, non richiedono, peraltro, formule sacramentali per l'espressione di tale consenso e, sotto il profilo probatorio, non ritengono indispensabile la prova scritta*”, con riferimento a Cass. n. 3209/1954; Cass. n. 1455/1967; Cass. n. 486/1966; App. Trento, 24 gennaio 1969.

esterna perché si è avuto particolare riguardo all'accollo di debito garantito con ipoteca all'atto della vendita dell'immobile⁸¹.

La più ricorrente applicazione concreta dell'istituto dell'accollo – ancorché enunciato dalla norma quale fattispecie “astratta”, concettualmente idonea a essere impiegata in molteplici fattispecie “concrete” – è effetti quella di patto accessorio idoneo a regolare le modalità di corresponsione del prezzo nella vendita del bene immobile gravato da ipoteca concessa a garanzia di un mutuo; a chi scrive sembra tuttavia evidente che la previsione di cui all'art. 1275, c.c. – chiarissima nella sua laconicità – non tenga conto di quanto appena detto e sia purtroppo assolutamente distante dalla odierna realtà dei commerci.

Sarebbe pertanto decisamente auspicabile una revisione della norma, da una parte al fine di renderla maggiormente intellegibile, dall'altra al fine di escludere l'estinzione delle garanzie – quantomeno quelle reali concesse dal debitore originario - alla luce del preminente impiego che attualmente viene fatto del negozio di accollo⁸².

La fattispecie appare particolarmente delicata laddove la liberazione costituisca condizione espressa della stipulazione. Nel caso di accollo in cui la liberazione sia prevista come condizione espressa della stipulazione – puntualmente mancando un patto espresso di mantenimento della garanzia – la banca dovrebbe adottare un atteggiamento improntato a estrema cautela perché – secondo quanto attualmente noto – l'adesione del creditore determinerebbe senz'altro l'estinzione della garanzia, sia di quella concessa da soggetti terzi, sia di quella concessa dal debitore medesimo.

11. Accollo novativo e accollo privativo. Rinvio

Si deve dare cenno anche della distinzione, operata dalla Dottrina nell'ambito dell'accollo liberatorio: “[...] *fra accollo novativo che produce estinzione dell'obbligazione originaria e costituzione di una nuova obbligazione e accollo privativo che determina successione del nuovo debitore nell'obbligazione originaria*”⁸³.

E' stato evidenziato che: “*S'insegna comunemente che l'accollo liberatorio produce: a) novazione, cioè estinzione dell'obbligazione originaria e costituzione di una nuova obbligazione: accollo novativo (art.*

⁸¹ P RESCIGNO, alla voce *Accollo* cit.

⁸² A chi scrive non sembra condivisibile quanto espresso da A. MORANO E M. CHIAIA, *Problemi critici dell'accollo* cit., laddove riferiscono che: “*L'analisi fino ad ora condotta consente di sostenere che l'atteggiamento, assunto dagli istituti di credito nei confronti del debitore originario, non trova fondamento normativo negli artt. 1275 e 1232 c.c. e, di conseguenza, da un punto di vista giuridico, la banca ben potrebbe liberare l'impresa costruttrice dal debito originariamente assunto, senza per questo correre i paventati rischi*”. Nell'attuale assetto normativo, ampiamente analizzato dai predetti Autori tenendo conto dell'elaborazione della Dottrina e dei precedenti in Giurisprudenza, non sembra facilmente ipotizzabile che il creditore possa aderire ad una interpretazione così “restrittiva” della norma.

⁸³ G. F. CAMPOBASSO, alla voce *Accollo* cit.

1235); β) o successione del nuovo debitore nell'obbligazione originaria: accollo privativo (l'attributo è equivoco perché è anche riferibile e viene talvolta riferito all'accollo liberatorio in genere). La dominante dottrina ritiene che l'accollo liberatorio è novativo, cioè produce novazione, o privativo, cioè produce successione, secondo la volontà delle parti. Al riguardo si precisa che in mancanza di 'un'esplicita dichiarazione di volontà degli interessati di conservazione del rapporto preesistente con le sue caratteristiche, in particolare con le sue eccezioni per il debitore e le sue garanzie per il creditore', l'accollo liberatorio è novativo; viceversa, altri ritiene che 'con l'accollo la liberazione del precedente debitore si attua di regola mediante la successione particolare nel debito (accollo privativo)'. Per questi opposti indirizzi, dei quali si dirà più dettagliatamente in seguito, l'accollo, secondo la disciplina per esso dettata, produrrebbe senz'altro novazione o, rispettivamente, successione: la possibilità che il mutamento del debitore avvenga attraverso l'altro meccanismo, rispettivamente successione o novazione, viene presentata come una deviazione dall'efficacia tipica dell'accollo, ammissibile in base all'autonomia contrattuale"⁸⁴.

Secondo la relazione ministeriale⁸⁵, il Legislatore avrebbe perseguito l'intento di svuotare di rilievo pratico la distinzione: "583. - L'intervento di un nuovo debitore nel rapporto obbligatorio, che può portare al risultato pratico di liberare il debitore originario o di aumentare il numero dei debitori, aveva avuto nel codice del 1865 una disciplina solo a proposito della novazione soggettiva. Il codice del 1865 era partito sostanzialmente dal presupposto che la liberazione del debitore originario mediante la sostituzione di un nuovo debitore importasse estinzione del rapporto obbligatorio preesistente e creazione di un nuovo rapporto; [...]. Si discuteva inoltre se in ogni caso la liberazione del debitore originario importasse novazione ossia sostituzione di un rapporto ad un altro, ovvero potesse anche avere il significato di una pura modificazione soggettiva nel rapporto preesistente, che restasse per il resto immutato (c.d. successione nel debito). 584. - E' probabile che in astratto siano abbastanza netti i criteri differenziali tra la novazione soggettiva per mutamento del debitore e la successione nel debito; ma è certo che volere ricollegare determinate conseguenze giuridiche agli accordi destinati a produrre novazione e conseguenze diverse a quelli destinati, sempre in ipotesi, a produrre successione nel debito, sarebbe stato rendere un pessimo servizio alla pratica che in questa materia ha bisogno di un orientamento sicuro e possibilmente di facile comprensione. Basta pensare infatti che distinguere, nel caso concreto, se l'intento pratico delle parti possa considerarsi diretto

⁸⁴ R. CICALA, voce *Accollo* cit., p. 283-284. Secondo C. M. BIANCA, *Diritto civile* cit., p. 683, "L'accollo si dice privativo o liberatorio quando il debitore originario viene liberato dalla sua obbligazione".

⁸⁵ Relazione alla Maestà del Re Imperatore del Ministro Guardasigilli (in G.U. n. 79-bis del 4 aprile 1942), nn. 583 e 584.

alla novazione o alla successione nel debito, è quasi sempre assolutamente impossibile, non potendosi pretendere che i contraenti, normalmente ignari di cognizioni giuridiche, si rappresentino siffatte sottilissime distinzioni. Ne sarebbe allora derivato che il giudice, per individuare le norme da applicare, avrebbe dovuto sostituire, con evidente arbitrio, la sua pronuncia, solo apparentemente interpretativa, ad una inesistente intenzione delle parti. [...]”.

Dalla lettura dei citati brani della relazione emerge tuttavia chiaramente che l'intento del Relatore era – più che altro – quello di illustrare le modificazioni rispetto al codice precedente, modificazioni apportate per porre fine a precedenti dibattiti nell'ambito della disciplina dell'espromissione e della delegazione (l'accollo non era infatti menzionato dal precedente codice del 1865) e delle obbligazioni civili e commerciali. Secondo G. F. CAMPOBASSO, op. cit.: *“Non si condivide, d'altro canto, il dichiarato intento del legislatore di svuotare di rilievo pratico la distinzione (Relazione al c.c., n. 584), sebbene, in questa prospettiva, gli aspetti in passato considerati più significativi (regime delle eccezioni e sorte delle garanzie) ricevano oggi disciplina uniforme e svincolata dal ricorrere dell'effetto novativo o successorio. Si ritiene, infatti, che la distinzione conservi significato per la soluzione di una serie di problemi non considerati in sede legislativa, quali il termine di prescrizione dell'obbligazione dell'assuntore, ove il debito originario sia sottoposto a prescrizione breve, la sorte dei privilegi generali, il rispetto della clausola compromissoria. Problemi per i quali, si sostiene, la soluzione non potrebbe essere uniforme [...]”.*

Nel riferire che secondo la Dottrina: *“[...] è questione di interpretazione della volontà delle parti stabilire se l'accollo liberatorio sia novativo o privativo, tenendo presente, comunque, che le principali conseguenze, specie in materia di eccezioni opponibili, trovano puntuale disciplina nel codice, uniformemente per entrambe le ipotesi considerate”*⁸⁶, si rinvia, per tali profili, alle trattazioni istituzionali sull'accollo.

12. L'accollo come contratto a favore di terzo ...

Alla luce di quanto già detto *“E' opinione prevalente che nell'accollo il creditore non sia parte del negozio di assunzione del debito altrui ma terzo beneficiario degli effetti dello stesso, secondo il meccanismo di funzionamento proprio del contratto a favore di terzo”*⁸⁷. Tale opinione appare del tutto pacifica, essendo enunciata già dalla relazione

⁸⁶ GIOVANNI GIACOBBE, in *Della delegazione, dell'espromissione e dell'accollo* cit., p. 105, il quale segnala altresì che: *“La giurisprudenza, nei casi concreti, ad essa sottoposti, non distingue tra novazione e successione particolare, limitandosi a disciplinare gli effetti dell'assunzione”.* G. F. CAMPOBASSO, alla voce *Accollo* cit., evidenzia invece che: *“L'opinione prevalente è poi orientata nel senso che nel dubbio debba propendersi per l'accollo privativo”.*

⁸⁷ G. F. CAMPOBASSO, alla voce *Accollo* cit.

ministeriale⁸⁸ e recentemente confermata dalla Suprema Corte di Cassazione⁸⁹.

Il contratto di accollo viene quindi ricondotto nell'ambito della stipulazione "a favore del terzo", dove il "terzo" è, per quel che qui rileva, la banca creditrice. Secondo questa impostazione il "terzo", pur essendo estraneo alla conclusione dell'accollo (che si conclude tra il venditore/accolto e l'acquirente/accollante), non è tenuto a effettuare una vera e propria "accettazione" dell'accollo⁹⁰.

La Cassazione, con sent. 24 maggio 2004, n. 9982, ha precisato che: *"In base all'art. 1411 c.c. l'accollo esterno si perfeziona con l'accordo tra accollato ed accollante, mentre l'adesione del creditore costituisce elemento ulteriore ed eventuale che comporta l'estensione a lui degli effetti dell'accordo. Pur essendo perfetto e produttivo di effetti indipendentemente dall'adesione del creditore, è solo con questa che l'accollo diventa irrevocabile e genera obbligazioni verso il creditore (Cass. 27.1.1992, n. 861)"*.

Infatti, secondo l'art. 1411, comma 2, c.c.: *"Salvo patto contrario, il terzo acquista il diritto contro il promittente per effetto della stipulazione. Questa però può essere revocata o modificata dallo stipulante, finché il terzo non abbia dichiarato, anche in confronto del promittente, di volerne profittare"* (secondo la terminologia usata dal Legislatore, lo "stipulante" è il debitore originario/accolto, mentre il "promittente" è il terzo/accollante), laddove l'art. 1273 c.c., in tema di accollo, stabilisce che: *"[...] il creditore può aderire alla convenzione, rendendo irrevocabile la stipulazione a suo favore"*.

Sembra pertanto potersi ritenere condivisibile l'assunto secondo il quale l'adesione del creditore – di cui all'art. 1273, c.c. – sia idonea a produrre gli stessi effetti della dichiarazione del terzo di voler profittare del contratto concluso in suo favore – di cui all'art. 1411, c.c. – con, in più, l'eventuale ed ulteriore effetto della liberazione del debitore originario, essendo stabilito che: *"L'adesione del creditore importa liberazione del debitore originario solo se ciò costituisce condizione espressa della stipulazione [...]"* (art. 1273, comma 2, c.c.)⁹¹.

⁸⁸ Relazione alla Maestà del Re Imperatore del Ministro Guardasigilli (in G.U. n. 79-bis del 4 aprile 1942), n. 589: *"L'accollo, regolato dall'art. 1273, è una tipica applicazione del contratto a favore di terzo, le regole del quale, sia in ordine al momento o al modo in cui il creditore acquista il diritto, sia in ordine alle eccezioni che il nuovo debitore può opporre al creditore che beneficia della stipulazione a suo favore, sono espressamente richiamate"*.

⁸⁹ Corte suprema di Cassazione, sez. III civ., 24 maggio 2004 . n. 9982.

⁹⁰ V. anche E. FERRANTE, *Accollo e responsabilità sussidiaria* cit.

⁹¹ A tale proposito è stato opportunamente precisato che: *"L'accollo non è qualificabile come contratto a favore di terzo quando esso ha per espressa condizione la liberazione del debitore originario. Qui l'effetto favorevole del subingresso di un nuovo obbligato si accompagna all'effetto sfavorevole della perdita del credito verso il precedente obbligato, e l'adesione del creditore si rende allora necessaria per la produzione di tale effetto sfavorevole"*, così C. M. BIANCA, *Diritto civile* cit., p. 678. Tuttavia deve darsi conto di una

13. Segue: il diniego del creditore ...

Da quanto già esposto risulta evidente come il Legislatore non si sia preoccupato di disciplinare in maniera puntuale la possibilità – che comunque deve ritenersi ammessa per il creditore – di “rifiutare” (o di “non aderire” o “non accettare”), l’accollo e le conseguenze di un tale “rifiuto” del creditore⁹². In effetti, anche la previsione dell’art. 1411, comma 3, c.c., che recita: “*In caso di [...] rifiuto del terzo di profittarne, la prestazione rimane a beneficio dello stipulante [...]*”, non sembra avere una particolare pertinenza al caso dell’accollo, se non nel senso – già noto – di relegare l’efficacia dell’accollo nell’ambito dei rapporti “interni” tra accollato e accollante (accollo interno).

Quale esimente di tale “omissione” del Legislatore deve necessariamente essere addotto che l’accollo cumulativo (in contrapposizione all’accollo liberatorio per condizione espressa della stipulazione), determina (o, forse meglio: determinerebbe in teoria), un effetto favorevole per il creditore⁹³, che vede aggiungersi al debitore originario un nuovo debitore; tale affermazione deve tuttavia essere temperata precisando che – come ormai noto – nell’accollo cumulativo l’adesione del creditore determina la qualificazione dell’accollante quale (nuovo) obbligato principale⁹⁴ e la degradazione dell’obbligazione del debitore originario/accolato ad obbligazione sussidiaria.

La Cassazione ha enunciato il seguente principio di diritto: “*Nell’accollo cumulativo il creditore non può rivolgersi indifferentemente all’accollante o all’accollato o ad entrambi, ma prima di rivolgersi all’accollato ha l’onere di chiedere l’adempimento all’accollante senza essere tuttavia tenuto ad escuterlo, agendo in executivis, e solo dopo che la richiesta sia risultata infruttuosa può rivolgersi all’accollato*” (Cass., sez. III civ., 24 maggio 2004, n. 9982).

La possibilità che – nell’ambito di una obbligazione in solido – il debitore originario e l’accollante siano tenuti verso il creditore secondo modalità diverse (il cd. *beneficium ordinis*⁹⁵), è stata unanimemente

opposta opinione, menzionata da G. F. CAMPOBASSO, alla voce *Accollo* cit., secondo la quale: “[...] l’accollo, sia cumulativo che liberatorio, determina sempre un effetto attivo (favor) per il creditore in quanto offre a questi un nuovo debitore e ciò indubbiamente costituisce un favor in senso giuridico. Tanto più che, come persuasivamente chiarito, nell’accollo condizionato alla liberazione del debitore originario quest’ultima è, in realtà, effetto non dell’accollo (che è sempre e solo assunzione del debito altrui) ma della dichiarazione unilaterale del creditore, [...]”.

⁹² V. C. M. BIANCA, *Diritto civile* cit., p. 678: “*Secondo la disciplina del contratto a favore di terzo, il creditore può rifiutare l’obbligazione dell’assuntore*”.

⁹³ Effetto stigmatizzato da L. RAGAZZINI, *Liberazione “tacita” del debitore originario* cit.

⁹⁴ V. anche U. LA PORTA, *Le modificazioni soggettive* cit.

⁹⁵ C. M. BIANCA, *Diritto civile* cit., p. 712, descrive la distinzione tra: “[...] il beneficio d’ordine, in base al quale il creditore ha l’onere di richiedere preventivamente l’adempimento ad altro debitore, o il beneficio di escussione, in base al quale il creditore ha l’onere di procedere preventivamente in via esecutiva sui beni di altro debitore”.

ritenuta compatibile con il principio della solidarietà, sulla base dell'art. 1293, c.c., il quale ammette che i singoli debitori (in solido) possano essere tenuti verso il creditore ciascuno con modalità diverse⁹⁶.

Tuttavia è noto che – nello specifico caso di accollo di debito derivante da mutuo garantito da ipoteca sull'immobile oggetto di acquisto da parte dell'accollante – tale effetto favorevole è più teorico che concreto, perché se l'accollante (debitore principale, di norma acquirente del bene ipotecato) non paga, la banca – potendo attivare la garanzia ipotecaria – non avrà interesse a rivolgersi all'accollato (obbligato sussidiario), per chiedere l'adempimento a quest'ultimo⁹⁷.

precisando poi che: *“I benefici d'ordine e di escussione danno al debito beneficiato carattere sussidiario rispetto ad altro debito principale”*.

⁹⁶ V. P. RESCIGNO, *Studi sull'accollo* cit., p. 68 e ss. dove si legge: *“Sussidiarietà non significa onere della preventiva escussione di un condebitore, prima che ci si possa rivolgere all'altro [...] Responsabilità sussidiaria significa molto meno. Non c'è l'onere della procedura esecutiva contro un condebitore, prima di poter aggredire il patrimonio dell'altro o degli altri condebitore. V'è soltanto l'onere di chiedere l'adempimento ad uno dei condebitore; se la richiesta rimane infruttuosa, c'è la possibilità di rivolgersi all'altro o agli altri condebitori [...]”*. C. M. BIANCA, *Diritto civile* cit., p. 683, evidenzia che: *“La disciplina della solidarietà non concede al debitore originario il beneficio dell'ordine, e il creditore può richiederli direttamente il pagamento senza prima doversi rivolgere all'assuntore. Se tuttavia il creditore ha aderito all'accollo, trova applicazione analogica la regola della delegazione che degrada l'obbligazione del delegante ad obbligazione sussidiaria (pur se solidale). Il nuovo debitore assume infatti su di sé il carico esclusivo dell'obbligazione e l'accettazione del creditore, come si è già visto, deve quindi normalmente intendersi come accettazione del nuovo debitore nel suo ruolo di obbligato principale”*. Da ultimo v. anche A. TOMASSETTI, *Assunzione unilaterale ed espromissione “ex lege”*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 1997, 1, 27; S. METALLO, *Modifiche del termine del mutuo oggetto di accollo. Intervento del solo accollante*, in *Studi e Materiali*, Giuffrè, 2007, 2, p. 1332.

⁹⁷ Per una originale opinione, v. E. FERRANTE, *Accollo e responsabilità sussidiaria* cit., il quale, nel commentare la menzionata Cass., sez. III civ., 24 maggio 2004, n. 9982, in relazione al “beneficio dell'ordine” da questa sancito, e tenendo in conto le difficoltà connesse al recupero coattivo del credito mediante esecuzione immobiliare, afferma: *“V'è da credere che il ceto bancario, assiduo fruitore d'accogli cumulativi, studierà quanto prima delle contromosse per prevenire ed attenuare i risvolti negativi dell'insegnamento giurisprudenziale in atto. [...] Come noto, l'accollo è stipulazione frequente soprattutto nel settore dei mutui bancari ipotecari [...]. Qualora l'accollo di mutuo contempli la comunicazione del patto all'ente finanziatore, assai difficilmente questo vorrà liberare l'accollato, suo mutuatario iniziale, ed anzi preferirà giovare della duplice garanzia debitoria, ora incrementata dal patrimonio dell'accollante. [...] Se però la banca soleva perseguire primieramente l'accollato, col quale era intercorso il contratto di finanziamento e dunque l'intera istruttoria preliminare finalizzata alla concessione del prestito e soltanto dopo, ove indispensabile, l'accollante, ora l'ordine delle richieste dovrà essere invertito”*. A chi scrive non sembra del tutto condivisibile l'osservazione secondo la quale - nel settore dei mutui bancari ipotecari - a seguito dell'accollo cumulativo, la banca sarebbe (stata) solita *“perseguire primieramente l'accollato”*. Alla luce dell'intervenuto trasferimento di proprietà dell'immobile ipotecato, perseguire l'accollato (non più proprietario dell'immobile ipotecato), anziché l'accollante (proprietario del bene medesimo) non sembra proficuo, e ciò indipendentemente dalla regola del beneficio dell'ordine.

E' stato inoltre evidenziato che a tale presunto effetto favorevole per il creditore osterebbe anche il regime delle eccezioni opponibili dall'accollante al creditore.⁹⁸

Gli istituti di credito – con particolare riferimento alle operazioni di credito cd. edilizio – hanno sempre guardato con favore alla suddivisione del mutuo in quote con conseguente frazionamento dell'ipoteca, quali operazioni strumentali all'accollo (a sua volta inteso quale momento di suddivisione e annullamento del rischio), sulla base di una regola di corretta gestione del rischio, secondo la quale è preferibile avere tanti piccoli crediti nei confronti di tanti soggetti diversi (di norma: persone fisiche) piuttosto che un unico grande credito nei confronti di un solo soggetto (di norma: imprenditore).

Da un punto di vista concreto, più che giuridico – e tenendo doverosamente in considerazione la presenza della garanzia ipotecaria, che dovrebbe sempre consentire al creditore il recupero del credito, indipendentemente dalla possibilità di aggredire *anche* il restante patrimonio del debitore originario – non sembra però che l'accollo sia da ritenersi sempre e comunque idoneo a migliorare le prospettive di recupero del credito per il semplice fatto di incrementare il novero dei soggetti obbligati⁹⁹.

Si potrebbe persino affermare che – sempre in considerazione della presenza della garanzia ipotecaria – l'accollo sia di norma un evento neutro, di per sé inidoneo a modificare la posizione del creditore, salvo andare a verificare di volta in volta se effettivamente via sia un miglioramento (accollato insolvente / accollante solvente), o un peggioramento (accollato solvente / accollante insolvente), della posizione del creditore.

Dovrebbe allora ritenersi possibile che la banca decida – sulla base di considerazioni anche di merito creditizio – di “non aderire” all'accollo e, per l'effetto, comunicare formalmente al debitore originario e all'accollante il “rifiuto di profittarne”, con la già detta conseguenza di degradare

⁹⁸ V. U. LA PORTA, *Le modificazioni soggettive* cit.

⁹⁹ E. FERRANTE, *Accollo e responsabilità sussidiaria* cit., ha descritto la questione nei seguenti termini: “V'è dunque un concorso di vantaggio e svantaggio, di profitto e nocimento, in ogni caso una situazione critica, che abbisogna d'oculata stima e non può sbrigativamente descriversi in termini di favor”. Di contrario avviso L. RAGAZZINI, *Liberazione “tacita” del debitore originario* cit., secondo il quale: “[...] l'appiattimento acritico sulla formula letterale dell'art. 1273 comma 2 c.c. indurrebbe la conclusione che l'imprenditore-costruttore rimane esposto verso l'istituto di credito, il quale non dichiara espressamente di liberarlo, fino a quando l'acquirente non abbia restituito la (frazione di) somma mutuata, e cioè per molti anni. Ma una situazione del genere appare, se non ingiusta, certamente ingiustificata, quando venga rapportata: [...] al vantaggio che, senza colpo ferire, deriverebbe all'istituto creditore da accolli successivi, collegati ad altrettanti trasferimenti dell'immobile, laddove ogni alienante, diventando a sua volta accollato, rimarrebbe obbligato verso l'istituto medesimo”.

l'accollo – che le parti vorrebbero “esterno” – ad accollo (meramente) “interno”.

La Dottrina ha già da tempo stigmatizzato la possibilità di utilizzare clausole volte a limitare la facoltà del mutuatario consumatore di trasferire a terzi l'immobile cauzionale con accollo del mutuo ovvero volte a subordinare l'efficacia dell'accollo alla preventiva adesione della banca mutuante. Alla luce della nota disciplina consumeristica clausole di tal fatta, ove presenti nei contratti di mutuo, sarebbero verosimilmente censurabili in quanto “clausole abusive”¹⁰⁰.

Tuttavia, sembra doversi tenere in debito conto che – in considerazione degli interessi delle parti coinvolte (venditore/accoltato e acquirente/accollante), certamente convergenti nel pretendere l'adesione della banca all'accollo stesso – il “rifiuto dell'accollo” – o meglio la dichiarazione dell'accollatario di non volerne profittare – condurrebbe senz'altro all'instaurazione di un contenzioso il cui esito peraltro – nel contesto attuale – non sembra potersi presumere *de plano* favorevole al creditore bancario.

14. Segue: e il *pactum de non petendo in perpetuum* ...

E' stato evidenziato che l'accollo “liberatorio per condizione espressa della stipulazione” determinerebbe, almeno in alcune ipotesi, l'estinzione delle garanzie (fatta salva la possibilità di pattuire espressamente il mantenimento delle stesse, ma con le perplessità già dette in ordine alle concrete modalità di attuazione di tale “patto di mantenimento”). E' stata altresì evidenziata la possibilità – riservata al creditore – di rifiutare l'accollo. Si deve quindi senz'altro ammettere che il creditore non intenda aderire a un accollo “liberatorio per condizione espressa della stipulazione” formalizzato, come di consueto, senza il patto di mantenimento delle garanzie, le quali magari erano state a suo tempo concesse da soggetti terzi; in questa ipotesi il creditore, anche per il timore di perdere le garanzie, potrebbe dichiarare formalmente al debitore originario e all'accollante di non voler aderire all'accollo medesimo. E' altresì evidente che, nella fattispecie descritta, si viene certamente a determinare una fase di possibile contenzioso tra accollante e accollato e tra questi e il creditore.

In tale fattispecie si potrebbe forse ammettere la possibilità di ricorrere alla sottoscrizione di un *pactum de non petendo in perpetuum*.

Come noto, tale negozio si distingue dalla remissione del debito di cui all'art. 1236, c.c., la quale estingue oggettivamente il debito con la conseguente estinzione delle garanzie annesse e – nel caso delle obbligazioni solidali – con gli effetti stabiliti dall'art. 1301, c.c.

Viceversa, il *pactum de non petendo* non estingue il rapporto obbligatorio, ma accorda al debitore il diritto di paralizzarne gli effetti

¹⁰⁰ V. U. LA PORTA, *Le modificazioni soggettive cit.*, e G. DE ROSA, *Il divieto di accollo in Studi in tema di mutui ipotecari*, Giuffrè, 2001.

sollevando la relativa eccezione¹⁰¹. E' stato altresì posto in evidenza che il *pactum de non petendo in perpetuum*, concluso fra il creditore e l'obbligato, pur non implicando remissione del debito e non dando perciò luogo all'estinzione del rapporto obbligatorio, determina l'attuale e perenne inesigibilità del credito nei confronti del debitore¹⁰².

Il ricorso a tale negozio giuridico potrebbe risultare utile nel caso sopra ipotizzato di acollo "liberatorio per condizione espressa della stipulazione". Il creditore – una volta posto a conoscenza dell'acollo – se aderisce determina la liberazione del debitore originario in uno con l'estinzione delle garanzie, che a quel punto potrebbero soltanto essere nuovamente costituite ma non "mantenute"; se non aderisce entra in una fase contenziosa con il debitore e con il suo avente causa.

In tale fattispecie, la stipulazione – tra creditore e debitore originario – di un *pactum de non petendo in perpetuum*, sottoposto alla condizione risolutiva della revoca o della modifica dell'acollo, da affiancare – in stretta connessione causale – a una dichiarazione di non voler profittare dell'acollo rivolta dal creditore alle controparti, dovrebbe da una parte consentire al debitore originario di mantenersi indenne dalle pretese del creditore nei suoi confronti, dall'altra dovrebbe consentire al creditore di conservare le garanzie, tanto più in rischio ove a suo tempo concesse da soggetti terzi. La condizione risolutiva sembra resa necessaria da quanto sopra ricordato a proposito degli effetti della adesione (e quindi della mancata adesione) del creditore all'acollo. Se dalla mancata adesione del creditore discende la possibilità per accollato e accollante di revocare o modificare l'acollo, il creditore, dopo avere sottoscritto il *pactum de non petendo in perpetuum* resterebbe esposto al rischio di revocazione o di modificazione dell'acollo ad opera dei contraenti, con conseguenze tutte da verificare. La condizione avrebbe l'effetto di ripristinare lo *status quo ante*, rendendo il debitore originario nuovamente soggetto alla pretesa del creditore.

Resta naturalmente da vedere in quale modo l'accollante possa adempiere l'obbligazione assunta di tenere indenne l'accollato, attesa la sopra ricordata idoneità della mancata adesione del creditore a relegare l'acollo nell'ambito dei rapporti interni tra accollato e accollante.

Fermo infatti restando l'obbligo assunto dall'accollante nei confronti dell'accollato, tale obbligo potrebbe essere adempiuto dall'accollante quantomeno mediante l'adempimento di terzo (art. 1180, c.c.), che il creditore potrà rifiutare solo ricorrendone i presupposti di Legge, oppure procurando "[...] al debitore, prima dell'adempimento, la cosa da prestare", od anche ricostituendo "[...] nel patrimonio del debitore il valore perduto, dopo che il debitore avrà effettuato la prestazione"¹⁰³.

¹⁰¹ Corte d'Appello di Milano, 20 ottobre 1978. V. anche P. CARUSI, *Il negozio giuridico notarile* cit., p. 901.

¹⁰² Tribunale di Napoli, 22 ottobre 2002.

¹⁰³ P. RESCIGNO, *Studi sull'acollo*, Giuffrè, 1958, p. 37.

Tuttavia, sembrerebbe opportuno che tra accollato e accollante fosse perfezionata una delegazione mediante la quale l'accollato (non liberato ma beneficiario del *pactum de non petendo in perpetuum*), nella veste di delegante, ordini all'accollante (obbligato solo nei confronti dell'accollato e non anche nei confronti dell'accollatario) di obbligarsi a effettuare i pagamenti nei confronti dell'accollatario – delegatario.

Sembra potersi ritenere che tramite questo complesso apparato negoziale composto da (i) diniego del creditore di voler profittare dell'accollo; (ii) *pactum de non petendo in perpetuum* sottoposto alla condizione risolutiva della revoca o della modifica dell'accollo e (iii) delegazione a promettere, il creditore possa riuscire nell'intento di conservare le garanzie concesse dai terzi, contemporaneamente realizzando gli interessi del debitore originario accollato e del terzo accollante.

15. Il regime delle eccezioni

La Dottrina ha evidenziato la mancanza di concordia e chiarezza di vedute sul regime delle eccezioni¹⁰⁴. Il 4° comma dell'art. 1273, cod. civ., precisa che – in seguito all'adesione del creditore – l'accollante: “[...] può opporre al creditore le eccezioni fondate sul contratto in base al quale l'assunzione è avvenuta”. La previsione normativa riguarda pertanto l'opponibilità delle eccezioni relative al cd. “rapporto di provvista”, con ciò intendendosi quelle relative al contratto di accollo (*rectius*: al contratto di cui l'accollo costituisce – di norma – pattuizione accessoria).

L'accollante potrà quindi opporre al creditore le eccezioni relative all'invalidità, alla risoluzione o all'inadempimento dell'accollato nei confronti dell'accollante¹⁰⁵. E' stata evidenziata la coerenza di tale previsione con la conclamata intenzione del Legislatore di ricondurre l'accollo nel contratto a favore di terzo e con la norma enunciata dall'art. 1413, c.c., secondo la quale il promittente (l'accollante) può opporre al terzo (il creditore) le eccezioni fondate sul contratto dal quale il terzo deriva il suo diritto.

Si deve però evidenziare che – secondo l'opinione dominante – l'accollante potrebbe opporre al creditore “[...] tanto le eccezioni infirmanti

¹⁰⁴ R. CICALA, voce *Accollo* cit., p. 287, il quale ha pure evidenziato che: “il tema è di solito trascurato”.

¹⁰⁵ G. F. CAMPOBASSO, alla voce *Accollo* cit., evidenzia che: “Fatto costitutivo del diritto del creditore verso l'accollante è il rapporto negoziale fra questi ed il debitore originario (tradizionalmente definito come rapporto di provvista), la cui validità e le cui vicende, pertanto, non possono essere irrilevanti per il creditore. Ciò chiaramente dispone la norma richiamata, statuendo che l'accollante è obbligato nei limiti in cui ha assunto il debito e “può opporre al creditore le eccezioni fondate sul contratto in base al quale l'assunzione è avvenuta”. Quindi, non solo l'invalidità della convenzione di accollo ma, altresì, fatti attinenti allo svolgimento del relativo rapporto, quale, ad esempio, la mancata esecuzione della prestazione dovuta dall'accollato all'accollante”.

*il rapporto di provvista quanto quelle infirmanti il rapporto di valuta*¹⁰⁶, restando “[...] implicitamente precluse – come del resto espressamente prevede l’art. 1413 c.c. – le eccezioni fondate su altri rapporti fra debitore originario ed accollante [...]”¹⁰⁷.

In Dottrina è stato pertanto evidenziato che l’accollo sarebbe un negozio “doppiamente titolato”¹⁰⁸.

C. M. BIANCA ha evidenziato che l’accollante, quale obbligato principale, non ha diritto di regresso verso l’accollato¹⁰⁹.

16. L’accollo nell’operatività bancaria ...

Come già si è detto, quasi sempre l’accollo è annesso a una vendita immobiliare avente a oggetto un bene gravato da ipoteca iscritta a garanzia di un mutuo originariamente concesso al venditore (o al suo avente causa; l’odierno accollato potrebbe infatti non essere il “debitore originario” ma, a sua volta, potrebbe avere assunto il debito mediante una precedente convenzione di accollo¹¹⁰).

In sede di regolamento del prezzo, l’acquirente/accollante si accolla il debito residuo del venditore/debitore originario/accollato, obbligandosi a pagare quanto da questi dovuto al creditore, nel rispetto altresì di tutte le obbligazioni assunte, in termini di condizioni, durata, tasso, etc. L’accollo si perfeziona di norma nello stesso contratto di compravendita dell’immobile e in tale sede sembra di fondamentale importanza l’operato del notaio chiamato a ricevere l’atto, anche se, nelle trattative improntate a buona fede l’esistenza del debito residuo *ex mutuo*, così come la relativa ipoteca a garanzia e l’accollo del debito costituiscono elementi di negoziazione. Il notaio, prima di predisporre l’atto di compravendita, effettuerà le visure presso la competente Conservatoria dei Registri Immobiliari (a meno che non ne venga espressamente esonerato dalle parti contraenti); effettuate le visure, risulterà che l’immobile è gravato da

¹⁰⁶ Così R. CICALA, voce *Accollo* cit., p. 288, il quale ha anche evidenziato che: “*Appunto in base all’opponibilità di queste ultime eccezioni, gran parte della dottrina implicitamente o esplicitamente ritiene che l’accollo produca successione nel debito*”.

¹⁰⁷ Così G. F. CAMPOBASSO, alla voce *Accollo* cit. Secondo C. M. BIANCA, *Diritto civile* cit., p. 682: “*In applicazione analogica delle norme sull’espromissione (1272³ cc), non possono però essere opposte le eccezioni personali al debitore originario né quelle basate su fatti sopravvenuti all’accollo né possono essere opposti in compensazione i crediti del debitore originario verso l’accollatario [...]*”

¹⁰⁸ R. CICALA, voce *Accollo* cit., p. 288; GIOVANNI GIACOBBE, in *Della delegazione, dell’espromissione e dell’accollo* cit., p. 112, il quale desume l’opponibilità delle eccezioni relative al “rapporto di valuta” direttamente dal tenore del primo comma dell’art. 1273, c.c. . C. M. BIANCA, *Diritto civile* cit., p. 682, precisa che: “*L’assuntore può opporre all’accollatario le eccezioni che avrebbe potuto opporre al debitore originario. [...] L’assuntore può poi opporre al creditore le eccezioni che a quest’ultimo potrebbe o avrebbe potuto opporre il debitore originario. Ciò non è previsto espressamente dalla disciplina normativa ma si desume dal contenuto stesso dell’accollo [...]*”.

¹⁰⁹ C. M. BIANCA, *Diritto civile* cit., p. 683.

¹¹⁰ V. nota 64.

ipoteca a garanzia del mutuo in corso di ammortamento; a quel punto, la parte venditrice esibendo le quietanze di pagamento, potrà indicare esattamente l'entità del capitale residuo ancora da rimborsare, che sarà accollato dall'acquirente.

Nel corpo di un contratto di vendita, l'accollo si sostanzia in una clausola del seguente tenore, inserita in sede di disciplina del pagamento del prezzo: “ *Le parti dichiarano di aver convenuto il prezzo di Euro ... regolato come appresso: quanto a Euro ... la parte venditrice dichiara di ...; quanto a Euro ... la parte acquirente si accolla la indicata quota residua di mutuo ...*”¹¹¹.

Avvenuta la stipulazione, una copia autentica del rogito dovrà essere trasmessa alla banca¹¹² che, esaminata la regolarità dell'atto¹¹³, e fatte le

¹¹¹ E' interessante notare come l'accollo abbia posto delicati spunti di riflessione anche al Legislatore tributario. C. M. TARDIVO E M. VENTOLA, *Il credito fondiario ed edilizio* cit., p. 109, hanno evidenziato che, sebbene il R.D. 30 dicembre 1923, n. 3269 - in materia di Registro - nulla disponesse relativamente all'accollo che qui rileva, nel vigore di questa normativa né la prassi amministrativa, né la Giurisprudenza sembrarono porsi particolari problemi in ordine alla tassabilità separata dell'accollo contenuto in una compravendita immobiliare, e ciò in base all'art. 9 del citato R.D. n. 3269/1923, il quale aveva stabilito che: “*Se in un atto sono comprese più disposizioni indipendenti o non derivanti necessariamente le une dalle altre, ciascuna di esse è sottoposta a tassa come se formasse un atto distinto, [...]. Un atto che comprende più disposizioni necessariamente connesse e derivanti, per l'intrinseca loro natura, le une dalle altre, è considerato, quanto alla tassa di registro, come se comprendesse la sola disposizione che dà luogo alla tassa più grave*”. Tale previsione venne sostanzialmente ribadita nell'art. 20 del D.P.R. n. 634/1972. Successivamente, la Cassazione, con sent. n. 2215/1980, ebbe a precisare – sia pure relativamente ad una fattispecie di accollo interno – che l'accollo del debito da parte del compratore, quale modalità di regolamentazione del prezzo nell'atto di compravendita dell'immobile, introduceva in tale atto un rapporto obbligatorio autonomo, soggetto a separata tassazione. Con la legge 28 febbraio 1983, n. 53 - di conversione in legge del D.L. 30 dicembre 1982, n. 953 - venne inserito un comma all'art. 5, di detto D.L., con il quale vennero apportate modificazioni all'ultimo comma dell'art. 20, del D.P.R. n. 634/1972, nel senso che: “*Non sono soggetti ad imposta gli accolti di debiti ed oneri collegati e contestuali ad altre disposizioni nonché le quietanze rilasciate nello stesso atto che contiene le disposizioni cui si riferiscono*”. Tale previsione è attualmente contenuta nell'art. 21, del D.P.R. 26 aprile 1986, n. 131, il cui art. 43, 2° comma, stabilisce peraltro che; “*I debiti o gli altri oneri accollati e le obbligazioni estinte per effetto dell'atto concorrono a formare la base imponibile*”. Si tratta di una disposizione di favore la cui portata può essere semplificata come segue: si dia il caso di una vendita in cui il prezzo concordato in atto è di €100.000, che quanto a €60.000 viene pagato contestualmente dall'acquirente e quanto a €40.000 viene accollato; l'accollo è collegato e contestuale alla vendita e costituisce una parte del corrispettivo. Pertanto, l'accollo non è assoggettato a tassazione autonoma, ma soltanto in quanto facente parte della base imponibile relativa al negozio (vendita) cui è collegato. Se non vi fosse la norma dell'art. 21, comma 3° del D.P.R. citato, il negozio di accollo sconterebbe l'imposta due volte: una volta in via autonoma ed una seconda volta in sede di tassazione della vendita, pertanto la base imponibile dell'atto sarebbe di €140.000 (100.000 + 40.000). Anche dal punto di vista fiscale, quindi, l'accollo è stato considerato come un negozio giuridico meritevole di una particolare disciplina agevolativa, in quanto strumentale all'incremento del commercio dei beni immobili.

¹¹² Può essere interessante ricordare che, secondo la previgente normativa in materia di credito fondiario, l'atto portante accollo di mutuo fondiario doveva essere notificato

consuete valutazioni di merito creditizio, effettuerà nei propri archivi informatici le operazioni necessarie a “volturare” l’intestazione del mutuo all’accollante e far risultare quindi la variazione soggettiva riguardante il debitore¹¹⁴.

A tale proposito è stato posto in evidenza che la Legge non prevede alcuno specifico obbligo in capo all’accollato e/o all’accollante di comunicare, o comunque di portare a conoscenza del creditore, l’avvenuta

all’Istituto di credito a mezzo Ufficiale giudiziario; l’art. 20 del R.D. 16 luglio 1905, n. 646, abrogato dall’art. 161 del D.Lgs. 1° settembre 1993, n. 385 (abrogazione peraltro ribadita dall’art. 24 del D.L. 25 giugno 2008, n. 112), recitava infatti: “*I successori a titolo universale o particolare del debitore e gli aventi causa debbono notificare giudizialmente all’istituto come essi sono sottratti nel possesso e godimento del fondo ipotecario [...]*”.

¹¹³ Naturalmente con riferimento all’esattezza dei dati inerenti il mutuo o la quota di mutuo; è stato infatti evidenziato, in relazione al 4° comma dell’art. 1273, c.c., che: “*La natura convenzionale del negozio di accollo comporta, altresì, che esso operi nei limiti in cui il terzo ha assunto il debito*” (così GIOVANNI GIACOBBE, in *Della delegazione, dell’espromissione e dell’accollo* cit., p. 110). Il controllo della banca sarà in primo luogo diretto a riscontrare la perfetta coincidenza tra il credito (attuale) della banca e il debito oggetto di accollo.

¹¹⁴ In realtà le cose non sono così semplici perché la banca assumerà una motivata delibera di concessione del fido in favore dell’accollante e contemporaneamente provvederà alla eliminazione del fido a suo tempo accordato al debitore originario, il quale poi (nel caso più frequente, di accollo cumulativo) figurerà quale “garante” dell’accollante. E’ soltanto in esito a queste operazioni che verranno eseguiti gli adempimenti amministrativi necessari a far risultare la “volturazione” dell’intestazione del mutuo. L. RAGAZZINI, *Liberazione “tacita” del debitore originario* cit., ha auspicato che da tale comportamento della banca si possa desumere la liberazione del debitore originario, evidenziando che: “*E’ a questo punto che diviene possibile una risposta positiva al quesito se, nella fattispecie che si discute (accollo di debito da mutuo ipotecario estinguibile ratealmente), la liberazione dell’accollato possa fondatamente desumersi da un comportamento concludente del creditore. Al riguardo, è specialmente significativa l’attività che l’istituto di credito pone in essere, sostituendo il nome dell’accollato con quello dell’accollante negli avvisi di pagamento delle semestralità di mutuo (o annualità) e, quindi, inviando l’avviso medesimo non più al primo ma al secondo. [...] c’è un elemento ulteriore il quale, per così dire, formalizza quella identificazione, per modo da attribuirle rilevanza esterna; questo elemento ulteriore è appunto costituito dalla sostituzione dell’accollante all’accollato nella intestazione e nella destinazione dell’avviso di pagamento della rata in scadenza. [...] anche, ed anzi soprattutto, per la formale richiesta che gliene fa, l’istituto di credito compie una palese identificazione dell’accollante come suo (unico) debitore. Conseguentemente, il permanere del vincolo in capo all’accollato resta privo di giustificazione o, quanto meno, tale appare legittimamente a costui*”. A. U. PETRAGLIA, *Il credito fondiario* cit., p. 111, ha evidenziato che: “*L’adesione della banca creditrice avviene in via ordinaria per facta concludentia intestando al soggetto subentrante il finanziamento (o una quota dello stesso); d’altra parte deve pure specificarsi come l’accollo in questione sia cumulativo e non liberatorio, dal momento che le banche sogliono non liberare mai espressamente il mutuatario originario e né, seguendo l’impostazione assolutamente prevalente in dottrina e giurisprudenza, la siffatta liberazione potrebbe dedursi dall’avvenuta intestazione del finanziamento a favore del subingredito o dalla reiterata accettazione da parte delle banca dei pagamenti eseguiti da quest’ultimo*”, segnalando la: “[...] isolata (ma interessante in quanto molto aderente alla realtà operativa) tesi di Ragazzini [...]”.

pattuizione di accollo¹¹⁵. Sembra pertanto che tale comunicazione – certamente libera nella forma, ma che normalmente viene effettuata dal notaio rogante mediante raccomandata – costituisca per l'accollato e l'accollante un *onere*, dovendosi ritenere comportamento strumentale alla realizzazione non di un interesse altrui ma di un interesse proprio appunto dell'accollato¹¹⁶ e dell'accollante.

E' evidente infatti che nella fattispecie descritta si dovrebbe ritenere l'esistenza di un interesse, tanto del venditore/accollato quanto dell'acquirente/accollante, a portare tempestivamente a conoscenza della banca/accollataria l'intervenuta pattuizione di accollo. In effetti l'interesse più stringente dovrebbe essere quello del debitore originario ad essere sollevato dall'onere dei pagamenti, ma è, ad esempio, ipotizzabile anche un interesse dell'acquirente/accollante, per fruire – ove ne ricorrano i presupposti di Legge – delle agevolazioni fiscali connesse alla detraibilità degli interessi passivi, ai sensi dell'art. 15 (ex 13-bis) del D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 (Testo unico delle imposte sui redditi)¹¹⁷.

¹¹⁵ V. U. LA PORTA, *Le modificazioni soggettive* cit., secondo il quale: “Vero è che la norma dell'art. 1273 c.c. non impone espressamente alle parti del negozio di accollo di comunicare l'intervenuta pattuizione al creditore accollatario [...]; ma vero è pure che una eventuale espressa previsione di tale tenore sarebbe stata assolutamente pleonastica in quanto riproduttiva di una modalità essenziale di sviluppo dell'efficacia dell'accollo esterno”. Secondo G. DE ROSA, *Il divieto di accollo* cit.: “Non appare viceversa abusiva la clausola volta semplicemente a far conoscere alla banca l'avvenuto accollo mediante comunicazioni ovvero attraverso l'inoltro di copia (obbligo che non emerge dalla semplice lettura dell'art. 1273 c.c.), fissando magari dei termini: d'altronde sembra proprio inevitabile la comunicazione in esame, ed un adeguamento alle prassi bancarie dell'istituto creditore, se si vuole che l'accollo possa produrre qualche effetto”.

¹¹⁶ GIOVANNI GIACOBBE, in *Della delegazione, dell'espromissione e dell'accollo* cit., pp. 94-95, ha evidenziato che: “[...] nell'accollo il debitore originario tende a realizzare un proprio interesse, che è quello di liberarsi dal vincolo obbligatorio. [...] In tale prospettiva sembra che la configurazione dell'accollo quale autonomo negozio, fornito, come tale, di una propria causa, risponda all'esigenza di offrire prevalente tutela al debitore, sia pure attribuendo un vantaggio al creditore, nei limiti che sono stati chiariti”.

¹¹⁷ Anche in questo caso è interessante rilevare che l'art. 15 menzionato stabilisce che: “1. Dall'imposta lorda si detrae un importo pari al 19 per cento dei seguenti oneri sostenuti dal contribuente, se non deducibili nella determinazione dei singoli redditi che concorrono a formare il reddito complessivo:

a) [...];

b) gli interessi passivi, e relativi oneri accessori, nonché le quote di rivalutazione dipendenti da clausole di indicizzazione pagati a soggetti residenti nel territorio dello Stato o di uno Stato membro della Comunità europea ovvero a stabili organizzazioni nel territorio dello Stato di soggetti non residenti in dipendenza di mutui garantiti da ipoteca su immobili contratti per l'acquisto dell'unità immobiliare da adibire ad abitazione principale entro un anno dall'acquisto stesso, per un importo non superiore a 4.000 euro. Non si tiene conto del suddetto periodo nel caso in cui l'originario contratto è estinto e ne viene stipulato uno nuovo di importo non superiore alla residua quota di capitale da rimborsare, maggiorata delle spese e degli oneri correlati. In caso di acquisto di unità immobiliare locata, la detrazione spetta a condizione che entro tre mesi dall'acquisto sia stato notificato al locatario l'atto di intimazione di licenza o di sfratto per finita locazione e che entro un anno dal rilascio l'unità immobiliare sia adibita ad abitazione principale. Per abitazione

Tuttavia potrebbe verificarsi che l'intervenuta pattuizione di accollo non venga tempestivamente comunicata alla banca, ed anzi venga comunicata con grande ritardo, dopo la scadenza di numerose rate di ammortamento¹¹⁸, laddove si tenga presente che attualmente la periodicità di rateizzazione dei mutui maggiormente utilizzata nella prassi operativa è quella con cadenza mensile¹¹⁹.

Secondo quanto già noto, fin quando l'accollo – che pure si voleva esterno – non sia stato portato a conoscenza della banca, l'accollo stesso varrà (soltanto) quale accollo semplice (o interno)¹²⁰, perché, sembra

principale si intende quella nella quale il contribuente o i suoi familiari dimorano abitualmente. La detrazione spetta non oltre il periodo d'imposta nel corso del quale è variata la dimora abituale; non si tiene conto delle variazioni dipendenti da trasferimenti per motivi di lavoro. Non si tiene conto, altresì, delle variazioni dipendenti da ricoveri permanenti in istituti di ricovero o sanitari, a condizione che l'unità immobiliare non risulti locata. Nel caso l'immobile acquistato sia oggetto di lavori di ristrutturazione edilizia, comprovata dalla relativa concessione edilizia o atto equivalente, la detrazione spetta a decorrere dalla data in cui l'unità immobiliare è adibita a dimora abituale, e comunque entro due anni dall'acquisto. In caso di contitolarità del contratto di mutuo o di più contratti di mutuo il limite di euro 4.000 euro è riferito all'ammontare complessivo degli interessi, oneri accessori e quote di rivalutazione sostenuti. La detrazione spetta, nello stesso limite complessivo e alle stesse condizioni, anche con riferimento alle somme corrisposte dagli assegnatari di alloggi di cooperative e dagli acquirenti di unità immobiliari di nuova costruzione, alla cooperativa o all'impresa costruttrice a titolo di rimborso degli interessi passivi, oneri accessori e quote di rivalutazione relativi ai mutui ipotecari contratti dalla stessa e ancora indivisi. Se il mutuo è intestato ad entrambi i coniugi, ciascuno di essi può fruire della detrazione unicamente per la propria quota di interessi; in caso di coniuge fiscalmente a carico dell'altro la detrazione spetta a quest'ultimo per entrambe le quote". Come si vede, la norma non contempla espressamente la possibilità che la detrazione venga fruita dall'accollante a ciò addirittura espressamente ostando l'inciso: *"L'acquisto della unità immobiliare deve essere effettuato nell'anno precedente o successivo alla data della stipulazione del contratto di mutuo"* perché è evidente che l'acquisto dell'unità immobiliare da parte dell'accollante potrà avvenire in un qualunque momento anche di molto successivo alla data della stipulazione del contratto di mutuo. Il beneficio è infatti previsto "soltanto" dalle Istruzioni per la compilazione del Modello Unico Persone Fisiche (cfr edizione 2010), che così recitano: *"In caso di morte del mutuatario, il diritto alla detrazione si trasmette all'erede o legatario o all'acquirente che si sia accollato il mutuo. In caso di accollo, per data di stipulazione del contratto di mutuo deve intendersi quella di stipula del contratto di accollo del mutuo [...]"*; V. anche la Circolare del 1° giugno 1999, n. 122 del Ministero delle Finanze, Dipartimento delle Entrate, Dir Centrale Affari Giuridici e Contenz. Tributario.

¹¹⁸ U. LA PORTA, *Le modificazioni soggettive* cit., ha scritto: *"Del tutto legittima, anche se non apparentemente utile, la clausola negoziale che impone al mutuatario l'onere di comunicazione dell'avvenuto trasferimento a terzi dell'immobile cauzionale con accollo del mutuo [...]"* ammettendo però che: *"[...] una clausola siffatta soddisfa appieno l'interesse del creditore alla esatta individuazione dell'obbligato principale, verso cui effettuare in via primaria, la richiesta di adempimento dell'obbligazione, al fine di evitare inutili e dispendiose indagini conoscitive"*.

¹¹⁹ E ciò in contrapposizione al passato, quando la periodicità di rateizzazione normalmente praticata era quella semestrale con scadenze prestabilite al 1° gennaio e 1° luglio di ogni anno.

¹²⁰ In tale senso, U. LA PORTA, *Le modificazioni soggettive* cit.

pacifico che, ove il creditore non sia stato messo al corrente dell'intervenuto accollo, non potrà aderire alla convenzione, né esigere pagamenti dall'accollante e l'accollo stesso, come si è visto, potrebbe persino essere revocato dai contraenti¹²¹.

In tale circostanza, ove per ipotesi i pagamenti continuino ad essere effettuati dal debitore originario, questi potrebbe certamente ripeterli dall'accollante, in forza dell'obbligazione da quest'ultimo assunta di tenere indenne l'accollato, mentre la banca che abbia ricevuto i pagamenti dal debitore originario – ignorando l'intervenuta convenzione di accollo – non dovrebbe essere soggetta all'azione di arricchimento.

17. Segue: accollo e cessione del contratto; i mutui edilizi e le aperture di credito in conto corrente ...

Si verifica frequentemente il caso di cessione (vendita, donazione o conferimento in società) dei beni immobili (ovvero di aziende comprendenti i beni immobili) gravati da ipoteca iscritta in favore di una banca a garanzia di aperture di credito in conto corrente¹²² parzialmente o totalmente utilizzate oppure di mutui edilizi (con ciò intendendosi quei mutui erogabili secondo uno stato di avanzamento dei lavori debitamente verificato) quando questi siano stati soltanto parzialmente erogati e la parte mutuataria abbia la possibilità – ricorrendone i presupposti oggettivi – di chiedere alla banca l'erogazione delle ulteriori somme¹²³.

¹²¹ Secondo P. RESCIGNO, *Studi sull'accollo* cit., p. 39: “Anche quando il debitore ed il terzo hanno voluto l'accollo esterno, finché il creditore non aderisca alla convenzione e nel caso che rifiuti l'offerta, siamo in presenza di un accollo in senso meramente economico”, quindi di un “accollo interno”.

¹²² Si evidenzia che il codice civile fornisce una definizione dell'apertura di credito bancario all'art. 1842, secondo il quale: “L'apertura di credito bancario è il contratto col quale la banca si obbliga a tenere a disposizione dell'altra parte una somma di danaro per un dato periodo di tempo o a tempo indeterminato”. Purtroppo, anche in questo caso, la definizione del Legislatore è molto generica; infatti l'obbligo della banca, in sé considerato, di tenere a disposizione del cliente una determinata somma di danaro nel tempo, potrebbe dirsi proprio di varie ccdd. “forme tecniche di finanziamento” con le quali la prassi bancaria sopperisce alle esigenze della clientela. Tuttavia, nella prassi, il contratto che – anche nominalmente – viene definito “apertura di credito” è il “contratto di conto corrente sul quale il cliente è autorizzato ad agire allo scoperto entro un certo limite” (così M. PORZIO, *L'apertura di credito: profili generali*, in *Le operazioni bancarie*, a cura di Giuseppe B. Portale, Giuffrè, 1978, tomo II, p. 508); si parla quindi di “apertura di credito in conto corrente”, nel nostro caso garantita da ipoteca immobiliare, quindi, apertura di credito in conto corrente ipotecaria o fondiaria. A tale contratto si applicano – tra l'altro – le norme contenute nell'art. 1843, c.c.: “Se non è convenuto altrimenti, l'accreditato può utilizzare in più volte il credito, secondo le forme in uso, e può con successivi versamenti ripristinare la sua disponibilità. [...]” e nell'art. 1844, c.c.: “Se per l'apertura di credito è data una garanzia reale o personale, questa non si estingue prima della fine del rapporto per il solo fatto che l'accreditato cessa di essere debitore della banca. [...]”.

¹²³ Questa “tecnica” di erogazione, storicamente prevista dalle leggi speciali che – nel tempo – hanno disciplinato l'esercizio del credito fondiario e del credito edilizio, è ancora oggi menzionata nelle Istruzioni di vigilanza per le banche, Titolo V, Capitolo 1, Sezione II, par. I, dove si legge: “Qualora i finanziamenti siano erogati sulla base di stati di

Nell'ambito di tali cessioni, il cedente intende talvolta trasferire al cessionario – oltre alla proprietà del bene immobile – anche la *situazione soggettiva* di correntista affidato (ovvero di parte mutuataria), in modo tale che il contratto di finanziamento in essere prosegua tra la banca e il nuovo proprietario del bene immobile (nuovo soggetto affidato che si sostituirebbe quindi a quello originario) dando corso ad un fenomeno di tipo successorio nel rapporto bancario di affidamento, talvolta anche richiedendo alla banca la liberazione del debitore originario-cedente.

Occorre altresì precisare che – talvolta – la banca viene posta a conoscenza di tali accordi soltanto a stipulazione avvenuta, senza possibilità quindi di dialogare preventivamente e costruttivamente con il cliente.

In tali fattispecie vi sarebbe quindi da una parte, la tendenza del cliente a ritenere la propria *situazione soggettiva* (di correntista affidato o di parte mutuataria), come una *situazione soggettiva* disponibile, quindi trasmissibile a terzi per il solo effetto della manifestazione della volontà e – dall'altra – la convinzione, nel cliente stesso, che la predetta *situazione soggettiva* sia connessa, in maniera inscindibile, alla titolarità del diritto reale sul bene immobile offerto in garanzia, secondo uno schema che vedrebbe pertanto la banca obbligata a erogare il finanziamento nei confronti del nuovo proprietario del bene cauzionale, chiunque esso sia.

Al di là delle motivazioni dei soggetti coinvolti (persone fisiche, imprenditori individuali o società), della volontà degli stessi (volontà peraltro quasi mai compiutamente formalizzata nel negozio di cessione, talvolta dichiarata informalmente *ex post*, e spesso semplicemente desumibile *per facta concludentia*), nonché delle tecniche redazionali di volta in volta utilizzate nei vari negozi giuridici che si presentano nella pratica (vendita, donazione, conferimento in società, etc.), chi scrive è convinto che il trasferimento del diritto reale relativo al bene cauzionale e la volontà del cliente di trasferire ad altri la predetta *situazione soggettiva* di correntista affidato o di parte mutuataria (volontà che peraltro, come già detto, non viene mai adeguatamente manifestata), non siano – ancorché unitariamente considerate – idonee a produrre l'effetto voluto dalle parti che, come sopra accennato, sarebbe la continuazione del medesimo rapporto bancario (e non semplicemente l'accollo del debito) in capo ad un nuovo soggetto, quale conseguenza del trasferimento del diritto di proprietà del bene immobile¹²⁴.

avanzamento dei lavori il limite di finanziabilità deve essere rispettato durante ogni fase dell'esecuzione dei lavori".

¹²⁴ G. E. COLOMBO, *L'estinzione dell'apertura di credito* in Le operazioni bancarie, a cura di GIUSEPPE B. PORTALE, Giuffrè, 1978, p. 526, ha posto adeguatamente in evidenza che: "[...] l'apertura di credito è caratterizzata non soltanto dall'esistenza di un "credito" nel senso di "diritto a una futura prestazione" che l'accreditato dovrà compiere (mi riferisco all'obbligo di restituzione), ma è caratterizzata anche e principalmente dall'impegno della banca a lasciar prelevare le somme finché dura il rapporto. In altre parole, dalla conclusione del contratto di apertura di credito deriva quello che potremmo chiamare uno

La fattispecie sopra genericamente descritta, che esula chiaramente dal mero accollo di un debito, presenta risvolti giuridici complessi.

La disciplina dettata dal codice civile in relazione all'alienazione dell'azienda – le cui regole sono applicabili anche alle altre ipotesi di “trasferimento” dell'azienda per donazione, permuta, conferimento in società, etc. – è, per quel che qui rileva, la seguente:

- l'art. 2558 (“*Se non è pattuito diversamente, l'acquirente dell'azienda subentra nei contratti stipulati per l'esercizio dell'azienda stessa che non abbiano carattere personale. [...]*”), che disciplina la sorte dei “contratti” stabilendo, quale effetto naturale della cessione dell'azienda, il principio della successione automatica del cessionario nei contratti dell'azienda ceduta, salvo patto contrario, con il limite rappresentato dai contratti aventi “*carattere personale*”, che sono esclusi da tale successione automatica;
- l'art. 2560, il quale disciplina la successione nei “debiti” dell'azienda - intendendosi il “debito” come posizione giuridica costituita “*dal solo lato passivo di un rapporto obbligatorio e non facenti parte di un rapporto sinallagmatico in atto comprendente anche la controprestazione*” (ossia un rapporto comprendente anche la controprestazione; per tali rapporti vale infatti la disciplina dell'art. 2558, sopra accennata) – stabilendo che: “*L'alienante non è liberato dai debiti, inerenti all'esercizio dell'azienda ceduta anteriori al trasferimento, se non risulta che i creditori vi hanno consentito. [...]*”¹²⁵.

Sembra possibile sostenere che i contratti bancari (in particolare quelli di finanziamento) – ancorché siano “*stipulati per l'esercizio dell'azienda*” – siano sostanzialmente ed esclusivamente fondati sulla identità e sulle qualità del cliente e abbiano attinenza e relazione con la fiducia riposta

stato di soggezione della banca, soggezione alle future determinazioni volitive dell'accreditato, il quale potrà unilateralmente far sorgere – nei limiti delle forme d'uso di utilizzazione del fido – obblighi concreti di pagamento in capo alla banca. E' proprio il sorgere, dal rapporto di apertura di credito, di questo tipo di soggezione che pare giustificare la qualifica di contratto concluso intuitu personae e che comporta, a mio avviso, l'accettabilità in linea di massima della tesi dominante in dottrina, secondo la quale l'apertura di credito si estingue per morte o incapacità sopravvenuta dell'accreditato”.

¹²⁵ Così A. FIALE, *Diritto Commerciale*, Simone, 2004, XV ed. , p. 97. La fattispecie disciplinata dall'art. 2560, c.c. è ricondotta dalla Dottrina nell'ambito della categoria dell'accollo cd. “legale” o *ex lege*, laddove l'assunzione cumulativa del debito in capo ad un terzo è conseguenza di una norma di legge; P. RESCIGNO, *Studi sull'accollo* cit., p. 90, precisava che: “*Quando la legge annette a determinate fattispecie l'acquisto di un nuovo obbligato per il creditore, con o senza liberazione del debitore originario [...] l'espressione “accollo ex lege” si giustifica perché il trasferimento del debito, anche se è un effetto indipendente dalla volontà e dalla previsione delle parti, discende da un negozio intervenuto tra vecchio e nuovo obbligato. Il negozio però non cade su un singolo debito, cade su un bene o un complesso di beni a cui il debito inerisce. Si ricordi che i casi più interessanti, per la pratica e nella costruzione dommatica, di accollo cumulativo legale sono [...] e la cessione di azienda (art. 2560, 2° co.)*”.

nella persona¹²⁶; conseguentemente dovrebbe escludersi la successione automatica di tali contratto in favore della società cessionaria. Inoltre, come sopra accennato, nel caso di liberazione espressa del debitore originario occorre tenere in debita considerazione il rischio di estinzione delle garanzie ai sensi dell'art. 1275, c.c.

Naturalmente sarebbe ipotizzabile il ricorso – sempre che la banca sia posta nella condizione di interagire con il cliente – all'istituto della “*cessione del contratto*” – che, secondo la disciplina codicistica (art. 1406 e ss. c.c.), richiede un'espressa pattuizione contrattuale tra cedente e cessionario e il consenso del contraente ceduto, configurandosi così come “*contratto trilaterale*”. La banca potrebbe quindi suggerire al cliente di addivenire ad una cessione del contratto bancario di affidamento (di mutuo o di apertura di credito in conto corrente), in favore del cessionario del bene cauzionale, offrendo la sua disponibilità a intervenire, nella sua qualità di contraente ceduto, alla stipulazione del relativo contratto (di cessione del contratto).

Tuttavia, tale cessione di contratto sembra presentare aspetti problematici, alla luce del disposto dell'art. 1406, c.c., trattandosi di cedere un contratto (di affidamento bancario) con prestazioni corrispettive parzialmente eseguite¹²⁷; ulteriori problematiche sembrano altresì ipotizzabili in ordine alla pubblicità immobiliare e – per quanto più da vicino riguarda il mondo bancario – ai ccdd. “poteri di firma”; non sembra infatti frequentemente attribuito al dipendente della banca regolarmente

¹²⁶ Sulla possibilità di qualificare l'apertura di credito come contratto stipulato *intuitu personae* v. G. E. COLOMBO, *L'estinzione dell'apertura di credito* cit., p. 525 e ss.

¹²⁷ Da segnalare che, secondo U. LA PORTA, *Le modificazioni soggettive* cit.: “ [...] il contratto di mutuo non si presenta quale contratto a prestazioni corrispettive – anche quando oneroso [...]”. R. CLARIZIA, *La cessione del contratto*, in *Il Codice civile Commentario*, diretto da F. D. BUSNELLI, Milano, Giuffrè Editore, 2005, p. 20 e ss., evidenzia – seppure non in relazione ai mutui erogabili secondo la tecnica dello stato di avanzamento dei lavori di cui qui si discute – che: “[...] un istituto di cui si discute la cedibilità o meno è il mutuo con interesse [...]”, segnalando altresì che: “Non è condivisa l'opinione della cedibilità del mutuo con interessi da BETTI [...] che nega la tesi della corrispettività delle prestazioni nel mutuo e da ANDREOLI [...], in quanto ‘Ai fini della cessione di contratto, infatti, le prestazioni debbono presupporci non ancora eseguite dall'una e dall'altra parte. Ora con il perfezionamento del mutuo la prestazione del mutuante è già integralmente eseguita: tutte e due le prestazioni (quella principale di restituzione e quella secondaria degli interessi) gravano ormai sulla stessa parte e cioè sul mutuatario. Si potrà quindi parlare qui di trasmissione della sola posizione del creditore (mutuante) o della sola posizione del debitore (mutuatario) ma non già di cessione del contratto tecnicamente intesa’. Sostiene invece la natura di contratto con prestazioni corrispettive del mutuo – e quindi la cedibilità – P. CLARIZIA [...], CARRESI [...], specificando che ‘per aversi cessione del mutuo, da parte del mutuante, occorre che quest'ultimo ceda la provvista ad un terzo il quale gliene rimborsi o accrediti l'importo’ mentre ‘per la cessione della qualità di mutuatario occorre che quest'ultimo abbia versato al subentrante l'importo dovuto al mutuante: diversamente si ha accollo, oppure delegazione o, se il terzo paga direttamente al mutuante, adempimento dell'obbligo altrui, ipotesi tutte ben lontane da quelle che stiamo esaminando”.

abilitato all'uso della firma sociale, il potere di rappresentare la banca in negozi di "cessione" di contratti bancari di affidamento.

Per quanto sopra sommariamente esposto – ferma ovviamente restando la convenzione di acollo del debito – potrebbe essere auspicabile che gli schemi contrattuali utilizzati dalla banca escludano espressamente la possibilità che il mutuatario (o il correntista affidato), ceda il contratto di affidamento a soggetti terzi; inoltre, i professionisti che assistono e consigliano i clienti della banca dovrebbero tenere adeguatamente in conto che il risultato concretamente perseguito dalle parti potrebbe – forse più agevolmente – essere ottenuto procedendo all'estinzione del rapporto di affidamento in essere in capo al cedente e alla stipulazione di un nuovo contratto di affidamento tra la banca e il cessionario del bene immobile.

18. Segue: le operazioni societarie di fusione e di scissione

Nell'operatività bancaria si verifica altresì che la società affidata mediante un mutuo ipotecario o fondiario – o una apertura di credito in conto corrente del medesimo tipo, sia interessata da operazioni straordinarie, quali la fusione o la scissione. In questa sede non è evidentemente possibile condurre una disamina, neanche superficiale, di questi istituti, che – come noto – possono concretamente realizzarsi secondo diversi tipi¹²⁸. Quanto di seguito accennato può quindi valere soltanto come spunto di riflessione in relazione a fattispecie astratte di fusione (in senso stretto o per incorporazione) e di scissione "parziale".

Per quanto riguarda la fusione, deve dirsi che – in realtà – nessun dubbio può porsi grazie al disposto dell'art. 2504-bis, I comma, c.c., secondo il quale: *“La società che risulta dalla fusione o quella incorporante assumono i diritti e gli obblighi delle società partecipanti alla fusione, proseguendo in tutti i loro rapporti, anche processuali, anteriori alla fusione”*.

In relazione alla normativa precedente l'entrata in vigore la riforma del diritto societario¹²⁹ – di cui al D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 – la Giurisprudenza di legittimità aveva precisato e ribadito che: *“In particolare, con riferimento alla fusione per incorporazione, questa Corte ha affermato che detta fusione realizza una successione a titolo universale corrispondente alla successione “mortis causa” e produce gli effetti, tra loro interdipendenti, dell'estinzione della società incorporata e della contestuale sostituzione a questa, nella titolarità dei rapporti giuridici attivi e passivi, anche processuali, della società incorporante, che*

¹²⁸ V. E. BERGAMO E P. TIBURZI, *Le nuove trasformazioni fusioni scissioni*, Giuffrè, 2005, p. 114.

¹²⁹ Il testo del previgente art. 2504-bis, I comma, c.c. – inserito dall'art. 13 del D.Lgs. 16 gennaio 1991, n. 22, “Attuazione delle direttive n. 78/855/CEE e n. 82/891/CEE in materia di fusioni e scissioni societarie ai sensi dell'art. 2, comma 1, della legge 26 marzo 1990, n. 69” – recitava: *“La società che risulta dalla fusione o quella incorporante assumono i diritti e gli obblighi delle società estinte”*.

rappresenta il nuovo centro di imputazione e di legittimazione dei rapporti giuridici già riguardanti i soggetti incorporati (cfr. tra le molte Cass. n. 4679/02; Cass. n. 10595/01)”; così Cass. sez. I civ., 16 febbraio 2007, n. 3695.

Era stato conseguentemente evidenziato che: “[...] *la fusione determina una vicenda estintivo-costitutiva; comporta, ossia, una successione universale della società che risulta dalla fusione in tutti i rapporti giuridici trasmissibili [...] delle società che vi partecipano che, di conseguenza, si estinguono [...]*”¹³⁰.

In relazione al nuovo tenore dell’art. 2504-bis, comma 1, c.c., le SS.UU. della medesima Corte avevano peraltro già avuto modo di affermare che: “*L’art. 2505 bis c.c. [rectius: l’art. 2504-bis, c.c.; ndr], nel testo vigente, stabilisce, infatti, al primo comma, che la società risultante dalla fusione o quella incorporante assumono i diritti e gli obblighi delle società partecipanti alla fusione, proseguendo in tutti i loro rapporti, anche processuali, anteriori alla fusione. Il legislatore ha così (definitivamente) chiarito che la fusione tra società, prevista dagli artt. 2501 c.c. e segg., non determina, nella ipotesi di fusione per incorporazione, l’estinzione della società incorporata, né crea un nuovo soggetto di diritto nell’ipotesi di fusione paritaria; ma attua l’unificazione mediante l’integrazione reciproca delle società partecipanti alla fusione. Il fenomeno non comporta, dunque, l’estinzione di un soggetto e (correlativamente) la creazione di un diverso soggetto; risolvendosi (come è già stato rilevato in dottrina) in una vicenda meramente evolutiva-modificativa dello stesso soggetto, che conserva la propria identità, pur in un nuovo assetto organizzativo*”¹³¹.

In ragione di quanto sopra sembra lecito ritenere che – a seguito della fusione – i rapporti bancari in essere proseguiranno con la società risultante dalla fusione.

In relazione alla natura giuridica della scissione – anche in questo caso senza poter entrare in una compiuta disamina della medesima – occorre mettere in evidenza che nella scissione cd. “parziale” (con ciò intendendosi quella scissione mediante la quale la società scissa – che perdura – assegna parte del suo patrimonio ad una o più altre società), non si verifica un fenomeno successorio a carattere universale (come invece si deve ritenere avvenga nella scissione cd. totalitaria¹³², nella quale la società scissa si

¹³⁰ E. BERGAMO E P. TIBURZI, *Le nuove trasformazioni* cit., p. 137.

¹³¹ Cass. civ. SS.UU. 08 febbraio 2006, ord. n. 2637, in *Riv. Not.*, 2006, 4, p. 1135, con nota di F. SCALABRINI E G. A. M. TRIMARCHI, secondo i quali: “*In questo senso, si spiega anche la prosecuzione di tutti i rapporti contrattuali, dal momento che il verbo “proseguire” – utilizzato dall’articolo 2504 bis c.c. – assorbe ed elimina ogni questione, in ordine al concetto di successione, ponendo l’estinzione su di un diverso piano e finendo per essere talmente assorbente, da contenere, nel suo alveo, anche i rapporti “intuitu personae” [...]*”.

¹³² Così Cass. n. 6143/2001, secondo la quale: “*Va allora rilevato che nella scissione delle società non si verifica il trasferimento da un soggetto ad un altro di singoli beni, e neanche di un complesso organizzato di beni come nel trasferimento di azienda, ma, come rilevato in*

estingue), ma soltanto un fenomeno successorio a titolo particolare. Sembra in tal senso significativo il rilievo dato nell'art. 2506-bis, comma 1, c.c., alla redazione del progetto di scissione dal quale deve risultare: “[...] l'esatta descrizione degli elementi patrimoniali da assegnare a ciascuna delle società beneficiarie e dell'eventuale conguaglio in denaro”.

In Dottrina è stato evidenziato che: “Dal momento in cui la scissione prende effetto, ciascuna delle società beneficiarie assume i diritti e risponde degli obblighi della società scissa che le sono assegnati all'atto della scissione [...], ivi compresi i rapporti contrattuali pendenti, per i quali, ove nulla sia stato previsto, troverà applicazione l'art. 2558 c.c. [...]”¹³³.

Laddove si ritenga applicabile – anche alla scissione – la norma dettata dal codice civile in tema di trasferimento d'azienda e, in particolare, per quel che qui rileva, quella relativa alla successione nei contratti di cui all'art. 2558, c.c.¹³⁴, la detta successione dovrebbe nuovamente escludersi, secondo quanto già detto, in virtù del richiamato “carattere personale” dei contratti di finanziamento bancario. Ferma quindi restando la possibilità dell'assunzione del debito della società scissa da parte della società beneficiaria dell'assegnazione, con la garanzia per i creditori prevista dall'ultimo comma dell'art. 2506-*quater*, c.c.¹³⁵, la prosecuzione – da parte di quest'ultima – dei rapporti contrattuali pendenti relativi ai finanziamenti bancari meriterebbe di trovare una adeguata e circostanziata previsione nel progetto di scissione.

19. Il frazionamento dell'ipoteca. Rinvio

dottrina, una vera e propria successione a titolo universale tra i soggetti implicati, anche se con frazionamento tra soggetti diversi del patrimonio e dei relativi rapporti. Ciò si evince dalla complessiva funzione e dalla disciplina dell'istituto e, in particolare, sia dal parallelismo della vicenda in esame con quella della fusione di società, a cui la accomuna l'identità di notevole parte della disciplina e in relazione alla quale è acquisita nella giurisprudenza di questa Corte l'applicabilità della nozione di successione a titolo universale (Cass. n. 4812/1996; Cass. n. 6177/1996 e Cass. n. 3694/1998), sia dalla circostanza che nella scissione totalitaria si verifica la contemporanea e immediata estinzione della società originaria con totale omissione della fase di liquidazione. E la totale mancanza della fase di liquidazione può essere giustificata solo dal fatto che alle società beneficiarie della scissione passano tutte le posizioni attive e passive relative alle parti di patrimonio rispettivamente loro attribuite, salva l'ulteriore garanzia della responsabilità solidale di tutte per i debiti, nei limiti del patrimonio netto ad esse trasferito (art. 2504-decies, che contiene ulteriori precisazioni per il caso di scissione parziale)”.

¹³³ E. BERGAMO E P. TIBURZI, *Le nuove trasformazioni* cit., p. 301.

¹³⁴ Sembra propendere per la soluzione negativa G. GROSSO, *Rassegna di problematiche in tema di scissione*, in *Riv. Not.*, 2008, n. 3, p. 704.

¹³⁵ Secondo il quale: “Ciascuna società è solidalmente responsabile, nei limiti del valore effettivo del patrimonio netto ad essa assegnato o rimasto, dei debiti della società scissa non soddisfatti dalla società cui fanno carico”.

Una disamina delle più ricorrenti problematiche che occupano l'operatore bancario in materia di accollo del debito non può prescindere dal tema – connesso *ratione materiae* – del frazionamento dell'ipoteca.

Si deve brevemente accennare al fatto che l'indagine sul frazionamento dell'ipoteca – che ha occupato e occupa la Dottrina in materia ipotecaria – ha sempre preso le mosse dall'assunto della indivisibilità dell'ipoteca, enunciato dall'art. 2809, c.c. e dalla conseguente possibilità che il creditore rinunci a tale indivisibilità; l'opinione prevalente in Dottrina configura quindi il frazionamento dell'ipoteca come una rinuncia al principio di indivisibilità della stessa¹³⁶.

In questa sede, ai limitati fini delle presenti riflessioni, potrà soltanto evidenziarsi che il principio di indivisibilità dell'ipoteca – nella sua duplice rilevanza di indivisibilità relativamente all'oggetto e indivisibilità relativamente al credito¹³⁷ – condurrebbe rigorosamente ad una situazione di *impasse* in tutti quei casi nei quali la banca sia richiesta di erogare un finanziamento di importo considerevole iscrivendo ipoteca su un fabbricato o – prima ancora – sul terreno sul quale il fabbricato sarà realizzato; a seguito della realizzazione di tante distinte unità immobiliari destinate alla vendita frazionata, da una parte i singoli acquirenti non avrebbero la possibilità di accollarsi quote di mutuo “proporzionate” al singolo bene oggetto di acquisto e al prezzo da corrispondere al venditore, dall'altra dovrebbero temere l'espropriazione anche di quel singolo bene nel caso di inadempimento dei terzi proprietari delle altre unità immobiliari. A tale elementare necessità dei commerci e dei traffici risponde la prassi mediante il cd. “frazionamento dell'ipoteca”, consistente nella “[...] *divisione del vincolo ipotecario, gravante su una o più unità immobiliari a garanzia di un credito, in forza del quale ciascuna parte dell'immobile o degli immobili frazionati non risponde che per quella parte soltanto del credito proporzionalmente attribuitagli in seguito alla corrispondente operazione di ripartizione della somma mutuata*”¹³⁸.

Nel diritto positivo è dato rinvenire pochi riferimenti al frazionamento, in materia di edilizia sovvenzionata¹³⁹ e attualmente – con riferimento al solo credito fondiario - nell'art. 39 del TUB e poi nell'art. 2825-*bis*, c.c.

Non è possibile in questa sede dare conto, sia pure in maniera superficiale, delle conclusioni cui la Dottrina e la Giurisprudenza sono giunte in materia di frazionamento dell'ipoteca; tuttavia occorre dare conto

¹³⁶ V. al proposito, per tutti, P. BOERO, *Le ipoteche*, Torino, UTET, 1999, p. 213 e ss.; M. AVAGLIANO, *Il diritto al frazionamento del promissario acquirente di immobili da costruire*, *Riv. Not.*, 2005, 6, p. 1197; A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, Giuffrè, 2006, p. 77 e ss.

¹³⁷ Per le quali, v. P. BOERO, *Le ipoteche* cit., p. 204 e ss.

¹³⁸ Così BUCCIANTE, *Frazionamento d'ipoteca ed annotazioni*, in *Rivista di diritto ipotecario*, 1964, menzionato da P. BOERO, *Le ipoteche* cit., p. 214.

¹³⁹ Gli articoli 139 e 140 del R.D. 28 aprile 1938, n. 1165, “*Approvazione del testo unico delle disposizioni sull'edilizia popolare ed economica*” prevedevano la ripartizione delle ipoteche delle Cassa depositi e prestiti nei riguardi dei soci proprietari degli alloggi o dei loro aventi causa, con lo stesso grado delle ipoteche da ripartirsi.

del fatto che – come è stato opportunamente evidenziato dal RAVAZZONI¹⁴⁰ – allo stato attuale della legislazione non è possibile affermare l'esistenza nel nostro ordinamento di un principio generale che riconosca al debitore la possibilità di ottenere il frazionamento dell'ipoteca; il “diritto al frazionamento” è infatti positivamente affermato soltanto in relazione al credito fondiario, materia in relazione alla quale il Legislatore ha manifestato una particolare attenzione.

20. L'art. 2825-bis, cod. civ. ...

Questo articolo - come noto introdotto dall'art. 3, comma 3, del D.L. 31 dicembre 1996, n. 669, convertito, con modificazioni, nella L. 28 febbraio 1997, n. 30 – stabilisce una parziale deroga alla regola generale introdotta – con il medesimo D.L. – all'art. 2645-bis, c.c.

La fattispecie che il Legislatore ha tenuto presente può essere così riassunta: se un costruttore ha stipulato dei contratti preliminari di vendita relativi alle unità immobiliari in corso di costruzione e destinate alla vendita frazionata e questi preliminari vengono regolarmente trascritti ai sensi e per gli effetti dell'art. 2645-bis, c.c. – così attuandosi l'effetto prenotativo della trascrizione medesima – il costruttore medesimo (dopo la trascrizione dei preliminari di vendita) non troverebbe alcuna banca disposta a erogare un finanziamento ipotecario destinato ad assistere la realizzazione dell'intervento edilizio.

Infatti, una volta avvenuta la trascrizione dei preliminari, la banca richiesta di erogare un finanziamento ipotecario dovrebbe temere l'effetto prenotativo della trascrizione stessa, che – secondo il paradigma enunciato nell'art. 2645-bis, comma 2, c.c. – determinerebbe, una volta trascritto il contratto definitivo a favore dell'acquirente, l'inopponibilità dell'ipoteca stessa nei confronti di quest'ultimo¹⁴¹.

Proprio per evitare questo effetto indesiderato – che impedirebbe al costruttore la stipulazione (e trascrizione) di contratti preliminari di vendita prima della stipulazione del contratto di finanziamento ipotecario con la banca, ovvero impedirebbe alla banca la stipulazione del contratto di finanziamento dopo la trascrizione dei contratti preliminari di vendita – è stato introdotto l'art. 2825-bis, c.c. il quale – mediante una deroga¹⁴² al regime introdotto dall'art. 2645-bis, c.c. – stabilisce che: “L'ipoteca iscritta

¹⁴⁰ *Le ipoteche* cit., p. 82.

¹⁴¹ Recita infatti la norma in questione: “La trascrizione del contratto definitivo o di altro atto che costituisca comunque esecuzione dei contratti preliminari di cui al comma 1, [...] prevale sulle trascrizioni e iscrizioni eseguite contro il promittente alienante dopo la trascrizione del contratto preliminare”.

¹⁴² V. P. BOERO, *Le ipoteche* cit., p. 283. C. M. TARDIVO, *Il credito fondiario nella nuova legge bancaria*, Milano, Giuffrè Editore, 2006, p. 85, evidenzia che: “In buona sostanza, purché nel preliminare [...] sia convenuto l'accollo del debito fondiario [...] è prevista la prevalenza dell'eventuale e successiva ipoteca fondiaria sulla trascrizione del preliminare: in pratica la 'postergazione automatica' della trascrizione del preliminare alla garanzia fondiaria”.

su edificio o complesso condominiale, anche da costruire o in corso di costruzione, a garanzia di finanziamento dell'intervento edilizio ai sensi degli articoli 38 e seguenti del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, prevale sulla trascrizione anteriore dei contratti preliminari di cui all'articolo 2645 bis, limitatamente alla quota di debito derivante dal suddetto finanziamento che il promissario acquirente si sia accollata con il contratto preliminare o con altro atto successivo [...]".

E' da notare che, sebbene la norma possa *prima facie* apparire quale norma di favore per le banche, essa in realtà sembra – secondo quanto sopra evidenziato – più propriamente posta a salvaguardia della possibilità di accesso al finanziamento bancario, tanto per il costruttore, quanto per l'acquirente finale; così come l'art. 1273, ult. comma, stabilisce che: *"In ogni caso il terzo è obbligato verso il creditore che aderito alla stipulazione nei limiti in cui ha assunto il debito [...]"*, l'art. 2825-bis permette, in deroga all'art. 2645-bis, la sopravvivenza dell'ipoteca iscritta a garanzia del mutuo: *"[...] limitatamente alla quota di debito derivante dal suddetto finanziamento che il promissario acquirente si sia accollata [...]"*.

In mancanza dell'art. 2825-bis l'accollo – di norma contenuto nel contratto definitivo che costituisce esecuzione del contratto preliminare trascritto – sarebbe reso sostanzialmente impossibile dalla trascrizione del contratto definitivo medesimo, per l'effetto di prevalenza di quest'ultimo sull'ipoteca precedentemente iscritta, stabilita dall'art. 2645-bis.

Tuttavia, l'espresso riferimento alle operazioni di credito fondiario, ha l'effetto di circoscrivere la portata della deroga alle sole operazioni della specie¹⁴³, lasciando le banche esposte al rischio della trascrizione anteriore dei contratti preliminari per le operazioni di credito ipotecario ordinario e – a seguito di ciò – i richiedenti il finanziamento esposti al rischio del diniego da parte del finanziatore. L'art. 2825-bis, c.c. finisce così per svolgere una funzione promozionale nei confronti del credito fondiario, rendendolo – quantomeno per questa ragione – preferibile per la banca – e per il richiedente – rispetto al credito ipotecario ordinario.

21. Segue: l'art. 39 del Testo Unico Bancario: il frazionamento (e l'accollo) del mutuo fondiario

Il sesto comma dell'art. 39 del TUB, nella sua originaria formulazione, stabiliva che: *"In caso di edificio o complesso condominiale, il debitore e il terzo acquirente del bene ipotecato hanno diritto alla suddivisione del finanziamento in quote e, correlativamente, al frazionamento dell'ipoteca a garanzia. Il conservatore dei registri immobiliari annota la suddivisione e il frazionamento a margine dell'iscrizione presa"*.

¹⁴³ V. P. BOERO, *Le ipoteche* cit., p. 287. C. M. TARDIVO, *Il credito fondiario nella nuova legge bancaria* cit., p. 90, evidenzia che: *"Prevale sicuramente l'ipoteca fondiaria a favore delle banche sulla precedente trascrizione del preliminare ocn previsione di futuro accollo [...]. Non prevale l'ipoteca a favore delle banche, in presenza di mutui ipotecari ordinari concessi al promittente venditore [...]"*.

La norma riproduceva in parte previsioni più risalenti¹⁴⁴ con la sostanziale novità – sia pure, beninteso, sempre e solo limitatamente alle operazioni di credito fondiario – di elevare al rango di diritto del debitore/mutuatario e del terzo acquirente, quella che inizialmente era soltanto una mera facoltà (di consentire il frazionamento) del creditore/mutuante.

Da notare altresì che, nella normativa sul credito fondiario, il frazionamento (unitariamente inteso), viene definito dal Legislatore mediante il riferimento a due distinte operazioni denominate l'una “suddivisione del finanziamento in quote” e l'altra “frazionamento dell'ipoteca”.

A seguito delle modificazioni introdotte dall'art. 7 del D.Lgs. 20 giugno 2005, n. 122, il precitato 6° comma dell'art. 39, TUB, è stato modificato come segue: *“In caso di edificio o complesso condominiale per il quale può ottenersi l'accatastamento delle singole porzioni che lo costituiscono, ancorché in corso di costruzione, il debitore, il terzo acquirente, il promissario acquirente o l'assegnatario del bene ipotecato o di parte dello stesso, questi ultimi limitatamente alla porzione immobiliare da essi acquistata o promessa in acquisto o in assegnazione, hanno diritto alla suddivisione del finanziamento in quote e, correlativamente, al frazionamento dell'ipoteca a garanzia”*¹⁴⁵.

¹⁴⁴ In ordine cronologico, l'art. 3, del D.P.R. 21 gennaio 1976, n. 7, *“Norme relative alle emissioni obbligazionarie da parte degli enti di credito fondiario ed edilizio e delle sezioni autonome per il finanziamento di opere pubbliche e di impianti di pubblica utilità e all'adeguamento del regime giuridico dell'organizzazione e dell'attività dei predetti enti e sezioni”* stabiliva – ai commi 5 e 6 - che l'ente erogatore *“ [...] potrà consentire la suddivisione del mutuo in quote e, correlativamente, il frazionamento dell'ipoteca a garanzia”* e inoltre che: *“ Della suddivisione del mutuo e del frazionamento dell'ipoteca il conservatore dei registri immobiliari eseguirà annotazione a margine dell'iscrizione presa”*. La successiva l. 6 giugno 1991, n. 175, *“Revisione della normativa in materia di credito fondiario, edilizio ed alle opere pubbliche”* stabiliva all'art. 5, commi 5 e 6 che: *“In caso di edificio o complesso condominiale l'ente consente, nell'atto di quietanza finale a saldo ed a richiesta del mutuatario, la suddivisione del mutuo in quote e, correlativamente, il frazionamento dell'ipoteca a garanzia. Della suddivisione del mutuo e del frazionamento della ipoteca il conservatore dei registri immobiliari esegue annotazione a margine dell'iscrizione presa”*.

¹⁴⁵ Inoltre, sono stati inseriti i seguenti commi:

“6-bis. La banca deve provvedere agli adempimenti di cui al comma 6 entro il termine di novanta giorni dalla data di ricevimento della richiesta di suddivisione del finanziamento in quote corredata da documentazione idonea a comprovare l'identità del richiedente, la data certa del titolo e l'accatastamento delle singole porzioni per le quali è richiesta la suddivisione del finanziamento. Tale termine è aumentato a centoventi giorni, se la richiesta riguarda un finanziamento da suddividersi in più di cinquanta quote.

6-ter. Qualora la banca non provveda entro il termine indicato al comma 6-bis, il richiedente può presentare ricorso al presidente del tribunale nella cui circoscrizione è situato l'immobile; il presidente del tribunale, sentite le parti, ove accolga il ricorso, designa un notaio che, anche avvalendosi di ausiliari, redige un atto pubblico di frazionamento sottoscritto esclusivamente dal notaio stesso. Dall'atto di suddivisione del finanziamento o dal diverso successivo termine stabilito nel contratto di mutuo decorre, con

A opinione di chi scrive, il percorso seguito dal Legislatore non dovrebbe ritenersi concluso. Da una parte – con l’emanazione del TUB, la “despecializzazione” e la creazione della “banca universale” – si è dato corso ad uno “svuotamento” dei contenuti della disciplina del credito fondiario, al punto che molti Autori si sono interrogati circa il senso e l’utilità della sopravvivenza di una disciplina speciale nell’Ordinamento¹⁴⁶; dall’altra, nel tentativo – certamente lodevole – di individuare precisi strumenti di tutela del promissario acquirente di immobili in corso di costruzione, è stata emanata una disciplina che, modificando e integrando l’art. 39, TUB, esplica certamente una funzione di protezione della parte debole, ma soltanto nell’ambito del credito fondiario, tralasciando quindi l’ambito del credito ipotecario ordinario.

Peraltro è appena il caso di evidenziare che tutte le articolate previsioni contenute nell’art. 2825-*bis*, c.c. e nei commi da 6 a 6-*quater* dell’art. 39 del TUB, sono rivolte a rendere concretamente attuabile il frazionamento, ma nulla stabiliscono in relazione al connesso e conseguente accollo¹⁴⁷.

In questa sede si vuole evidenziare che, in un rapporto contrattuale improntato a criteri di buona fede e correttezza, la suddivisione del mutuo in quote e il corrispondente frazionamento dell’ipoteca – quale negozio conclusivo di una operazione di mutuo fondiario per la realizzazione di un intervento edilizio destinato alla vendita frazionata e strumentale ai futuri

riferimento alle quote frazionate, l’inizio dell’ammortamento delle somme erogate; di tale circostanza si fa menzione nell’atto stesso.

6-quater. Salvo diverso accordo delle parti, la durata dell’ammortamento è pari a quella originariamente fissata nel contratto di mutuo e l’ammortamento stesso è regolato al tasso di interesse determinato in base ai criteri di individuazione per il periodo di preammortamento immediatamente precedente. Il responsabile del competente Ufficio del territorio annota a margine dell’iscrizione ipotecaria il frazionamento del finanziamento e della relativa ipoteca, l’inizio e la durata dell’ammortamento ed il tasso relativo”.

¹⁴⁶ V. A. U. PETRAGLIA, *La nuova disciplina* cit., p. 21 e ss. A. BREGOLI, *L’inquadramento delle fattispecie* cit., ha proposto una ricostruzione teorica all’esito della quale ha definito il credito fondiario quale: “[...] finanziamento per l’acquisto od il mantenimento di un bene di preminente interesse sociale, riconosciuto nel valore della proprietà immobiliare”.

¹⁴⁷ A tale proposito è molto interessante citare quanto esposto nella Circolare n. 5, del 28 luglio 2008, della Direzione dell’Agenzia del Territorio, in materia di “*Ipoteca frazionata – surrogazione – profili interpretativi – esecuzione delle formalità ipotecarie*”: “Tali speciali disposizioni sul credito fondiario configurano la possibilità di suddividere sia il credito che l’ipoteca come un vero e proprio diritto del debitore, nel senso che il creditore – nei casi specifici previsti – è tenuto a consentire non solo la suddivisione del mutuo in quote, preordinata all’accollo ad opera del terzo acquirente, ma anche il cosiddetto e correlato “frazionamento dell’ipoteca” [...]”; ancora, in un successivo passaggio: “[...] essendo il frazionamento preordinato, in linea generale, all’accollo del mutuo da parte dei singoli acquirenti degli immobili ipotecati” e infine: “Sull’argomento, si ritiene peraltro opportuno evidenziare che la suddivisione in quote del finanziamento è, di norma, preordinata alla successiva vendita degli immobili ipotecati e al conseguente accollo della quota di debito correlata a ciascuna quota”. P. LOCATELLI, *I problemi giuridici e operativi* cit., p. 246, aveva già evidenziato come: “[...] sotto il profilo squisitamente operativo, il frazionamento del debito e dell’ipoteca costituisca atto prodromico e funzionalmente collegato agli accolli, ossia ai fenomeni di successione particolare nel debito”.

accolti da parte degli acquirenti – dovrebbe essere il frutto di una “cooperazione” tra la parte mutuataria e la banca mutuante, nell’ambito della quale la parte mutuataria recepisce – e trasmette alla banca – le esigenze di accollo dei promissari acquirenti (di norma enunciate nei contratti preliminari di vendita), mentre la banca mutuante verifica che le dette richieste siano ammissibili ai sensi della normativa di riferimento e accettabili dal punto di vista del merito creditizio dei richiedenti.

Esemplificando, nel caso di un mutuo fondiario di 100 per la realizzazione di 10 appartamenti, si potrebbe idealmente addivenire ad un frazionamento in 10 quote, ognuna di capitale originario pari a 10, oppure ad infinite diverse suddivisioni, tenendo conto: (i) del valore dei singoli appartamenti; (ii) della necessità di rispettare la regola fondamentale vigente in materia di credito fondiario, secondo la quale il mutuo deve essere contenuto entro l’80% del valore; e infine (iii) delle esigenze di accollo dei promissari acquirenti. Nel caso in cui, ad esempio, vi siano delle richieste di restrizione ipotecaria – relative ad appartamenti oggetto di preliminare di vendita senza promessa di accollo di quota mutuo e non sia possibile (o non sia richiesto di) attribuire l’eccedenza di capitale mutuato che si renderebbe così disponibile alle unità immobiliari residue – occorrerà dare corso a una riduzione (estinzione anticipata parziale) del mutuo; nell’esempio precedente, laddove venga richiesta la liberazione dall’ipoteca di 5 appartamenti dei 10 realizzati, potrebbe evidentemente non essere possibile (e/o non richiesto dai promissari acquirenti), suddividere il mutuo di 100 in 5 quote (ad es.: ognuna di 20), sui 5 appartamenti residui; in tal caso il mutuo dovrebbe essere ridotto mediante una estinzione anticipata parziale.

Fermo quindi restando il diritto di tutti i soggetti indicati dall’art. 39, comma 6, del TUB, ad ottenere il frazionamento, occorrerebbe chiedersi se la banca mutuante – nell’ambito di una operazione di credito fondiario – abbia la facoltà di subordinare il consenso alla suddivisione del mutuo in quote e al corrispondente frazionamento dell’ipoteca con restrizione della medesima, al pagamento anticipato di una parte del capitale mutuato, evidentemente da individuare di volta in volta nella sua entità mediante una attività di tipo tecnico-peritale, senza però tralasciare l’importanza di profili discrezionali di valutazione del merito creditizio.

Ricondotta la questione nei termini suindicati, occorre esaminare anche quanto stabilito nell’art. 39, comma 5, del TUB, secondo il quale: *“I debitori [...] hanno inoltre il diritto di ottenere la parziale liberazione di uno o più immobili ipotecati quando, dai documenti prodotti o da perizie, risulti che per le somme ancora dovute i rimanenti beni vincolati costituiscono una garanzia sufficiente ai sensi dell’art. 38”*.

Nella redazione della norma sembra che il Legislatore si sia soltanto preoccupato di circoscrivere – da una parte – il diritto del debitore ad ottenere la restrizione e – dall’altra – la facoltà della banca di consentirla ribadendo – forse in maniera persino pleonastica – che, anche a seguito

della restrizione, si debba continuare a rispettare la nota regola dell'80% del valore degli immobili ipotecati. A ben vedere però, sembra che la norma abbia soltanto l'intento di impedire alla banca di utilizzare lo strumento della restrizione per aumentare il cd. LTV¹⁴⁸ al di sopra dell'80%, mentre la Dottrina più attenta¹⁴⁹ ha anche posto in evidenza che: “[...] il diritto alla restrizione attribuito dalla legge speciale (T.U.) ai debitori può essere esercitato solo considerando il rapporto fra il valore attuale dell'immobile ipotecato e la percentuale originaria di concessione del finanziamento che non è necessariamente pari a quella massima [...]” prevista dalla legge; “[...] sembrandoci del tutto aberrante sostenere che, qualora il finanziamento sia stato erogato in una percentuale inferiore a quella prevista, il debitore possa immediatamente esercitare [...]” il diritto di ottenere la restrizione.

Ciò premesso, fermo restando che, a seguito di ogni restrizione, il valore della garanzia residua deve pertanto continuare a essere pari o superiore al 125% del credito vantato dalla banca medesima, in adempimento del dettato normativo, sembra potersi ritenere che la banca e il debitore possano concordare liberamente il “corrispettivo” di ogni singola restrizione, anche ove ciò comporti una variazione – tanto in aumento quanto in diminuzione – dell'originario LTV¹⁵⁰.

Tuttavia, in mancanza di consenso del debitore e quindi di un accordo in tal senso, sarebbe necessario agire con la giusta dose di cautela. In particolare, fermo restando che pare quanto meno opportuno che il frazionamento sia effettuato con criteri di proporzionalità avuto riguardo ai criteri di concessione del finanziamento, si potrebbe anche ritenere che la banca possa avere una maggiore o minore autonomia in sede di frazionamento e restrizione in funzione dell'andamento del mercato immobiliare. La banca dovrebbe in ogni caso tener conto dei dati in possesso del cliente, poiché ove questi sia a conoscenza delle iniziali percentuali di concessione e dei processi valutativi del credito, in assenza di sopravvenuti elementi idonei a giustificare variazioni di costo/valore del cespite, potrebbe contestare i criteri adottati dalla banca in sede di frazionamento/restrizione del mutuo, con un contenzioso che potrebbe anche essere articolato e di non immediata definizione.

In conclusione, la banca richiesta di consentire una restrizione di ipoteca al fine di liberare dal vincolo alcune unità immobiliari potrebbe pretendere

¹⁴⁸ La sigla LTV (*loan-to-value ratio*), esprime l'ammontare del finanziamento come percentuale del valore della garanzia. Precedentemente alla diffusione di tale sigla, si parlava di “rapporto mutuo-valore” o di “rapporto finanziamento-garanzia”.

¹⁴⁹ Così A. U. PETRAGLIA, *La nuova disciplina* cit., p. 90.

¹⁵⁰ C. M. TARDIVO, *Il credito fondiario nella nuova legge bancaria* cit., p. 140, evidenzia che: “Sembra da accogliere la tesi, che, [...] il diritto alla restrizione sussista nel limite dell'originario effettivo rapporto tra importo del finanziamento e valore del bene oggetto della garanzia, quest'ultimo peraltro previo aggiornamento della valutazione ,alla luce dell'ultima parte del comma 5, che fa implicito riferimento al valore attuale al momento della richiesta”.

dal mutuatario la contestuale riduzione del mutuo, non essendo necessariamente tenuta ad accettare un aumento dell'LTV iniziale e quindi un aumento del rischio. E' tuttavia evidente che la mancanza di accordo sull'entità di tale riduzione potrebbe dare luogo ad un contenzioso, anche in considerazione del fatto che di norma nei contratti di mutuo non sono esposte le percentuali di concessione rispetto al valore (LTV), né viene espressamente manifestata una "esigenza" della banca di mantenere invariate tali percentuali in sede di frazionamento, cosicché il cliente potrebbe pretendere – eventualmente anche in sede giudiziale – di ottenere un frazionamento in cui l'LTV iniziale sia modificato in aumento (beninteso però entro il limite di legge dell'80%).

Il portato normativo rischia pertanto di apparire incompleto anche per ciò che riguarda la speciale disciplina del credito fondiario, sia per il silenzio del Legislatore relativamente alle modalità (nel senso che si è detto) secondo le quali si dovrebbe procedere alla "suddivisione del finanziamento in quote", sia perché la espressa previsione di un "diritto al frazionamento" – certamente preordinato e strumentale ad un successivo accollo – non è accompagnata dalla previsione di un corrispondente "diritto all'accollo" (qui inteso come diritto dell'accollante a non vedersi opporre il diniego del creditore all'accollo) e – a ben vedere – anche "scollegata" da quella inerente il "diritto alla restrizione".

Il debitore, il terzo acquirente, il promissario acquirente o l'assegnatario del bene hanno il diritto di ottenere il frazionamento; possono – a tal fine – attivare una procedura mediante ricorso al Presidente del Tribunale, ma non hanno il diritto di stabilire quale sia il corrispettivo da versare alla banca al fine di ottenere la restrizione ipotecaria da determinati beni o di ottenere l'adesione del creditore all'accollo, il quale resterebbe pur sempre libero di opporre il suo diniego o dichiarazione di non volerne profittare, con le conseguenze precedentemente accennate.

Occorre tuttavia prendere atto della concreta impossibilità di disciplinare puntualmente mediante norme di Legge tutte queste operazioni, soggette in parte ad un elevato grado di tecnicismo e in parte a valutazioni discrezionali; la loro regolamentazione sembrerebbe sostanzialmente da rintracciare nel principio di buona fede nell'esecuzione del contratto.

22. L'accollo parziale

Nell'operatività bancaria si assiste talvolta a fattispecie di accollo parziale che – verificandosi al di fuori dell'ipotesi di una garanzia immobiliare frazionabile in più unità suscettibili di vendita separata, che qui evidentemente non rileva – assumono carattere del tutto peculiare.

La figura dell'accollo parziale è insita nella stessa previsione normativa secondo la quale: *"In ogni caso il terzo è obbligato verso il creditore che ha aderito alla stipulazione nei limiti in cui ha assunto il debito [...]"* (art. 1273, c.c., ult. co.).

Si pensi al caso di un mutuo ipotecario di importo prossimo al 100% del valore del bene cauzionale, presto rivenduto ad un prezzo inferiore al debito residuo del mutuo, quindi mediante accollo di una parte soltanto del debito residuo stesso; o al caso di un mutuo ipotecario concesso al nudo proprietario, garantito da ipoteca iscritta sia sul diritto del nudo proprietario che dell'usufruttuario (quale terzo datore d'ipoteca) e al successivo acquisto della nuda proprietà da parte dell'usufruttuario mediante accollo di una parte soltanto del debito residuo (corrispondente al valore della nuda proprietà); ma possono naturalmente ipotizzarsi ulteriori fattispecie.

Si tratta certamente di vicende del tutto residuali, nelle quali il tratto comune è rappresentato da una previsione di accollo che non riguarda l'intero debito gravante sull'accollato, in mancanza però di una precedente suddivisione del debito in quote consentita dal creditore (frazionamento). In tali casi – laddove si tratti di una vendita immobiliare – è dato riconoscere, in sede di regolamento del prezzo, una previsione del seguente tenore: “[...] mediante accollo di una corrispondente quota del mutuo contratto dalla parte venditrice”.

A seguito del negozio di accollo in questione (che le parti contraenti vogliono a efficacia esterna) viene ad esistere una obbligazione solidale nella quale l'accollato e l'accollante sono obbligati nei confronti della banca con modalità diverse¹⁵¹.

In particolare, nell'accollo parziale, l'accollato resta evidentemente obbligato in via principale nei confronti del creditore per quella parte di debito che non è stata accollata, mentre resta anche obbligato in via sussidiaria con l'accollante – secondo i principi generali in tema di accollo cumulativo – per la quota di debito da questi assunta, e così sino a concorrenza dell'intero debito¹⁵².

Come si è detto, l'accollo parziale deve senz'altro essere ritenuto ammissibile¹⁵³ e – del resto – la Legge ammette anche la possibilità che i

¹⁵¹ U. LA PORTA, *L'assunzione del debito altrui*, Giuffrè, 2009, p. 476, evidenzia che: “L'accollo parziale, almeno nella ricostruzione della scarsa giurisprudenza che l'ammette, si concreterebbe nell'assunzione, da parte del terzo, di una frazione (numerica) di un più ampio debito gravante sul debitore originario, determinando, esclusivamente con riguardo alla frazione oggetto di assunzione, il vincolo solidale verso il creditore”.

¹⁵² U. LA PORTA, *L'assunzione del debito altrui*, cit., p. 476, evidenzia che: “L'esatta affermazione secondo la quale la solidarietà passiva si determinerebbe esclusivamente in relazione alla “frazione” di debito oggetto di accollo si comprende spiegando che, nell'ipotesi di specie, la parziale assunzione dell'obbligazione da parte del terzo, determina il frazionamento dell'unico rapporto originario, generando due obbligazioni verso lo stesso creditore: una gravante sul solo debitore originario per la frazione di debito non assunta dal terzo; l'altra gravante su di lui e sul terzo accollante (con vincolo di solidarietà) per quanto oggetto di accollo parziale”.

¹⁵³ U. LA PORTA, *L'assunzione del debito altrui*, cit., pp. 477-478, evidenzia che: “La norma dettata dall'ultimo comma dell'art. 1273 c.c., nella parte in cui fa riferimento “ai limiti” entro i quali l'accollante ha assunto l'obbligazione ben può essere letta come giustificativa del fenomeno, della cui legittimità, invero, non si riesce a dubitare [...] l'accollo parziale fa venir meno l'identità oggettiva tra il debito dell'accollante e quello (complessivo)

singoli debitori in solido siano tenuti ciascuno con modalità diverse (art. 1293, c.c.).

E' verosimile che tali negozi trovino una giustificazione causale solamente in ragione dei particolari rapporti interni tra venditore e acquirente, spesso non desumibili e non noti alla banca mutuante, che viene posta a conoscenza di quanto pattuito soltanto a posteriori.

La fattispecie in questione appare pertanto assolutamente peculiare¹⁵⁴ nell'operatività bancaria, in particolare perché sembra dare luogo alla nascita di due obbligazioni distinte e separate – una dell'accollante e una dell'accollato – e pone all'operatore il seguente interrogativo: è possibile ritenere che la garanzia ipotecaria – che è unica – oltre a garantire l'obbligazione assunta dall'accollante, continui anche a garantire l'obbligazione rimasta in capo all'accollato, con la conseguenza che l'accollante (attuale proprietario del bene) potrebbe subire l'espropriazione del bene – alla stregua di un “terzo datore d'ipoteca” – nel caso di inadempimento da parte dell'accollato?¹⁵⁵.

La risposta dovrebbe prudenzialmente ritenersi negativa, in considerazione del principio di specialità dell'ipoteca e del richiamato principio di indivisibilità della stessa; neanche sembra chiaro in quale modo sia possibile dare conto della situazione così venutasi a creare mediante il sistema della pubblicità immobiliare.

In tale fattispecie il diniego del creditore condurrebbe – secondo quanto noto – all'effetto di degradare l'accollo nell'ambito dei rapporti interni tra accollante e accollato.

Tuttavia, laddove la banca intenda aderire a una tale pattuizione, al fine di una corretta gestione dei rapporti occorrerebbe addivenire alla suddivisione del mutuo in due quote:

- una – come è ormai evidente – corrispondente alla parte di debito che è stata accollata, destinata al rimborso da parte dell'accollante parziale, con evidenza tra le “garanzie ricevute” del nominativo dell'accollato parziale;

dell'accollato, determinando il frazionamento dell'obbligazione originaria in due obbligazioni, di cui una a struttura unisoggettiva, a carico del solo debitore originario, avente ad oggetto la frazione di debito esclusa dall'accollo, e l'altra, a struttura plurisoggettiva e con modalità di attuazione solidale, a carico di debitore originario ed assuntore, avente ad oggetto la frazione di debito assunta”.

¹⁵⁴ In materia di accollo parziale risulta un'unica pronuncia della Cassazione, decisamente risalente (19 maggio 1951, n. 1260), menzionata da U. LA PORTA, *L'assunzione del debito altrui* cit., p. 476 e ss.

¹⁵⁵ U. LA PORTA, *L'assunzione del debito altrui*, cit., p. 477, evidenzia che: “*Il frazionamento del debito originario in due distinti rapporti obbligatori impedisce che l'accollo parziale, pur legittimo, possa produrre successione a titolo particolare nel debito originario da parte del terzo assuntore. La differenza quantitativa tra l'obbligazione dell'accollante e quella dell'accollato spezza l'unitarietà del debito originario, generando, come ritenuto dalla Suprema Corte, una solidarietà tra accollante ed accollato soltanto nei limiti del debito di minor importo (rispetto all'ammontare complessivo del debito originario) oggetto di accollo”.*

- l'altra corrispondente alla parte di debito che non è stata accollata, destinata al rimborso da parte dell'accollato parziale.

Inoltre, dal punto di vista della pubblicità immobiliare, al fine di dare completa attuazione e evidenza della situazione così determinatasi, sembrerebbe opportuno domandare l'annotazione a margine dell'ipoteca del frazionamento (tramite un atto di assenso della banca, anche unilaterale, redatto però in forma di atto pubblico o di scrittura privata autenticata, con relativi oneri economici da sostenere), per fare risultare che il medesimo immobile è gravato da due distinte ipoteche, una a garanzia della quota di debito assunta dall'accollante parziale e l'altra a garanzia del debito gravante sull'accollato parziale.

23. Il problema delle obbligazioni solidali; l'accollo a titolo gratuito e il *pactum de non petendo in personam*

E' un dato di esperienza comune che i mutui concessi alle persone fisiche per finanziare l'acquisto della casa di abitazione o la ristrutturazione della medesima, sono spesso "cointestati", ossia concessi a una parte mutuataria "pluri-personale". Si tratta normalmente di coniugi, od anche di conviventi *more uxorio* e più raramente di soggetti legati da rapporti di parentela, che talvolta si obbligano mediante l'assunzione del mutuo per l'acquisto in comunione del bene cauzionale, o per la ristrutturazione edilizia dello stesso, se già comproprietari del bene immobile.

E' abbastanza ricorrente anche il caso di mutuo cointestato ai coniugi, ma garantito da ipoteca iscritta su bene di proprietà esclusiva di uno soltanto di essi.

In caso di crisi della famiglia (così come nel caso di "deterioramento" dei rapporti personali tra coobbligati non coniugati), si addiuvano talvolta all'attribuzione della proprietà in capo a uno solo dei coniugi (o comunque a uno solo dei precedenti comproprietari) e diventa precipuo interesse del "mutuatario-non proprietario del bene" ottenere la "liberazione", nel dichiarato intento di separare la sua responsabilità patrimoniale da quella dell'altro "mutuatario-proprietario del bene". Analogamente deve dirsi nel caso in cui uno dei mutuatari non sia *ab origine* proprietario del bene, ma abbia (soltanto) accettato di obbligarsi a titolo personale nella veste di mutuatario.

Occorre subito precisare che la possibilità di trasformare una obbligazione solidale passiva in una obbligazione unisoggettiva sembra richiedere necessariamente il consenso di tutti i soggetti coinvolti, creditore compreso.

Come noto, in materia di obbligazioni solidali, l'art. 1301, c.c., stabilisce che: "*La remissione a favore di uno dei debitori in solido libera anche gli altri debitori, salvo che il creditore abbia riservato il suo diritto verso gli altri, nel qual caso il creditore non può esigere il credito da questi, se non detratta la parte del debitore a favore del quale ha consentito la remissione*". Per effetto di tale norma, la banca che

dichiarasse di rimettere il debito nei confronti di uno dei condebitori – pur riservandosi il diritto nei confronti degli altri – non potrebbe evitare la correlata e proporzionale perdita del diritto stesso nei confronti di questi ultimi¹⁵⁶. A ciò si aggiunga il ribadito problema della perdita delle garanzie, di cui all'art. 1275, c.c.

Nella prassi si è talvolta fatto ricorso a un tipo di accollo – che si distingue da quello sinora tenuto presente, in cui l'assunzione del debito altrui è intimamente connessa al trasferimento a titolo oneroso del diritto reale inerente l'immobile stesso – che deve configurarsi quale accollo a titolo gratuito nel caso in cui non vi sia trasferimento, neppure per quote, del diritto di proprietà dell'immobile ipotecato.

L'accollo a titolo gratuito tra debitori in solido – prescindendo dalla sua natura di volta in volta cumulativa o liberatoria – può presentare profili critici connessi alla sua riconosciuta natura di liberalità non donativa e, in particolare, di donazione indiretta¹⁵⁷ e sembra affetto – dal punto di vista della rilevanza “esterna” – da una efficacia “debole” perché – a ben vedere – essendo il condebitore-accollante già tenuto per l'intero nei confronti del creditore¹⁵⁸, a nulla rileverebbe nei confronti di quest'ultimo la nuova assunzione di debito, mentre – dal punto di vista della rilevanza “interna” – un accollo di tal fatta assumerebbe piuttosto la qualifica di rinuncia al regresso tra condebitori previsto dall'art. 1299, c.c.

Inoltre, l'accollo tra debitori in solido sembra presentare ulteriori profili critici in ordine alla esatta “quantificazione” dell'obbligazione che viene assunta dall'accollante.

Secondo quanto sinora ipotizzato, si dia il caso di un debito residuo *ex mutuo* di 100, cointestato a due mutuatari, uno solo dei quali proprietario del bene cauzionale; nei rapporti interni tra i due mutuatari ognuno è responsabile per 50, mentre nei confronti del creditore ciascuno può essere costretto all'adempimento per la totalità. Se il “mutuatario-non proprietario del bene”, con il consenso dell'altro, intende ottenere la “liberazione”, i due

¹⁵⁶ C. M. BIANCA, *Diritto civile* cit. p. 730, ha evidenziato che: “*Il creditore che rimette il credito [sic] nei confronti di un debitore non può validamente riservarsi l'intero diritto verso gli altri condebitori, comprensivo della parte del beneficiario della remissione. Una tale riserva obbligherebbe i condebitori anche per la parte dell'obbligazione che è venuta meno, e ciò in contrasto con una regola di fondo della solidarietà [...]*”.

¹⁵⁷ V. P. CARUSI, *Il negozio giuridico notarile* cit., p. 675.

¹⁵⁸ A tale proposito si deve tuttavia dare conto in una importante pronuncia in materia di obbligazioni in solido, assunta dalle Sezioni Unite della Cassazione con sentenza n. 9148 dell'8 aprile 2008 – in materia di condominio negli edifici – che ha evidenziato quanto segue: “[...] ritenuto che la solidarietà passiva, in linea di principio, esige la sussistenza non soltanto della pluralità dei debitori e della identica causa dell'obbligazione, ma altresì della indivisibilità della prestazione comune; che in mancanza di quest'ultimo requisito e in difetto di una espressa disposizione di legge, la intrinseca parziarietà della obbligazione prevale; considerato che l'obbligazione ascritta a tutti i condomini, ancorché comune, è divisibile, trattandosi di somma di danaro; che la solidarietà nel condominio non è contemplata da nessuna disposizione di legge [...] tutto ciò premesso, le obbligazioni e la susseguente responsabilità dei condomini sono governate dal criterio della parziarietà”.

potrebbero stipulare un accollo (a titolo gratuito), mediante il quale il “mutuatario-proprietario del bene” assume su di sé la quota di debito (pari, come detto, a 50) del “mutuatario-non proprietario del bene”; tuttavia, muovendo dal noto presupposto secondo il quale, dal lato “esterno” (ossia, nei rapporti tra condebitori e creditore), l’obbligazione ha per oggetto l’intero (mentre, dal lato “interno”, nei rapporti tra condebitori, l’obbligazione si divide in parti uguali), un tale accollo, nei confronti del creditore, non dovrebbe essere limitato alla quota ideale di pertinenza di uno solo dei condebitori – ossia, nell’esempio, a 50, tale quota rappresentando proprio il limite della responsabilità del singolo debitore - ma dovrebbe essere pattuito relativamente all’intero debito di 100, proprio al fine di “sollevare” l’altro condebitore da ogni impegno. In altre parole l’accollo che avesse ad oggetto la metà del debito (come sembrerebbe logico assumere), avrebbe forse – da un punto di vista causale – piuttosto la veste di una rinuncia al diritto di regresso, fatta da uno dei debitori in favore dell’altro, ma – nei confronti del creditore – non assurgerebbe al rango di una assunzione del debito altrui e non avrebbe l’effetto di sostituire il debitore originario con un nuovo debitore, o di “rinforzare” o comunque di modificare la potenziale pretesa del creditore nei confronti di quel condebitore accollante.

Da un diverso punto di vista – quello del condebitore accollato – la situazione non sembra diversa; laddove infatti l’altro condebitore si accollasse (soltanto) la metà del debito residuo, il condebitore accollato potrebbe ritenersi responsabile nei confronti del creditore per l’altra metà.

Tale osservazione dovrebbe – forse paradossalmente – valere anche per la fattispecie analoga nella quale i due mutuatari siano comproprietari del bene cauzionale; quello dei due che acquistasse la quota di comproprietà dell’altro dovrebbe certamente corrispondergli la metà del valore del(l’intero) bene, ma dovrebbe pur sempre accollarsi l’intero debito residuo di 100; E’ evidente che tale assunto potrebbe comportare anche problemi nella redazione del relativo patto di accollo in relazione al prezzo pattuito perché, in ipotesi, l’entità del debito oggetto di accollo (ossia l’intero debito, come si è detto) potrebbe essere superiore al prezzo pattuito (ossia la metà del valore dell’intero).

Quello che comunque si vuole porre in rilievo è che – sulla base di un tale accollo – la posizione della banca creditrice nei confronti del (ormai unico) debitore non sarebbe mutata o rafforzata rispetto a prima, ma resterebbe sostanzialmente invariata; si potrebbe pertanto sostenere che una tale pattuizione non potrebbe avere rilievo nei confronti del creditore. E’ tuttavia evidente che in mancanza di un negozio o apparato negoziale, il creditore non potrebbe unilateralmente decidere di liberare uno dei condebitori, od anche soltanto di “volturare” l’ intestazione del debito al nome di uno solo dei due, per non incorrere nella previsione dell’art. 1301, c.c.

A tale fattispecie concreta si è anche fornita soluzione mediante il ricorso all'espromissione, in forma di atto pubblico con l'intervento del solo condebitore-espromittente per assumere su di sé (anche) il debito altrui¹⁵⁹.

Non del tutto esplorata – quantomeno dalla prassi – sembra la possibilità di ricorrere alla delegazione, che nell'esempio precedente potrebbe immaginarsi come l'incarico dato dal “mutuatario/non proprietario del bene/delegante” al “mutuatario/proprietario del bene/delegato” di pagare alla banca delegataria. Più in particolare, potrebbe trattarsi di una delegazione allo scoperto, ove non ricorra il presupposto dell'esistenza di un credito del condebitore-delegante nei confronti del condebitore/delegato e “titolata” con riferimento al credito della banca delegataria. Può osservarsi che – oltre alla già evidenziata possibile mancanza del credito del delegante nei confronti del delegato – sembrerebbe mancare anche il requisito dell'assunzione, da parte del delegato, di pagare al delegatario un debito del delegante, trattandosi evidentemente, di un debito che è già proprio anche del delegato.

Sembra quindi potersi sostenere che – ferma restando la possibilità che uno dei due condebitori rinunci, in ogni momento e nelle forme ritenute più opportune, al regresso nei confronti dell'altro – la banca, allo scopo di sollevare uno o più dei debitori in solido da ogni obbligo restitutorio, potrebbe sottoscrivere in favore di questi un *pactum de non petendo in perpetuum* come sopra detto, attesi i ribaditi rischi in ordine alla liberazione del debitore originario e alla remissione nei confronti del debitore solidale¹⁶⁰.

¹⁵⁹ C. M. BIANCA, *Diritto civile cit.*, p. 665, evidenzia che: “Secondo l'opinione comune in dottrina e in giurisprudenza, l'espromissione è un contratto stipulato tra creditore e terzo. Analogamente a quanto rilevato in tema di delegazione, deve tuttavia ammettersi che l'espromittente possa impegnarsi nei confronti del creditore senza che a tal fine occorra un atto di accettazione da parte di quest'ultimo”, precisando poi che: “In contrario non varrebbe obiettare la generica inammissibilità di negozi unilaterali non previsti dalla legge, poiché [...] il codice definisce l'espromissione quale atto dell'espromittente (1272 cc: il terzo che, senza delegazione del debitore, ne assume verso il creditore il debito ...)”.

¹⁶⁰ C. M. BIANCA, *Diritto civile cit.*, p. 730, dopo aver premesso che: “Il creditore che rimette il credito nei confronti di un debitore non può validamente riservarsi l'intero diritto verso gli altri condebitori comprensivo della parte del beneficiario della remissione”, evidenzia però che: “In dottrina si ritiene tuttavia che la clausola con la quale il creditore si riserva l'intero diritto verso gli altri debitori potrebbe intendersi come impegno di non esercitare il credito nei confronti del beneficiario (*pactum de non petendo*)”, segnalando quindi la possibilità che la volontà del creditore di non agire verso alcuni possa essere dedotta – a contrario – dalla dichiarazione di volontà di mantenere l'intero diritto verso altri. Tuttavia l'Autore precisa che: “Al riguardo deve osservarsi che l'impegno di non esercitare il credito nei confronti di un determinato condebitore è effettivamente inopponibile da parte degli altri condebitori. Tale patto ha però una sua autonoma rilevanza se è limitato ad un determinato tempo o subordinato a determinati presupposti. Altrimenti esso ha senz'altro il significato di una remissione, con la conseguenza che gli altri condebitori devono ritenersi liberati per la parte del beneficiario di essa”. Alla luce di tali argomentazioni, ossia la concreta idoneità del *pactum de non petendo in perpetuum* ad

Anche nelle obbligazioni solidali l'assunzione tra debitori potrebbe quindi avvenire mediante un negozio complesso consistente in: (i) una rinuncia al regresso tra condebitori; e (ii) un *pactum de non petendo in perpetuum* sottoposto alla condizione risolutiva della revoca o della modifica dell'accollo.

A ben vedere, tuttavia, nel caso di specie si tratterebbe piuttosto di dare vita ad un accordo tra la banca e i condebitori in base al quale uno dei condebitori vuole ottenere la liberazione e l'altro condebitore consente di restare obbligato per l'intero nei confronti della banca, che pure è d'accordo, con rinuncia al regresso tra condebitori.

E' evidente allora che, nella fattispecie, si tratterebbe di dare corso ad una novazione tra il creditore e quello dei debitori in solido che intende assumere l'intero debito su di sé, con la conseguente liberazione dell'altro debitore in solido (o degli altri). Secondo l'art. 1300, c.c., infatti: "*La novazione tra il creditore e uno dei debitori in solido libera gli altri debitori. [...]*". E' peraltro da evidenziare che in tale ipotesi non sembra del tutto chiaro se il condebitore novante conservi o meno il diritto di regresso nei confronti dell'altro debitore in solido; in considerazione di ciò potrebbe allora essere opportuno che il condebitore novante dichiari espressamente di rinunciare al diritto di regresso nei confronti dell'altro debitore, il quale sarebbe così liberato dai suoi obblighi nei confronti del creditore (per effetto della novazione) e nei confronti dell'altro condebitore (per effetto della rinuncia di questi al diritto di regresso). Un tale accordo novativo tra il creditore e uno o più dei debitori in solido, dovrebbe naturalmente contemplare un espresso patto di mantenimento delle garanzie, ai sensi dell'art. 1232, c.c. (patto per il quale valgono le perplessità già espresse in relazione all'art. 1275, c.c.). Al di là di tali aspetti, sui quali comunque l'elaborazione di Dottrina e giurisprudenza¹⁶¹ sembra lasciare vasti ambiti di possibilità, resta infatti il problema della liberazione del debitore originario, cui conseguirebbe l'estinzione delle garanzie ai sensi dell'art. 1275, c.c.

Per tutte le ragioni esposte sembra si debba ritenere che l'assunzione di un nuovo mutuo – da parte del (solo) debitore in solido che intende assumere l'intero debito su di sé – mediante il quale estinguere anticipatamente (e totalmente) il precedente mutuo cointestato, accompagnata – se del caso – da una rinuncia al diritto di regresso del (nuovo) mutuatario nei confronti dell'altro debitore in solido, sia l'unica soluzione in concreto praticabile, ancorché la stessa possa presentare dei costi complessivamente superiori alle altre soluzioni descritte.

24. La rinegoziazione del mutuo accollato ...

aggirare il disposto dell'art. 1301, la soluzione non sarebbe praticabile, sebbene lo stesso Autore segnali una risalente Giurisprudenza di contrario avviso.

¹⁶¹ V. P. CARUSI, *Il negozio giuridico notarile* cit., p. 885 e ss.

Un ulteriore aspetto problematico può essere indicato nel fatto che – mentre sino ad alcuni anni fa, la rinegoziazione delle condizioni economiche, od anche “regolamentari”, del contratto di mutuo era scarsamente praticata dagli enti erogatori – soprattutto a partire dalla metà degli anni novanta, in concomitanza dell’aumento delle richieste conseguenti all’andamento dei tassi di interesse, si è assistito a un sempre più ampio utilizzo della rinegoziazione¹⁶², cui va riconosciuto l’indubbio merito di consentire caso per caso la migliore realizzazione degli interessi concreti delle parti. Si pensi al caso del mutuo edilizio erogato all’impresa di costruzioni e poi frazionato in quote, ognuna delle quali viene posta in ammortamento con condizioni diverse – per quanto riguarda tasso, durata e termini di scadenza delle rate – in base delle specifiche richieste dell’acquirente/accollante; ognuna di queste quote (di debito) può essere – durante il periodo di ammortamento – oggetto di accollo successivo e di rinegoziazione¹⁶³.

E’ stato pertanto posto il quesito se per rinegoziare la durata di un mutuo, oggetto di un precedente accollo, occorra anche l’intervento dell’originario mutuatario, mai liberato dal creditore¹⁶⁴.

In relazione a tale quesito è stato risposto che: “[...] avendo ricostruito l’accollo indicato nel quesito come accollo esterno cumulativo, si può concludere che tra debitore originario e terzo accollante si sia instaurato un rapporto solidale a favore del creditore. Avendo, altresì, sostenuto che le differenti modalità dell’adempimento da parte dei condebitori non valgono ad escludere la solidarietà, ai sensi dell’art. 1293 c.c. e che tali modifiche allo schema di adempimento previsto dalla fonte dell’obbligazione possono intervenire anche successivamente al sorgere dell’obbligazione medesima, ne deriva che l’odierno atto di proroga del termine del mutuo avrà effetto solo nei confronti del condebitore che vi partecipa, mentre l’altro rimarrà obbligato secondo le modalità previste dalla fonte originaria, cioè con il termine di adempimento previsto nel mutuo [...]” dandosi pertanto vita a una fattispecie – quella del rapporto

¹⁶² Per una ampia disamina del concetto e delle criticità connesse alla rinegoziazione dei mutui, v. G. PRESTI, *La rinegoziazione dei mutui ipotecari. Qualificazione e disciplina*, in *Mutui ipotecari Riflessioni giuridiche e tecniche contrattuali*, Giuffrè, 1999; da ultimo, v. P. L. FAUSTI, *La “rinegoziazione” dei mutui*, Studio n. 696/2008/C approvato dalla Commissione studi civilistici del Consiglio Nazionale del Notariato il 30 ottobre 2008.

¹⁶³ Appare significativa anche la presa d’atto dell’Amministrazione tributaria, contenuta nelle Istruzioni per la compilazione del Modello Unico Persone Fisiche (cfr edizione 2010): “*In caso di rinegoziazione di un contratto di mutuo per l’acquisto di propria abitazione si modificano per mutuo consenso alcune condizioni del contratto di mutuo in essere, come ad esempio il tasso di interesse. In tal caso le parti originarie (banca mutuante e soggetto mutuatario) e il cespite immobiliare concesso in garanzia restano invariati. [...] Le parti contraenti si considerano invariate anche nel caso in cui la rinegoziazione avviene, anziché con il contraente originario, tra la banca e colui che nel frattempo è subentrato nel rapporto di mutuo a seguito di accollo*”.

¹⁶⁴ S. METALLO, *Modifica del termine del mutuo oggetto di accollo. Intervento del solo accollante*, Quesito n. 173-2007/C in *Studi e Materiali*, Giuffrè, 2007, 2, p. 1332.

rinegoziato - “ [...] valida, seppur limitata in termini di efficacia ad uno solo dei condebitori chiamati a rispondere dell’obbligazione ”.

Fermo restando tale principio – e ferma altresì restando la constatazione che sarebbe in concreto difficile ottenere l’intervento del debitore originario (così come degli eventuali accollanti “intermedi”), ad un atto di rinegoziazione da stipularsi tra la banca e quell’accollante che da ultimo riveste la qualità di “obbligato principale” – occorre evidenziare due ulteriori aspetti:

- il primo consistente nel fatto che la rinegoziazione (nella consapevolezza dell’ampiezza di significati riconducibili alla parola), richiesta dal cliente e accordata dalla banca, dovrebbe (il condizionale è d’obbligo), perseguire un risultato concreto di “miglioramento” (il concetto non può che essere vago), delle condizioni, quantomeno nel senso di adeguamento delle condizioni stesse ai desideri, anche transitori, del cliente¹⁶⁵;
- il secondo relativo al fatto che la responsabilità (sussidiaria) del debitore originario/accollato viene attivata dall’inadempimento dell’accollante/obbligato principale.

Da tutto ciò dovrebbe inferirsi che il creditore non avrebbe un interesse al coinvolgimento del debitore originario/accollato nella rinegoziazione concordata con l’accollante/obbligato principale, coinvolgimento che – dal punto di vista del creditore – avrebbe l’effetto di estendere all’obbligato sussidiario un qualche beneficio (per quanto riguarda tasso, durata e termini di scadenza delle rate), che si vuole accordare (si sarebbe tentati di dire: esclusivamente) all’obbligato principale. Sarebbe viceversa ipotizzabile un interesse del creditore al coinvolgimento dell’obbligato sussidiario soltanto nel caso di una rinegoziazione “peggiorativa”, con la quale, ad esempio, si pattuisse un aumento del tasso di interesse.

Neanche sembra del tutto facile individuare la esatta portata concreta del concetto enunciato secondo cui: “[...] l’odierno atto di proroga del termine del mutuo avrà effetto solo nei confronti del condebitore che vi partecipa, mentre l’altro rimarrà obbligato secondo le modalità previste dalla fonte originaria, cioè con il termine di adempimento previsto nel mutuo [...]”¹⁶⁶. Si pensi ad esempio al caso, invero teorico, di un mutuo concesso per una durata di dieci anni, accollato e poi rinegoziato tra la banca e l’accollante con proroga del termine a venti anni; cosa accadrebbe se al quindicesimo anno l’accollante divenisse inadempiente? La banca avrebbe effettivamente titolo per agire (anche) nei confronti del debitore originario?

¹⁶⁵ Si pensi appunto, al caso di proroga del termine, da cui discende una riduzione dell’onere periodico a fronte di un complessivo aumento dell’esborso; o al caso di “trasformazione” del tasso da fisso a variabile o viceversa, in cui è insita l’alea dell’andamento dei tassi; o a modificazioni di minore impatto economico quali la variazione della periodicità di rateizzazione (da semestrale a mensile o viceversa).

¹⁶⁶ S. METALLO, *Modifica del termine del mutuo* cit.

Appare senz'altro auspicabile che, in considerazione del già rammentato accresciuto ricorso allo strumento della rinegoziazione, questa ed altre questioni possano trovare risposta.

25. Segue: e l'accollo del mutuo rinegoziato

E' ormai evidente che possono essere individuati profili critici anche nella fase successiva alla rinegoziazione, laddove, appunto, il mutuo (che sia stato) oggetto di rinegoziazione, sia poi oggetto di accollo. Nessun problema sembra infatti potersi ipotizzare nel caso in cui la rinegoziazione sia stata pattuita mediante la sottoscrizione di un atto pubblico, o scrittura privata autentica, cui abbia fatto seguito una annotazione a margine dell'ipoteca iscritta¹⁶⁷. L'acquirente/accollante sarà così posto nella

¹⁶⁷ A chi scrive non sembra revocabile in dubbio la possibilità di domandare – e ottenere – la annotazione a margine dell'ipoteca, di un atto di rinegoziazione delle originarie condizioni contrattuali. P. BOERO, *Le ipoteche* cit., pp. 141 e ss., con riferimento all'annotazione ex art. 2843, c. c., indica che: “L'art. 2843, 1° comma, cod. civ. contiene una elencazione di atti, comportanti trasmissione o vincolo dell'ipoteca, per i quali si rende necessaria l'annotazione [...]. E' opinione concorde della dottrina che l'elencazione di cui all'art. 2843, 1° comma, cod. civ. non sia tassativa [...]. Secondo Rubino [...], l'annotazione è richiesta per l'ipotesi di novazione soggettiva attiva con espressa riserva di mantenimento dell'ipoteca, non invece per quella passiva né per la novazione oggettiva. Per quest'ultima, l'opinione prevalente sembra tuttavia orientata nel senso della necessità anche per essa dell'annotazione [...]. Si è infatti osservato che, in relazione al mutamento oggettivo del credito, si pone pur sempre un'esigenza di tutela dei terzi, così come per quello soggettivo, e che sarebbe contrario ai principi della pubblicità immobiliare sottrarre alla conoscibilità attraverso i pubblici registri il patto di mantenimento della garanzia, che costituisce addirittura il titolo dell'ipoteca per il credito originato dalla novazione”; Il medesimo Autore precisa altresì (*ibidem*, pp. 679-680) che: “Le annotazioni possono avere un oggetto assai vario, e, correlativamente, anche la loro efficacia può mutare a seconda delle singole fattispecie [...]” ed elenca quindi, tra gli altri tipi, gli: “d) Annotamenti infine capaci di produrre solo gli effetti connessi alla pubblicità notizia, e la cui esecuzione – per ciò stesso – è completamente libera per le parti, tanto se ammessi esplicitamente dalla legge [...] tanto se ammessi implicitamente perché ritenuti non vietati, non contrastando essi con l'ordinamento ipotecario”. Circa quest'ultimo punto, è infatti opinione comune che sia ammissibile – con effetti di mera pubblicità-notizia facoltativa – qualunque annotazione, anche non espressamente prevista dalla legge, purché non si ponga in contraddizione coi principi che reggono il sistema ipotecario [...]”. A. RAVAZZONI, *Le ipoteche* cit., p. 354 e ss., ha evidenziato che: “Poiché l'ipoteca è destinata, normalmente, a durare nel tempo, il legislatore si preoccupa che sia conferita adeguata pubblicità alle variazioni che possano intervenire, in ordine sia al creditore stesso, sia alle vicende del credito, in sé e per sé considerato [...]. Al proposito, il legislatore ha previsto la figura della annotazione; una forma, cioè, di pubblicità accessoria, nel senso che integra una pubblicità già esistente, normalmente rendendo noto un fatto successivamente accaduto. [...] in relazione all'ampio fascio di eventi, suscettibili di essere oggetto di annotazione (ad esempio, cambiamento di domicilio) sembra più opportuno limitarsi a rilevare che la pubblicità attuata con l'annotazione è spesso richiesta dalla legge [...] mentre in altre ipotesi, essa appare dettata da ragioni di opportunità”. P. L. FAUSTI, *La “rinegoziazione” dei mutui* cit., evidenzia che: “In questi casi appare del tutto congruo con i principi che reggono la pubblicità immobiliare rendere edotti eventuali futuri creditori, che facciano legittimamente affidamento sul patrimonio immobiliare del debitore, del peggioramento delle condizioni del prestito. Il medesimo ragionamento vale in relazione alle modifiche alla durata, in

condizione di conoscere dettagliatamente le nuove condizioni che disciplinano il rimborso del debito residuo oggetto di accollo, così realizzandosi appieno la tutela dell'affidamento dei terzi.

E' tuttavia noto che l'adozione della forma solenne per tali negozi è ormai ampiamente desueta, per una moltitudine di ragioni – delle quali in questa sede è opportuno tenere in conto soltanto quella direttamente riferibile al dato normativo¹⁶⁸ – a tutto vantaggio della prassi dello scambio di lettera o della scrittura privata (non autenticata).

In considerazione di quanto sopra soltanto accennato – da una parte – in merito alla idoneità della rinegoziazione ad adeguare le condizioni del rapporto ai desideri, anche transitori, del cliente e – dall'altra – alla non del tutto certa idoneità della rinegoziazione medesima a perseguire un concreto risultato di “miglioramento” delle condizioni del rapporto¹⁶⁹, è evidente che potrebbe ipotizzarsi un concreto interesse dell'accollante a disconoscere e a denegare le nuove condizioni regolamentari ed economiche concordate tra la banca e il suo dante causa, eccependone in primo luogo la mancata conoscenza e conoscibilità.

Si tratterebbe verosimilmente di eccezioni relative tanto al “rapporto di provvista”, laddove, ad esempio, questo fosse “reticente” relativamente a tali intervenute modificazioni, quanto al “rapporto di valuta”, del quale l'accollante potrebbe avere interesse a ripristinare le originarie pattuizioni.

quanto l'allungamento della stessa oltre a produrre un probabile aumento dell'ammontare degli interessi [...] comporta anche, e inevitabilmente, il prolungamento del periodo di indisponibilità sostanziale del bene ipotecato. [...] è giocoforza ritenere che: [...] l'annotazione de quo, da ritenersi necessaria, seppur legalmente atipica, abbia "efficacia dichiarativa, [...], e quindi necessaria [...] nei confronti di tutti i terzi (fra cui principalmente gli altri creditori)" [...]. In definitiva, [...] dovrebbe ritenersi del tutto ragionevole la pretesa della banca di rendere edotti eventuali futuri creditori del debitore dell'eventuale peggioramento delle condizioni di prestito; e quindi, in tali casi, di adottare la forma (pubblica o autentica) idonea a rendere possibile l'annotazione. In ogni caso, e cioè sia che si ritenga l'annotazione necessaria in ragione della funzione dichiarativa attribuitale, sia che si ritenga la stessa avere effetti di mera pubblicità-notizia facoltativa, sono pienamente superabili le eventuali incertezze dei Direttori delle Agenzie del Territorio a eseguire le annotazioni”.

¹⁶⁸ Come è noto, il comma 3, ultimo periodo, dell'art. 8 del D.L. n. 7/2007, in materia di “Portabilità del mutuo; surrogazione” - come modificato dalla legge di conversione n. 40/2007 e dall'art. 2, comma 450, lettera b), della l. n. 244/2007 - con un ambito applicativo che sembrerebbe limitato alle fattispecie oggettive e soggettive riconducibili alla rubrica dell'articolo e a quella del Capo in cui l'articolo è contenuto – ma con una ben diversa risonanza mediatica - recita: “*Resta salva la possibilità del creditore originario e del debitore di pattuire la variazione, senza spese, delle condizioni del contratto di mutuo in essere, mediante scrittura privata anche non autenticata*”.

¹⁶⁹ G. PRESTI, *La rinegoziazione dei mutui* cit., pp. 65-66, ha evidenziato che: “*Rinegoziazione non è termine tecnico con significato univoco; [...] si tratta di definizioni convenzionali e, dunque, per certi versi, arbitrarie, [...]. Correlativamente è utile riservare l'espressione rinegoziazione a quelle operazioni che possono riguardare qualunque tipo di debitore, anche non imprenditore, e concernono un singolo rapporto finanziario che viene singolarmente fatto oggetto di una rimodulazione dei suoi tratti morfologici*”.

Si pensi, senza alcuna pretesa di esaustività, al caso di un mutuo a tasso fisso, trasformato a tasso variabile (nel momento in cui questo appariva vantaggioso), e poi accollato in un momento nel quale il tasso variabile era divenuto più oneroso del tasso fisso originariamente stabilito, od all'ipotesi esattamente speculare; od anche a quelle forme di rinegoziazione mediante le quali viene posticipato alla fine del periodo di ammortamento il pagamento, in una unica soluzione o rateale, di una quota del debito, come avviene, ad esempio, mediante la rinegoziazione introdotta dall'art. 3, del D.L. n. 93/2008, e prima di essa, su base convenzionale, per alcuni mutui "in valuta" nei quali l'andamento del rapporto di cambio tra la Lira o l'Euro e la valuta di riferimento (l'ECU od altre) fosse divenuto svantaggioso per il mutuatario.

26. La posizione dei fideiussori

Ugualmente problematica appare la posizione dei fideiussori, spesso chiamati a prestare la garanzia personale anche nelle operazioni di credito fondiario o di credito ipotecario ordinario. E' fatto naturale e ben noto che tali soggetti facciano solitamente parte della cerchia più ristretta dei familiari del mutuatario.

In caso di vendita dell'immobile cauzionale con accollo cumulativo del debito residuo, se da un lato appare incontrovertibile la persistenza dell'obbligazione fideiussoria successivamente all'accollo¹⁷⁰ – cui consegue (soltanto) la degradazione dell'obbligazione del debitore garantito da principale a sussidiaria – dall'altro appare altrettanto incontrovertibile l'interesse dei fideiussori ad essere liberati dall'obbligazione di garantire, in ultima analisi, l'adempimento di un estraneo.

Tale liberazione – che alla stessa stregua di quella del debitore garantito/accollato non è dovuta – resta discrezionalmente rimessa alla volontà del creditore.

A chi scrive sembra che in realtà la natura stessa dell'obbligazione fideiussoria sia scarsamente compatibile con le operazioni di finanziamento a lungo termine garantite da ipoteca immobiliare, dove il trasferimento del diritto di proprietà dell'immobile è normalmente accompagnato dall'accollo del debito. E' del resto noto che le operazioni di finanziamento in questione dovrebbero trovare la garanzia – necessaria e sufficiente – nel valore dell'immobile ipotecato; in tali operazioni la fideiussione, che rappresenta di per sé una garanzia certamente meno efficace dell'ipoteca immobiliare, soddisfa in realtà una diversa esigenza dell'ente finanziatore, che è quella di procedere ad una sorta di "riunione fittizia" del reddito del mutuatario con il reddito del fideiussore, al fine di soddisfare requisiti

¹⁷⁰ Fatte naturalmente slave le ipotesi di liberazione del debitore originario cui consegue l'estinzione delle garanzie per effetto dell'art. 1275, c.c., o di rinuncia alle garanzie ai sensi dell'art. 1238, c.c., o di remissione accordata a uno dei fideiussori con gli effetti di cui all'art. 1239, c.c., o altre ipotesi di estinzione della fideiussione.

“interni” dell’ente finanziatore medesimo in ordine all’esistenza di un adeguato rapporto tra il reddito del debitore e l’onere di rimborso del debito. In altre parole laddove il reddito del mutuatario non sia ritenuto adeguato al rimborso del mutuo richiesto, l’ente finanziatore pretenderà di acquisire una fideiussione, non tanto al fine di garantire il puntuale rimborso del debito, quanto al fine di ritenere – attraverso un artificio concettuale – che il reddito del mutuatario fittiziamente sommato al reddito del fideiussore divenga così adeguato al rimborso del debito. Soltanto per tale ragione sembrerebbe auspicabile evitare l’acquisizione di questo tipo di garanzia.

27. Per una revisione della normativa vigente

Scopo delle precedenti riflessioni era quello di porre in evidenza l’inadeguatezza della previsione codicistica in materia di accollo e, con essa, *in parte qua*, della legislazione speciale sul credito fondiario e sulla tutela dei promissari acquirenti, inadeguatezza che rende problematici alcuni aspetti del rapporto tra la banca creditrice, il debitore originario e il terzo accollante, con particolare riferimento ai seguenti:

- la difficoltà che ragionevolmente si incontra nel definire l’accollo come un evento “vantaggioso” – od anche semplicemente “neutro” – per il creditore;
- l’impossibilità di addivenire alla liberazione del debitore originario senza complessi formalismi, stante il rischio dell’estinzione della garanzia *ex art. 1275, c.c.*;
- la mancanza di una espressa previsione normativa per il caso di diniego, o rifiuto, da parte del creditore di voler profittare dell’accollo;
- la mancanza di una descrizione – e delimitazione – della persistente responsabilità del debitore originario/accollato (così come degli accollanti “intermedi”), unitamente all’ultimo accollante/obbligato principale, nei confronti del creditore;
- la mancanza di un “diritto all’accollo” (qui inteso come diritto dell’accollante a non vedersi opporre il diniego del creditore all’accollo), anche in relazione all’esistenza – per quanto riguarda però soltanto il credito (*rectius*: il mutuo) fondiario – di un “diritto al frazionamento”;
- la difficoltà nel consentire la liberazione di uno dei debitori in solido, stante la particolare disciplina delle obbligazioni di specie.

Tale elencazione non è evidentemente esaustiva, potendosi certamente individuare ulteriori ambiti problematici.

Da una parte infatti la permanenza nel medio e lungo termine dell’obbligazione – sia pure degradata al rango di sussidiaria – in capo al debitore originario e agli accollanti intermedi sembra quasi ripugnare la

coscienza stessa degli operatori¹⁷¹; a ciò si aggiungano i profili di incertezza inevitabilmente connessi e conseguenti alle operazioni di rinegoziazione; “portabilità dei mutui” e cartolarizzazione, che possono riguardare le operazioni a medio e lungo termine, oggetto di accollo; dall’altra occorre continuare a contemperare l’esigenza di liberazione del debitore originario con lo spettro dell’estinzione delle garanzie, naturalmente tenendo in debito conto anche l’interesse del creditore ad evitare utilizzi fraudolenti del negozio di accollo¹⁷².

In un tale contesto a chi scrive non sembrano obiettivamente condivisibili quelle istanze secondo le quali, da parte del creditore, vi debba essere una incondizionata adesione a interpretazioni sostanzialmente “correttive-restrittive”, o persino “abrogative”, della normativa vigente¹⁷³, soprattutto quando queste siano palesemente in contrasto con l’interpretazione giurisprudenziale (oltretutto, è chiaro, con gli interessi del creditore stesso).

Alcuni dei profili critici sopra accennati potrebbero trovare soluzione con alcune modificazioni alla normativa vigente; dette modificazioni dovrebbero quindi prendere le mosse dal presupposto che le previsioni contenute nell’art. 1273, c.c., unitamente a quella enunciata dall’art. 1275, c.c., appaiono oggi non del tutto idonee a disciplinare l’accollo dei mutui bancari, fondiari o ipotecari ordinari, a medio e lungo termine, che è in assoluto la fattispecie di accollo maggiormente ricorrente nella pratica.

Ferma restando la disciplina generale contenuta nel codice, sarebbe quindi auspicabile un intervento del Legislatore volto a disciplinare l’istituto in commento; dette modificazioni potrebbero essere inserite direttamente nel codice civile, con un nuovo articolo 1273-*bis*, e un nuovo articolo 1301-*bis*, che potrebbero essere del seguente tenore, anche se certamente chi scrive non confida di poter sostenere tale impegno con adeguata consapevolezza.

Art. 1273-bis. (Accollo del debito derivante da finanziamenti bancari).

1. Nel caso di accollo del debito derivante da un finanziamento a medio o lungo termine erogato da banche o da intermediari finanziari iscritti negli elenchi di cui agli articoli 106 e 107 del testo unico delle leggi in materia

¹⁷¹ Oltre a determinare riflessi nel bilancio delle imprese, evidenziati da A. MORANO E M. CHIAIA, *Problemi critici dell’accollo* cit.

¹⁷² GIOVANNI GIACOBBE, in *Della delegazione, dell’espromissione e dell’accollo* cit., p. 105: “E’ chiaro, infatti, che, costituendo l’obbligazione un vincolo di natura personale, non può essere imposto ad un soggetto di vedersi mutato il debitore senza il proprio consenso. Ciò appare ancor più evidente nell’accollo, in cui la sostituzione del soggetto passivo dell’obbligazione viene decisa da quest’ultimo, senza che il creditore ne sia a conoscenza”.

¹⁷³ Il riferimento è a quelle opinioni dottrinali, di cui si è dato conto, che circoscrivono – peraltro in maniera concettualmente ineccepibile – l’ambito applicativo dell’art. 1275, c.c., ed anche a quelle che pretendono di superare il dato normativo, laddove questo esige che la liberazione del debitore avvenga mediante dichiarazione espressa del creditore e che se non vi è liberazione del debitore questi rimane obbligato in solido col terzo.

bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e garantito da iscrizione ipotecaria al quale accollato e accollante intendano dare rilevanza esterna, l'accollo deve essere pattuito in forma di atto pubblico o di scrittura privata autenticata sotto pena di nullità e si applicano le norme seguenti.

2. L'accollo così stipulato deve essere portato a conoscenza del creditore mediante trasmissione della copia autentica da effettuarsi a cura del notaio entro il termine di trenta giorni dalla stipulazione o dall'ultima sottoscrizione.

3. Il creditore ha sempre la facoltà di non aderire all'accollo dandone comunicazione all'accollato e all'accollante, nei trenta giorni successivi alla data di ricezione dell'atto portante accollo.

4. Decorso 30 giorni dalla ricezione della copia autentica dell'atto portante accollo, senza che il creditore abbia comunicato il suo diniego all'accollato e all'accollante ai sensi del comma precedente, l'adesione del creditore si intende prestata, con gli effetti di cui al comma 1 dell'art. 1273.

5. Nel caso di mancata adesione del creditore comunicata ai sensi del comma 3, l'accollante ha la facoltà di effettuare un pagamento con surrogazione per volontà del debitore con le modalità previste dall'art. 8 del decreto legge 31 gennaio 2007, n. 7, e la banca subentrante non può eccedere la qualità di debitore del richiedente. La banca originaria è sempre tenuta ad accettare il pagamento. Nelle more del perfezionamento dell'operazione di surrogazione il debitore accollato resta obbligato nei confronti del creditore e l'accollo avrà efficacia interna tra accollato e accollante.

6. Nel caso in cui il debitore originario sia liberato, tutte le garanzie ipotecarie, da chiunque e in qualunque momento concesse, restano valide e ad esse non si applica l'estinzione delle garanzie stabilita dall'art. 1275.

Al comma 1 si delimita l'ambito di applicazione della norma mediante il riferimento all'accollo del debito derivante dai finanziamenti a medio o lungo termine erogati da banche e da intermediari finanziari. Per debito si intende, come già detto, il solo lato passivo del rapporto obbligatorio, mentre il riferimento al medio o lungo termine è già di per sé sufficiente a rendere la norma applicabile a tutte le operazioni di credito fondiario e a quasi tutte le operazioni di credito (meramente) ipotecario; la norma sarebbe applicabile alla sola fattispecie di accollo "esterno" e a tal fine il ricorso al ministero notarile avrebbe lo scopo di evitare l'adozione di tecniche redazionali inappropriate oltre a fornire il negozio delle certezze tipicamente connesse all'intervento del notaio. Occorre del resto evidenziare che, come noto, pur non essendo previsto un requisito di forma per il negozio di accollo, per quel che qui rileva l'accollo è sempre contenuto in un atto pubblico o in una scrittura privata autenticata, potendosi – in concreto – verificare l'ipotesi di una pattuizione di accollo

contenuta in una scrittura privata soltanto nel caso in cui l'accollo sia pattuito non in correlazione al trasferimento del diritto di proprietà del bene cauzionale, fattispecie nella quale – come sopra si è tentato di evidenziare – si verifica una paradossale contrapposizione tra complessità giuridica del negozio e tecnica di redazione.

Al comma 2 si ristabilisce – ma con minori requisiti formali¹⁷⁴ – un obbligo precedentemente vigente in capo al notaio di comunicare alla banca l'avvenuta pattuizione dell'accollo. Nella pratica tale comunicazione viene comunque effettuata a cura del notaio rogante, ma in considerazione del fatto che attualmente la maggior parte dei finanziamenti bancari hanno scadenza mensile, sarebbe opportuno imporre dei limiti temporali che – pur tenendo conto dei termini di registrazione dell'atto – siano piuttosto stringenti, per evitare che varie rate giungano a scadenza successivamente all'accollo senza che la banca ne abbia avuto conoscenza.

Ai commi 3 e 4 si prevede una disciplina di “adesione automatica” all'accollo da parte del creditore, al fine di costringere il creditore a dichiarare nel più breve tempo possibile la sua volontà di non aderire all'accollo, in considerazione del fatto che dall'eventuale dichiarazione di diniego del creditore – e dallo stato di incertezza che normalmente precede tale dichiarazione – discendono importanti ripercussioni nel rapporto tra accollato e accollante e tra questi e la banca. Il rimando al primo comma dell'art. 1273, c.c., vale a determinare l'irrevocabilità dell'accollo, pur in mancanza di una adesione “espressa”.

Al comma 5 si tenta di fornire una possibile soluzione al problema nascente dal diniego del creditore, prevedendo espressamente la possibilità per l'accollante “rifiutato” di rivolgersi ad un'altra banca per effettuare un'operazione di surrogazione/portabilità del mutuo, secondo quanto previsto dall'art. 8 del D.L. n. 7/2007. E' stato infatti evidenziato che a tale possibilità potrebbe ostare proprio la mancata adesione all'accollo da parte della banca “originaria”¹⁷⁵. La norma avrebbe pertanto lo scopo di impedire

¹⁷⁴ E' stato già ricordato che secondo la previgente normativa in materia di credito fondiario, si doveva provvedere alla notificazione a mezzo Ufficiale giudiziario dell'atto portante accollo di mutuo fondiario.

¹⁷⁵ P. L. FAUSTI, *Mutui e clausole vessatorie*, in *Notariato*, 2007, 5, p. 530-531, e poi in *Anticipata estinzione del mutuo e portabilità dell'ipoteca*, in *Banca borsa tit. cred.*, Supplemento al n. 5/2007, p. 43, dove l'Autore ha proposto un testo “alternativo” dell'art. 8 del D.L. n. 7/2007, che viene così illustrato: “*In particolare, il primo comma del testo proposto conferisce la facoltà di surrogazione non solo all'originario debitore ma anche al soggetto che dell'originario debitore abbia assunto il debito. L'ipotesi più comune è quella in cui il debitore originario, nel vendere l'immobile gravato da ipoteca a garanzia del mutuo contratto per l'acquisto, accolti all'acquirente il pagamento alla banca del residuo debito. In tale caso l'accollatario [rectius: l'accollante, ndr] diventa debitore della banca originaria, realizzando così i presupposti della surrogazione, solo se questa aderisce all'accollo. La banca, tuttavia, per diversi legittimi motivi potrebbe anche non aderire all'accollo, restando l'accollatario [rectius: l'accollante, ndr] estraneo ad ogni rapporto con la banca. Per evitare, quindi, che la mancata adesione sia strumentale ad impedire la surrogazione da parte di un soggetto che è, in sostanza, responsabile del debito con la*

ogni eccezione tanto della banca “subentrante” tanto della banca “originaria” alla fattibilità dell’operazione che, ove perfezionata, avrebbe il pregio di trarre d’impaccio tutti i soggetti coinvolti verosimilmente senza oneri economici che non siano quelli eventualmente riferibili alle condizioni di tasso del mutuo per surrogazione, che certamente potrebbero essere deteriori rispetto a quelle del mutuo che si intendeva accollare.

Al comma 6 si prevede che nel caso di liberazione del debitore originario (anche per accollo “liberatorio per condizione espressa della stipulazione”) non sia applicabile la disciplina dell’estinzione delle garanzie ipotecarie, da chiunque e in qualunque momento concesse; non sembrerebbe necessario prevedere una analoga “sopravvivenza” per le garanzie di altro tipo.

Art. 1301-bis. (Accollo del debito derivante da finanziamenti bancari)

1. Nel caso di debito derivante da un finanziamento a medio o lungo termine erogato da banche o da intermediari finanziari iscritti negli elenchi di cui agli articoli 106 e 107 del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e garantito da iscrizione ipotecaria, ognuno dei debitori in solido può assumere l’intero debito nei confronti del creditore con le modalità indicate dall’art. 1273-bis.

2. Nel caso in cui, a seguito dell’assunzione dell’intero debito da parte di uno o più dei debitori in solido, gli altri siano liberati, tutte le garanzie ipotecarie, da chiunque e in qualunque momento concesse, restano valide e ad esse non si applica l’estinzione delle garanzie stabilita dall’art. 1275.

3. L’accollo dell’intero debito da parte di uno dei debitori in solido comporta rinuncia al regresso tra condebitori di cui all’art. 1299, salvo patto contrario.

Al comma 1 viene espressamente prevista la possibilità che uno dei debitori in solido assuma su di sé l’intero debito mediante il ricorso all’istituto dell’accollo e in particolare alla sottospecie di cui all’art. 1273-bis, che potrà quindi essere cumulativo o liberatorio, anche “per condizione espressa della stipulazione”. La previsione normativa dell’assunzione dell’intero debito da parte di uno dei debitori in solido dovrebbe - da una parte - valere a escludere dall’ambito applicativo della norma le assunzioni parziali, di incerta natura e finalità, dall’altra servirebbe a conferire alla fattispecie un’autonoma dignità nei confronti del creditore, il quale, come già detto, a seguito dell’accollo non acquisterebbe un nuovo diritto nei confronti dell’accollante.

banca, il testo propone opportunamente che la facoltà di surrogazione spetti anche al soggetto che si sia accollato il debito originario, nonostante che tale impegno non abbia assunto rilevanza nei confronti della banca originaria”.

Il comma 2 prevede la possibilità che – come di consueto – l’accollo determini o meno la liberazione dell’accollato, con la previsione in quest’ultimo caso, della sopravvivenza delle garanzie ipotecarie.

Il comma 3 rende esplicito il principio secondo il quale l’accollante, quale obbligato principale, non ha diritto di regresso verso l’accollato. Tale principio meriterebbe di essere qui esplicitato perché nell’accollo in questione – che si innesta su una preesistente obbligazione in solido – l’accollante sarebbe privo del requisito della “terzietà” rispetto al debitore, enunciato nel primo comma dell’art. 1273, c.c. (e forse, anche nell’art. 1235, c.c.), con la conseguenza che l’applicazione del detto principio potrebbe non essere così ovvia.

Paolo Pompei