

CAPITOLO I

INQUADRAMENTO ED EVOLUZIONE STORICA DELL'ISTITUTO

SOMMARIO: 1. Surrogazione personale e surrogazione reale. – 2. Linee evolutive dell'istituto. – 2.1. Teoria della surrogazione reale elaborata dalla dottrina tradizionale. – 2.2. Teorie moderne e ulteriori sviluppi della dottrina francese con l'abbandono dei riferimenti alla finzione di diritto e alle universalità. – 2.3. Surrogazione reale nell'elaborazione dottrinale tedesca. – 3. Confronto con istituti analoghi e ulteriori distinzioni: *datio in solutum* e novazione. – 4. Massime tratlative come “pretium succedit in locum rei” e “commodum repraesentationis” e complessità del fenomeno. – 5. Surrogazione reale e perimento: i concetti di “bene”, “cosa”, “trasformazione” e “sostituzione”. – 6. Necessità di ulteriori indagini e della revisione di alcuni assunti tradizionali relativi alla surrogazione reale.

1. *Surrogazione personale e surrogazione reale*

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

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

Persino nel sistema giuridico più elementare parrebbe ovvio che gli elementi appena considerati non siano mai perpetui. L'ordinamento, dunque, deve necessariamente prevedere dei meccanismi che vengano incontro, da un lato, alle esigenze delle parti, le quali potrebbero decidere di sostituire a sé un diverso soggetto e, dall'altro, a quegli accadimenti imprevedibili, che potrebbero far venire meno l'oggetto del rapporto. Nel primo senso dell'alternativa, potrebbe darsi il caso di colui che, per estinguere un debito, im-

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

pieghi del danaro preso in prestito; nel secondo, che la cosa oggetto dell'obbligazione perisca, oppure venga convertita nel suo equivalente pecuniario o, infine, sostituita da un'altra.

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

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

Gli elementi dell'obbligazione che qui si prendono in considerazione, dunque, sono espressamente contemplati dal codice in riferimento alla possibilità di un loro cambiamento, anche se, per dir così, con una evidente disparità di trattamento. Al mutamento soggettivo, difatti, il codice dedica, come appena visto, numerose disposizioni, peraltro contigue tra loro; a quello oggettivo, invece, poche e soprattutto frammentate. Ciononostante, non si deve escludere che quest'ultimo mutamento, non previsto esplicitamente, sia meno importante e meno problematico.

L'analisi e gli sforzi della dottrina² si sono concentrati – com'era d'altra

²Le opere specificamente dedicate alla surrogazione reale non sono numerose. Tra queste si veda, innanzitutto, F. MACARIO, *Garanzia generica e specifica, cause legittime di prelazione e surrogazione reale*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, coordinato da A. Zoppini, IV, *Attuazione e tutela dei diritti*, II, *L'attuazione dei diritti*, Milano,

parte prevedibile – sul fenomeno noto appunto come surrogazione personale³, che, in via di primissima approssimazione, si può tecnicamente definire come il mutamento di uno dei soggetti all'interno del rapporto obbligatorio, poiché un altro ne ha preso il posto. Stando alla previsione legislativa (artt. 1201 ss.), quando si tratta del lato attivo, tale mutamento può avvenire per tre diverse ragioni o, se si preferisce mutuare il linguaggio codicistico, per la volontà di tre diversi soggetti: il creditore, il debitore e, infine, la legge. In breve, nel rapporto obbligatorio, un soggetto può sempre essere “sostituito” da un altro, a patto che, va da sé, ricorrano determinate condizioni.

La disciplina attuale affonda le sue radici nel previgente codice (artt. 1251 ss. c.c. abr.), il quale distingueva espressamente la surrogazione personale in due specie: convenzionale e legale. Il Codice Pisanelli, a sua volta, aveva recepito l'insegnamento del *Code civil des Français* (già ispiratore dei codici preunitari) in cui l'istituto si presentava sotto la denominazione di

2009, 199. Inoltre, si segnalano: A. MAGAZZÙ, *La surrogazione reale*, Milano, 1968; ID., *Il perimento della cosa e la teoria dell'efficacia giuridica*, in *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, I, II, Milano, 1978, 1203; ID., voce *Surrogazione reale*, in *Enc. del dir.*, XLIII, 1990, 1497; ID., voce *Perimento della cosa*, ivi, XXXIII, 1983, 35; ID., voce *Perdita ed estinzione dei diritti*, ivi, XXXII, 1982, 973. Sull'argomento, poi, C. TOMASSETTI, *La surrogazione reale*, in *Obbl. e contr.*, 2006, 817; A. GIANOLA, voce *Surrogazione reale*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., XIX, Torino, 1999, 238; M. ESU, voce *Surrogazione reale*, in *Enc. giur. Treccani*, XXX, Roma, 1993, 1; L.V. MOSCARINI, voce *Surrogazione reale*, in *Noviss. dig. it.*, XVIII, 1971, 969. Sotto la vigenza del codice Pisanelli, invece: D. BARBERO, *Le universalità patrimoniali*, Milano, 1936, 108 ss.; F. SANTORO-PASSARELLI, *La surrogazione reale*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1926, 31 ss., 209 ss. e 417 ss.; E. PERONACI, *La surrogazione nel diritto civile italiano*, estratto dall'*Enciclopedia giuridica italiana*, Milano, 1910; F. LONGO, *Della surrogazione reale nel diritto italiano*, Napoli, 1897; C. CABELLA, *L'art. 1951 del Codice Civile è applicabile alle somme dovute per causa di assicurazione marittima?*, in *Arch. giur.*, 1881, 26, 197; V. PERUGIA, *Sull'art. 1951 del codice civile e l'art. 285 del codice di commercio*, in *Arch. giur.*, 1881, 26, 279. Il tema, dopo molti anni, sembra aver suscitato nuovamente l'interesse degli interpreti. Si segnalano, a questo proposito, tre recenti contributi, rispettivamente in tema di sostituzione della cosa gravata da ipoteca e separazione patrimoniale: A. GENOVESE, *Il trasferimento dell'ipoteca. Vicende del rapporto ipotecario*, Pisa, 2017; G. PETRELLI, *Destinazioni patrimoniali e trust*, Milano, 2019; e L. BALLERINI, *Patrimoni separati e surrogazione reale. Il patto di sostituzione*, Napoli, 2016.

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

“pagamento con subingresso”⁴. Pur in presenza di un diverso appellativo, la disciplina, comunque, non mutava, essendo comune a tutti la suddetta divisione in due *species*.

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

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

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

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

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

l'interrogativo di cui s'è appena detto, sono state avanzate, sia per la surrogazione reale che per quella personale, grossomodo le medesime soluzioni. Per il momento, si procederà a una sintetica disamina degli aspetti qui trattati.

Inizialmente, per spiegare il fenomeno surrogatorio, s'è fatto ricorso all'espedito della finzione giuridica⁷. Così, nella surrogazione per pagamento, si riteneva che il soggetto "sostituto" prendesse il posto di quello "sostituito". Tale espedito, nella sua semplicità, senz'altro utile a fini esplicativi, consentiva di reputare immutato il rapporto⁸, poiché si era realizzata solamente una mera vicenda di sostituzione. Nella surrogazione reale, allo stesso modo, come si vedrà ampiamente nel prosieguo, per lungo tempo, soprattutto nella dottrina francese, il fenomeno è stato illustrato mediante la medesima *fiction*: il *bien nouveau* prende il posto – e assume il medesimo regime giuridico – del *bien ancien*. In entrambi i casi, dunque, secondo la teoria più risalente, si tratterebbe di un mero mutamento, che non intacca o travolge il rapporto originario.

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

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

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

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

una successione, bensì un fenomeno di tipo novativo, da distinguere però dalla novazione vera e propria, oggetto, come noto, di separata e differente regolamentazione⁹.

Anche su questa nuova strada, tuttavia, si è palesato un ostacolo di non poco conto: spiegare come è possibile essere surrogati in un diritto che, a seguito del pagamento, deve considerarsi estinto¹⁰. Si è tentato allora di conciliare il venir meno del diritto originario con il sorgere di un altro diritto, sussistente tra soggetti diversi. Una possibilità è stata intravista nella scissione tra quest'ultimo e il rapporto, nel senso che il pagamento eseguito dal *solvens* avrebbe due effetti. Da un lato, il soddisfacimento dell'interesse del creditore, il quale si vede estromesso appunto dal rapporto; dall'altro, in virtù del "posto" lasciato vacante da colui il quale ha ricevuto soddisfazione, la nascita di un nuovo diritto, ovvero l'acquisto del credito da parte di chi ha pagato¹¹.

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

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

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

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

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

stata recepita espressamente nella codificazione napoleonica¹² e, poi, in quelle europee¹³, ricevendo così se non una vera e propria autonomia, quantomeno una sua identità. La surrogazione reale, invece, ha trovato spazio inizialmente solo nella legislazione speciale francese¹⁴ e, successivamente, sono state disciplinate esclusivamente singole ipotesi, soprattutto in relazione ai diritti reali di garanzia¹⁵. In secondo luogo, sulla “sfortuna” di questo secondo tipo di surrogazione ha sicuramente inciso un dato fattuale. Se si volge lo sguardo ai principali ambiti entro i quali la surrogazione reale opera, ovvero, volendo generalizzare, il perimento della cosa, ci si renderà conto che questa fattispecie, pur ricorrente da sempre nella pratica, ha suscitato l'interesse dei giuristi e del legislatore solo in un preciso momento storico, ovvero a partire dalla seconda metà del diciannovesimo secolo, in piena rivoluzione industriale, quando i traffici commerciali e l'economia basata sul sistema del credito hanno ricevuto una repentina espansione e si è dunque posto concretamente nella pratica il problema legato alla distruzione della garanzia.

Surrogazione reale e personale, poi, si distinguono sotto un ulteriore aspetto. Sempre soffermandosi sulle vicende che hanno riguardato gli istituti, si deve segnalare che nella surrogazione per pagamento la dottrina pare aver elaborato una soluzione relativamente al problema del suo inquadramento sistematico, a differenza della surrogazione reale. Secondo l'opinione prevalente sul punto – che si colloca logicamente e cronologicamente dopo i tentativi di ricostruzione in termini di finzione di diritto o estinzione-costi-

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

¹³ In Spagna, ad esempio, le disposizioni sulla surrogazione personale sono contenute negli artt. 1209 ss. *Código civil*, che vanno a comporre la parte finale della sezione dedicata alla *novación*, con una collocazione, dunque, che si discosta dalle altre codificazioni, almeno quella italiana e francese. In dottrina si segnalano F. PERTÍNEZ VÍLCHEZ, *sub art.* 1209, in *Código civil comentado*, diretto da A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno e R. Valpuesta Fernández, III, 2^a ed., Madrid, 2016, 518 ss.; L. DíEZ-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, II, *Las relaciones obligatorias*, 6^a ed., Pamplona, 2008, 991 ss.; P. GONZÁLEZ POVEDA, J.M. MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M. PAZ RUBIO, *Tratado de derecho civil*, diretto da J. Santos Briz, coordinato da I. Sierra Gil de la Cuesta, III, *Derecho de obligaciones*, Barcellona, 2003, 154 ss.; J. BELTRAN DE HEREDIA Y CASTAÑO, *El cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1956, 137 ss.

¹⁴ Si veda, a questo proposito, il par. 6 del cap. III.

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

tuzione di un rapporto nuovo –, il pagamento mediante surrogazione si configura come una successione nel lato attivo del rapporto, il quale, nonostante l'intervento di un terzo, dal punto di vista oggettivo rimane immutato¹⁶. Non è possibile in questa sede illustrare tutti gli aspetti della tesi appena riportata, ma era comunque necessario dar conto dei risultati raggiunti, per mettere in luce un'altra divergenza tra gli istituti in discorso.

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

Sia però concesso di rilevare che qualunque indagine sulla surrogazione reale, tanto in prospettiva storica, quanto comparatistica, non potrà seguire

¹⁶ Secondo A. GIANOLA, voce *Surrogazione (pagamento con)*, cit., 234 ss., nel caso di pagamento con surrogazione, il terzo paga consapevolmente il debito altrui non per realizzare il diritto del creditore, bensì per estromettere quest'ultimo dal rapporto obbligatorio, al fine di realizzare un proprio interesse. Pertanto, il rapporto obbligatorio sopravvive e il terzo subentra nella posizione del creditore. Discorrono di successione anche C.A. CANNATA, M. PROSPERETTI e G. VISINTINI, *L'adempimento delle obbligazioni*, cit., 163. Si veda inoltre, negli stessi termini, A. MAGAZZÙ, voce *Surrogazione per pagamento*, cit., 1525.

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

¹⁸ Si deve segnalare il tentativo di O. BUCCISANO, *La surrogazione per pagamento*, cit., 91 ss. di ricostruire un principio generale di surrogazione comprendente tanto quella personale quanto quella reale.

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

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

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

Nonostante, come appena visto, alla nostra espressione corrispondano dei diretti equivalenti all'estero ed essa sia perciò immediatamente traducibile, questa circostanza non deve trarre in inganno. Sarebbe difatti errato, oltretutto riduttivo, ritenere di poter svolgere compiutamente l'indagine esclusivamente mediante la ricerca nelle fonti legislative e dottrinali estere delle predette espressioni.

Una conferma di ciò si può rinvenire nei diritti inglese e nordamericano²², presso i quali è piuttosto raro, difatti, trovare il termine *subrogation*

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

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

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

²² Qui, al contrario di quanto avviene in Germania, il termine *subrogation* identifica la surrogazione personale, in particolar modo quella dell'assicuratore al posto dell'assicura-

preceduto dall'aggettivo *real*²³. Ciò non toglie, in ogni caso, che il fenomeno in esame è comunque ben conosciuto. A titolo meramente esemplificativo, si pensi al *trust* e all'ipotesi in cui l'amministratore dispone dei beni oggetto di quest'ultimo in esecuzione o in violazione del suo incarico o dei suoi doveri; in tal caso, il ricavato, o quanto acquistato in sostituzione del bene alienato, sarà anch'esso sottoposto automaticamente – per surrogazione reale, si direbbe – al *trust*²⁴.

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

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

2. Linee evolutive dell'istituto

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

to danneggiato. Cfr. C. MITCHELL, S. WATTERSON, *Subrogation. Law and Practice*, Oxford, 2007; C. MITCHELL, *The law of subrogation*, Oxford, 1994; D.S.K. ONG, *Ong on subrogation*, Annandale, 2014; R.C. HORN, *Subrogation in insurance theory and practice*, Philadelphia, 1964.

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

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

²⁵ Come riferisce F.J. ANDRÉS SANTOS, *Introducción Histórico-Dogmática a la idea de la subrogación real*, in *Anuario de derecho civil*, 1998, 685, al quale si rinvia per i riferimenti agli autori che hanno svolto l'indagine storica, già nel diritto neobabilonense ed ellenico si rinvennero esempi dell'idea di surrogazione reale, in particolare in riferimento al patrimonio – che, come si vedrà, per molto tempo è stato ritenuto terreno d'elezione dell'istituto in analisi –, quando un bene ne fuoriesce e viene sostituito dal corrispettivo o da ciò

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

Ebbene, allora come ora, si poneva il problema dell'alienazione o della donazione dei beni che appartengono a tale massa da parte di un soggetto non legittimato, come potrebbe essere, ad esempio, l'erede apparente. L'erede legittimo non avrebbe potuto, normalmente, avanzare alcuna pretesa nei confronti dell'acquirente di tali cose. Fu per questa ragione che, grazie al contributo dei suddetti giuristi, si iniziarono a considerare come parte dell'eredità anche i beni acquistati in ragione dell'eredità medesima. Non passò poi molto tempo prima di estendere l'azione di petizione anche e proprio a queste ultime cose, con la conseguenza che l'oggetto del giudizio non sarebbe stato il bene originariamente facente parte della massa ereditaria, bensì il suo "sostituto". Un'ipotesi analoga era costituita dalla dote. Anche qui si dava il problema relativo alla "trasformazione" dei beni dotali in caso di necessità o convenienza, come la loro vendita e il successivo acquisto di cosa differente. Al pari dell'eredità, una volta qualificata la *dotem* come un insieme (*rectius*: universalità) di cose, si giunse ad ammettere che il prezzo o il surrogato di uno dei suoi elementi entrassero anch'essi a far parte della dote e fossero sottoposti al medesimo regime giuridico²⁷.

È in questo contesto che si affaccia per la prima volta l'idea della "finzione", nel senso che, nel pragmatico modo di procedere dei giuristi romani, l'unico modo per attribuire la qualità di bene ereditario o dotale a una cosa che tale qualità non aveva era proprio quello di "fingere" che l'avesse²⁸.

che è stato acquistato in sostituzione. Si segnala, inoltre, l'indagine di G. HAMZA, *Comparative law and antiquity*, Budapest, 1991, 235 ss., secondo il quale il principio della surrogazione era comune ai popoli più antichi; l'esempio riportato dall'Autore è relativo all'alienazione di un bene da parte del non proprietario e la sua sostituzione con il ricavato, che spetterebbe al legittimo titolare. Per un'analisi ancora più specifica del caso in discorso relativa al diritto della Grecia antica, si veda F. PRINGSHEIM, *The Greek Law of Sale*, Weimar, 1950.

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

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

²⁸ Sul concetto di finzione in senso giuridico si veda il mirabile contributo di S. PUGLIATTI, voce *Finzione*, in *Enc. del dir.*, XVII, Milano, 1968, 658. Si segnalano, poi, sullo stesso argomento, A. GAMBARO, voce *Finzione giuridica nel diritto positivo*, in *Dig. disc.*

L'espedito della finzione di diritto, come si vedrà, sopravvivrà sino agli inizi del ventesimo secolo e rappresenta senza dubbio un punto fermo nella teorizzazione della surrogazione reale.

Nel corso del medioevo, il concetto di *universitas* venne ulteriormente affinato dai glossatori, impegnati in un intenso recupero e rielaborazione delle fonti romane, nelle quali il termine universalità ricorreva nei contesti più disparati. Per questa ragione, i giuristi dell'epoca elaborarono una nozione ampia di *universitas facti* (cose corporali) e *universitas iuris* (cose corporali e incorporali), in cui in quest'ultima si ricomprendevano un qualsiasi aggregato di beni e diritti al medesimo tempo²⁹. Tale accezione era piuttosto vasta, per non dire quasi confusa, tanta era la sua indeterminatezza, ma era dotata di una particolarità, ovvero l'indipendenza delle cose o dei diritti singolarmente considerati dal tutto. In altri termini – e questo costituisce uno dei passaggi fondamentali per i successivi sviluppi delle teorie relative alla surrogazione reale –, pur variando i singoli elementi, sia in aumento che in diminuzione, l'*universitas* rimaneva sempre la stessa, in virtù appunto del fatto che era da considerarsi come un'"entità" autonoma. Universalità per eccellenza, dunque, secondo l'elaborazione dell'epoca, erano il patrimonio e l'eredità³⁰.

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

priv., sez. civ., VIII, Torino, 1992, 343; e R. GUASTINI, voce *Finzione giuridica (nella teoria generale)*, ivi, 354. Per l'ordinamento francese, invece, si veda l'interessante lavoro di G. WICKER, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Parigi, 1997.

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

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

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

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

Un significativo contributo ai concetti in discorso fu successivamente apportato da Bartolo da Sassoferrato, al quale generalmente si attribuisce il noto adagio *in iudiciis universalibus pretium succedit in locum rei, res in locum pretii*³³. Sempre del giurista marchigiano è la massima, meno nota, ma altrettanto rilevante, *subrogatum sapit naturam eius in cuius locum subrogatur*, che esprime il concetto secondo cui il bene sostituito subentra a quello sostituito nella medesima condizione, assumendo le stesse qualità giuridiche. Dalla combinazione dei concetti condensati nelle anzidette formule latine, dunque, emerge la consapevolezza da parte dei giuristi delle epoche sino ad ora considerate e, soprattutto, del diritto comune, dell'idea di un principio di surrogazione, relativo alla sostituibilità dei beni che appartengono a un insieme qualificato, avente una sua rilevanza e autonomia giuridiche.

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

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

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

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

rogazione reale³⁵. Ma l'influenza dell'illustre giurista è andata ancora più in là. Un ulteriore corollario che si è fatto discendere dalla sua elaborazione è che la surrogazione reale sia un meccanismo a carattere eccezionale, che può operare solo ed esclusivamente, appunto, o nelle universalità, in cui la sostituzione dei beni avviene normalmente, oppure laddove sia espressamente previsto dalla legge³⁶. Di tutto questo, in ogni caso, si darà conto più avanti.

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

2.1. Teoria della surrogazione reale elaborata dalla dottrina tradizionale

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

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

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

³⁷ La dottrina francese è quella che più di tutte ha fornito un contributo allo studio dell'argomento. A questo proposito, si vedano: M.J. FLACH, *De la subrogation réelle*, in *Revue historique de droit française et étranger*, 1868, 448 ss.; ID., *De la subrogation réelle*, Parigi, 1870; E. PAULMIER, *De la subrogation réelle en droit romain et en droit français*, Orléans, 1882, 4 ss.; M. DEMOGUE, *Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle*, in *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1901, 236 ss.; C. STORA, *De la subrogation réelle*, Parigi, 1901; J. AURENGE, *La Subrogation réelle*, Parigi, 1910; A. MAGNILLAT, *De la subrogation réelle*, Lione, 1912; A. HENRY, *De la subrogation réelle, conventionnelle et légale*, Parigi, 1913; H. CAPITANT, *Essai sur la subrogation réelle*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1919, 385 ss.; C. BORNET, *La notion de subrogation réelle et le emploi prévu par la loi des dommages de guerre*, Lilla, 1921; J. BONNECASE, *La subrogation réelle*, in *Traité théorique et pratique de droit civil*, suppl. III, diretto da G. Baudry-Lacantinerie, Parigi,

Innanzitutto, una notazione di ordine terminologico. La teoria che si andrà immediatamente a tratteggiare assume la denominazione di “classica” in contrapposizione alle teorie successive, che negheranno una correlazione tra surrogazione reale, universalità e finzione. Tale attributo, dunque, è stato conferito *a posteriori*, per differenziare la concezione, per dir così, “tradizionale” della surrogazione, sviluppata appunto in Francia nel diciannovesimo secolo, da quelle più moderne. Il contributo della dottrina francese, per tale ragione, non può essere affatto trascurato ed è perciò opportuno, nei limiti del possibile, darne conto.

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

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

1926, 688 ss.; A. CERBAN, *Nature et domaine d'application de la subrogation réelle*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1939, 47 ss.; M. LAURIOL, *La subrogation réelle*, Parigi, 1954; G. MARTY, P. RAYNAUD, *Droit civil*, I, 2^a ed., Parigi, 1972, 470 ss.; V. RANOUIL, *La subrogation réelle en droit civil français*, Parigi, 1985; E. SAVAUX, G. GRIMONPREZ, voce *Subrogation réelle*, in *Répertoire de droit civil*, IX, Parigi, 2014, 1 ss. Per il Belgio, si veda, da ultimo, V. SAGAERT, *La dématérialisation des droits réels sur des biens matériels: l'extension de la subrogation réelle*, in *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, Bruxelles, 2004, 383 ss.

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

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

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

c.c.⁴¹. Che non si potesse fare affidamento solo al suddetto criterio era chiaro anche all'epoca, tanto è vero che uno dei maggiori ambiti nei quali i fautori della teoria classica ritenevano operante la surrogazione era proprio quello del patrimonio, relativamente al quale, a quanto consta, il Codice Napoleone non detta regole specifiche in merito alla surrogazione.

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

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

⁴¹ L'art. 132 c.c. francese prevedeva che "si l'absent repaît, ou si son existence est prouvée, même après l'envoi définitif, il recouvrera ses biens dans l'état où ils se trouveront, le prix de ceux qui auraient été aliénés, ou les biens provenant de l'emploi qui aurait été fait du prix de ses biens vendus". Una riforma intervenuta nel 1978 ha spostato la disposizione sotto l'art. 130: "l'absent dont l'existence est judiciairement constatée recouvre ses biens et ceux qu'il aurait dû recueillir pendant son absence dans l'état où ils se trouvent, le prix de ceux qui auraient été aliénés ou les biens acquis en emploi des capitaux ou des revenus échus à son profit".

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

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

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

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

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

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

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

Nell’analisi di queste ipotesi legislative, poi, si giunse a formulare una suddivisione tra due tipi di surrogazione, uno generale e un altro speciale. Il primo è quello operante nel patrimonio del soggetto, secondo la concezione dell’epoca, universalità per eccellenza; per cui i beni entrano e fuoriescono da quest’ultimo, senza che il tutto muti la sua funzione di garanzia per le obbligazioni. Il secondo, invece, è relativo alle cose in particolare. Un esempio potrà chiarire meglio. Si pensi al caso della dote e alla vendita o alla sostituzione di un bene dotale con il prezzo o un’altra cosa. In queste ipotesi si riteneva operare una surrogazione relativamente al singolo bene considerato, che avrebbe assunto il medesimo regime giuridico del precedente, con tutta l’applicazione della relativa disciplina⁵⁰.

Occorre tuttavia una precisazione. Quando i fautori della teoria classica

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

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

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

⁴⁹ Si esprimeva in questi termini M.J. FLACH, *De la subrogation réelle*, 1870, cit., 5.

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

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

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

In breve, come è stato giustamente affermato, la teoria classica della surrogazione reale è consistita in una "attualizzazione" – per l'epoca, chiaramente – della dottrina diffusasi nel diritto comune, condensata nelle due massime attribuite a Bartolo da Sassoferrato di cui si è già detto⁵³. Va però

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

⁵² Per l'Italia, si segnala quello che pare essere, a quanto consta, l'unico lavoro monografico sulla surrogazione reale, ovvero l'opera di F. LONGO, *Della surrogazione reale nel diritto civile italiano*, cit. Tale contributo sicuramente subisce l'influenza della dottrina francese; esso muove, difatti, dall'analisi della nota massima di Bartolo da Sassoferrato, per poi analizzare i vari casi di surrogazione reale, suddivisi secondo la tradizionale distinzione tra surrogazione reale generica e speciale, sempre nell'ambito delle universalità. L'opera del Longo, tuttavia, immediatamente dopo la sua pubblicazione, non riscosse molte adesioni. Si segnala, a questo proposito, la netta bocciatura di A. LUCCI, *Recensione a F. Longo, Della surrogazione reale nel diritto italiano*, in *Arch. giur.*, 1897, 237. Per la Spagna, invece, si vedano le pagine di M.L. MARÍN PADILLA, *La Formación del concepto de subrogación real*, cit., 1159 ss., nei quali l'Autrice ricostruisce, con l'ausilio di ampi riferimenti storici, la surrogazione reale nel diritto spagnolo precedente e successivo alla codificazione.

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

rilevata una differenza. Mentre sino alla codificazione napoleonica l'ambito principale di applicazione della surrogazione reale era quello dell'eredità, successivamente, senza comunque trascurare quest'ultimo, ci si soffermò piuttosto sul patrimonio, quale universalità per eccellenza. Il motivo è probabilmente da ricercare nella previsione di cui all'art. 2092 c.c. francese, a norma del quale chi s'è obbligato personalmente è tenuto ad adempiere con tutti i suoi beni mobili e immobili, presenti e futuri⁵⁴. La disposizione, di indubbia novità per l'epoca, evidentemente distolse l'attenzione dall'ambito ereditario per spostarla su quello della responsabilità patrimoniale.

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

2.2. Teorie moderne e ulteriori sviluppi della dottrina francese con l'abbandono dei riferimenti alla finzione di diritto e alle universalità

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

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

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

⁵⁶ Italia, Germania e Spagna, invece, come si vedrà, recepiranno il principio diretta-

Occorre però procedere con ordine. Si è detto che il punto di partenza delle nuove concezioni della surrogazione reale non è la cosa in sé e per sé considerata, bensì il suo valore. Un primo passo viene compiuto da chi inizia a porre in dubbio il carattere fittizio della surrogazione, anche se con alcune riserve e distinzioni. Secondo un'impostazione, per dir così, intermedia tra quella classica e le altre che si vedranno immediatamente, occorre distinguere la surrogazione che può esser disposta dai singoli – per volontà delle parti, dunque, ma sempre negli ambiti ammessi dall'ordinamento – da quella invece appannaggio esclusivo della legge, ferma restando comunque la tradizionale *summa divisio* tra surrogazione generica e speciale (ovvero, rispettivamente, nelle universalità e in relazione alle singole cose). Se ci si muove nell'ambito dell'autonomia privata, nel caso in cui l'attribuzione di una determinata qualità al bene avvenga per convenzione, sono le parti medesime ad aver prodotto tale meccanismo, assicurando così un "ensemble de résultats juridiques, que la volonté individuelle, par voie de contrat par exemple, pouvait réaliser"⁵⁷. L'esempio potrebbe essere quello della comunione dotale, nel quale, secondo questa teoria, non sarebbe corretto discorrere di finzione. Qualora, invece, si tratti di una qualità che solo la legge può conferire alla cosa, allora si rientra "dans la sphère de la fiction juridique"⁵⁸. Il caso è quello dell'indennità dovuta dall'assicuratore per il perimento del bene, in cui solo mediante una finzione si può ammettere che il diritto reale immobiliare (l'ipoteca) gravi su un bene mobile (il danaro, ossia l'indennizzo).

La teoria appena riportata si discosta solo in parte dalle precedenti elaborazioni, anche se è indice del tentativo d'accantonare, per quanto possibile, il finzionismo. Per altro verso, invece, l'illustre civilista francese al quale si deve la sua formulazione ha il merito d'aver portato la discussione su un terreno diverso, ovvero quello della "destinazione" dei beni a un determinato scopo. In quest'ottica, più che la cosa nella sua individualità, rileva il suo valore pecuniario, in quanto essa è posta a presidio di un determinato interesse, ovvero quello sotteso appunto alla destinazione o allo scopo al quale è stata destinata⁵⁹.

Vengono poste così le basi per le ricostruzioni successive, secondo le quali il meccanismo surrogatorio opera in presenza di una *affectation*, ter-

mente nella codificazione civile. Quanto all'Italia, si tratta dell'art. 1951 c.c. abr. (ora art. 2742 c.c.); per la Spagna, l'art. 1877 c.c. spagnolo. Per la Germania, infine, i §§ 1127 e 1228 BGB. Per ulteriori approfondimenti su questo argomento si vedano i parr. 1 ss. del cap. III

⁵⁷ L'espressione è di R. SALEILLES, nota a App. Digione, 30 giugno 1893, in *Recueil général des lois et des arrêts*, 1894, II, 185 ss.

⁵⁸ Così, ancora, R. SALEILLES, *op. loc. cit.*

⁵⁹ R. SALEILLES, nota a App. Digione, cit., 187. Si segnala però che l'Autore qui citato riterrà successivamente di mutare opinione e abbandonare l'originaria distinzione tra i casi in cui la surrogazione reale sarebbe o non sarebbe una finzione. Cfr. ID., nota a Cass., 29 aprile 1901, in *Recueil général des lois et des arrêts*, 1903, I, 321 ss.

mine che trova un equivalente nel nostro “destinazione” o “scopo”⁶⁰. Si badi però che – almeno per ora – non si deve intendere in senso tecnico la precedente affermazione, ma essa serve unicamente a esemplificare la condizione di una cosa sottoposta a un certo regime giuridico, che si potrebbe dire “speciale”, in contrapposizione a quello ordinario nel quale su di essa non pende alcun “vincolo” specifico.

Tutte le volte in cui un determinato bene è stato appunto “destinato” a una certa funzione, che potrebbe essere, ad esempio, quella di garanzia dell’obbligazione (pegno o ipoteca), è possibile la surrogazione reale. Esso, difatti, non rappresenta nient’altro che un determinato valore; ma poiché quella cosa aveva ricevuto un determinato scopo, affinché esso sia assicurato, è necessario che il bene sostituto vi sia sottoposto a sua volta, qualora quello originario sia venuto meno o sia stato sostituito⁶¹. Si inizia così ad operare una sorta di dissociazione tra la “cosa” in senso materiale e il suo valore pecuniario.

Che fosse necessario garantire questa possibilità di sostituzione, pur mantenendo costante il “vincolo” originario, era chiaro già agli inizi del ventesimo secolo. Uno scrittore dell’epoca aveva infatti intuito come “cette façon de concevoir les valeurs d’affectation est préférable [...] parce qu’elle répond mieux [...] à la mobilité inévitable de l’état économique”⁶². Il passaggio dall’economia statica a quella dinamica, dunque, impone di ricercare meccanismi in grado di garantire al medesimo tempo gli interessi contrapposti del debitore e del creditore garantito. Da un lato, il primo, che non vuole veder immobilizzata la cosa data in garanzia; dall’altro, il secondo, interessato a mantenere la preferenza che la legge gli accorda, in caso di sostituzione o perimento della garanzia medesima. Su questi specifici problemi, in ogni caso, si tornerà più avanti.

L’aver posto l’accento sulla relazione tra la cosa e il suo valore ha consentito, inoltre, di sganciare definitivamente la surrogazione reale dal campo delle universalità. In precedenza, il vincolo di “destinazione”, nel senso generalissimo del termine, era riferito ai beni del debitore a garanzia delle obbligazioni assunte, quali elementi del suo patrimonio; ora, invece, si ammette che anche nei rapporti giuridici che hanno ad oggetto una singola cosa sia possibile la surrogazione reale. Il caso è quello dell’obbligo di restituzione di un bene trasferito a *non domino*. Il legittimo proprietario, secondo uno degli esempi più diffusi all’epoca tra gli autori, la cui cosa sia stata alie-

⁶⁰ Nella dottrina francese contemporanea si segnala sull’argomento l’ampio contributo di S. GUINCHARD, *L’affectation des biens en droit privé français*, Parigi, 1976.

⁶¹ Il primo, a quanto consta, ad approfondire la relazione la surrogazione reale e l’idea della destinazione patrimoniale è M. DEMOGUE, *Essai d’une théorie générale de la subrogation réelle*, cit., 249 ss.

⁶² Il riferimento è ancora a M. DEMOGUE, *Essai d’une théorie générale de la subrogation réelle*, cit., 250.

nata da un altro a un soggetto in buona fede, potrà pretendere dall'alienante il prezzo conseguito in seguito all'alienazione o ciò in cui sia stato reinvestito. Taluno, a questo proposito, arrivò a formulare un principio generale, che pare utile riportare: "lorsque, dans un intérêt de crédit, la loi admet qu'un droit soit perdu pour son titulaire sans le consentement de ce dernier, celui-ci exerce alors un droit analogue sur les biens que l'aliénateur a acquis en échange ou en remploi du prix"⁶³.

Si riconoscono così nuovi ambiti nei quali opera il meccanismo surrogatorio. In primo luogo, in relazione ai beni che hanno ricevuto una specifica destinazione, la quale li ha posti a "garanzia" di un determinato interesse, che può essere realizzato anche sull'equivalente del bene medesimo, rappresentato o dal prezzo o da ciò che sia stato acquistato in sua sostituzione; in secondo luogo, nel caso in cui si debba restituire una cosa trasferita indebitamente da parte di colui che non ne era il titolare. Ma le innovazioni proposte dalla teoria in analisi non si fermano qui. Si pone, per la prima volta, la questione relativa ai diritti dei terzi e, più in particolare, alla pubblicità. Soprattutto con riferimento al primo degli indicati ambiti d'operatività della surrogazione reale, viene per la prima volta affermato che è necessario ripetere le formalità pubblicitarie imposte dalla legge e richieste per la costituzione del vincolo sul bene originario e successivamente sostituito da un altro⁶⁴. Innovazioni, queste, senza dubbio notevoli rispetto a tutta l'elaborazione precedente.

L'influenza della dottrina francese non tarderà ad estendersi anche presso di noi. Un'autorevolissima voce della nostra civilistica, difatti, sempre nell'ambito del tradizionale problema delle universalità, efficacemente delinea la distinzione tra i fenomeni della surrogazione e della sostituzione, per dir così, pura e semplice; distinzione questa che ha rilevanza appunto in riferimento al problema delle *universitates* e precipuamente del patrimonio. La prima non sarebbe nient'altro che una sostituzione "qualificata", poiché interessa il diritto, mentre la seconda farebbe sì che una cosa subentri in luogo di un'altra, senza che al diritto importi tale sostituzione. Per tale ragione, prosegue l'Autore, nelle universalità, la sostituzione di un bene all'altro, non integra un caso di surrogazione reale⁶⁵.

⁶³ M. DEMOGUE, *Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle*, cit., 302.

⁶⁴ M. DEMOGUE, *Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle*, cit., 308, secondo il quale "il est donc nécessaire d'assurer la tranquillité des tiers par un système de publicité".

⁶⁵ F. SANTORO-PASSARELLI, *La surrogazione reale*, cit., 34 e 59 ss. Si badi però che l'Autore esclude che nelle universalità si possa discorrere di surrogazione reale in quanto verrebbe a mancare l'elemento della finzione. Egli riporta, a questo proposito, il caso dell'alienazione volontaria di un bene, nel quale mancherebbe appunto la finzione, poiché sul prezzo della cosa venduta o su quella nuova non permane il diritto che gravava sulla precedente. In altri termini, sarebbe la libera volontà delle parti a far fuoriuscire il bene (e il relativo diritto) dal patrimonio mediante la cessione e ad acquistare in corrispettivo un altro bene (con il relativo nuovo diritto).

Come si diceva, contemporaneamente all'approfondimento del nuovo legame tra surrogazione e valore economico⁶⁶, scompare nelle definizioni dell'istituto il riferimento alla finzione. In uno studio del periodo qui preso in considerazione, si legge che la surrogazione reale "consiste dans la substitution d'une chose matérielle à une autre matérielle dans une obligation ou dans un droit dont l'objet consiste essentiellement dans une valeur"⁶⁷. Tuttavia, occorre segnalare che l'idea della finzione era talmente radicata nella cultura giuridica occidentale che, seppur con una diffusione che andrà lentamente scemando nel tempo, sopravvivrà ancora a lungo⁶⁸.

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

Sempre nel panorama della dottrina francese, nel periodo compreso tra le guerre mondiali, proseguono gli studi sulla surrogazione reale. Nonostante la mole di contributi prodotta sino a quel momento, serpeggiava comunque una certa insoddisfazione per i risultati ai quali si era giunti⁶⁹. Non mancano perciò ancora nuove proposte e ricostruzioni circa il fondamento dell'istituto. Tra queste, merita quantomeno un cenno la teoria secondo la quale la surrogazione reale avrebbe un duplice fondamento. Si può anticipare sin da ora che quest'ultima ricostruzione si distingue dalle precedenti, poiché, per la prima volta, chiama in causa l'equità per motivare l'operatività del meccanismo surrogatorio. Secondo il fautore della teoria in discorso, la surrogazione reale avrebbe innanzitutto un ruolo "technique", che, a sua volta, si suddivide in due sottospecie. Da un lato, evitare la confusione, all'interno del medesimo patrimonio, dei beni sottoposti a regimi differenti.

⁶⁶ Legame che, comunque, non vedeva tutti d'accordo. Cfr. le osservazioni critiche di F. SANTORO-PASSARELLI, *La surrogazione reale*, cit., 61, alle tesi di M. DEMOGUE, *Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle*, cit. 236 ss.

⁶⁷ A. HENRY, *De la subrogation réelle, conventionnelle et légale*, cit., 377 ss.

⁶⁸ Per l'Italia, si veda G. LO MONACO, *Istituzioni di diritto civile italiano*, V, Napoli, 1895, 222 ss.; ma si veda altresì, più recente, lo stesso F. SANTORO-PASSARELLI, *La surrogazione reale*, cit., 60, secondo il quale "la surrogazione è una finzione e dev'essere determinata dalla legge". In tempi ancora più recenti, si segnala V. RANOUIL, *La subrogation réelle en droit civil français*, cit., 31 ss., la quale, pur limitandosi a riportare le varie ricostruzioni in termini di finzione della surrogazione reale e a dichiarare di volersene discostare, alla fine sembrerebbe comunque ricadere in questa concezione, poiché nega la vigenza di un principio generale di surrogazione e gli riconosce operatività solo in casi speciali, predeterminati dalla legge. Una conclusione, di fatto, non molto lontana dalla teoria tradizionale. Anche F.J. ANDRÉS SANTOS, *Introducción Histórico-Dogmática a la idea de la subrogación real*, 717 ss., riconosce all'opera dell'Autrice francese un ritorno, in sostanza, all'idea della finzione.

⁶⁹ Il riferimento va al breve, ma denso di spunti, contributo di H. CAPITANT, *Essai sur la subrogation réelle*, cit., 387, il quale, relativamente alla definizione della surrogazione reale in voga sino a quel momento, affermava che essa "manque incontestablement de précision".

L'esempio, ancora una volta, è quello della dote: le cose facenti parte di quest'ultima possono circolare liberamente, ma il loro corrispettivo o quanto acquistato in loro sostituzione saranno anch'essi sottoposti al medesimo regime⁷⁰. Dall'altro, prevenire la confusione di due patrimoni appartenenti a titolari differenti che, però, momentaneamente si trovano riuniti nelle mani di un unico soggetto. Il caso è quello dell'accettazione dell'eredità con beneficio d'inventario: se l'erede vende un bene dell'eredità, il prezzo sarà surrogato a quest'ultimo ed entrerà a far parte della massa ereditaria⁷¹. Vi sarebbero poi altre ipotesi nelle quali, invece, la surrogazione avrebbe un fondamento equitativo. Più precisamente, quando il creditore ha su un determinato bene un diritto di prelazione (*droit de préférence*), che però non è assistito da un diritto di sequela (*droit de suite*). Alla vendita del bene sottoposto a tale vincolo, grazie al meccanismo surrogatorio, la prelazione – per ragioni d'equità – dovrebbe trasferirsi sul ricavato della vendita medesima⁷².

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

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

Dopo l'abbandono dell'espedito della finzione e dopo aver posto l'accento sul valore della cosa, piuttosto che sulla sua individualità e materialità, rimaneva ancora un elemento della teoria classica, sia consentita l'espressione, da smantellare. Successivamente all'elaborazione della teoria di cui si è appena dato conto, ne fu presentata un'altra, altrettanto innovativa.

⁷⁰In questo modo, afferma H. CAPITANT, *Essai sur la subrogation réelle*, cit., 394, si conserva la massa dei beni dotali. Tra gli esempi che rientrano nel caso dell'appartenenza dei beni alla medesima persona, ma con sottoposizione a diversi regimi giuridici, l'Autore annovera anche l'immobile acquisito in costanza di matrimonio con lo scambio di un altro immobile personale, che, a norma dell'art. 1407 c.c. francese (nella versione vigente all'epoca) rimane tale; egli vi fa rientrare anche i beni acquistati dalla moglie con il frutto del proprio lavoro.

⁷¹Ma H. CAPITANT, *Essai sur la subrogation réelle*, cit., 400, si spinge più in là. Egli afferma inoltre che, ad esempio, se un bene dell'eredità venisse distrutto a causa di un sinistro, l'indennizzo dell'assicurazione o il risarcimento dovuto dal responsabile sarebbero surrogati alla cosa perita; parimenti nel caso d'espropriazione per pubblica utilità.

⁷²H. CAPITANT, *Essai sur la subrogation réelle*, cit., 409 ss.

Si tratta del primo tentativo di circoscrivere e limitare la surrogazione reale solo a quella speciale, ovvero che avviene in relazione a rapporti che hanno ad oggetto cose singole e determinate. La definizione del fenomeno formulata a questo proposito è significativa: “La subrogation réelle est une institution juridique essentiellement relative à un patrimoine considéré, a un moment donné de sa durée, dans ses éléments concrets et individuelles; sa fonction consiste pour le cas d’aliénation ou de perte de l’un de ces éléments à reporter, sous réserve des intérêts des tiers, de plein droit on en vertu de la volonté des intéressés, sur le bien individualisé acquis en remplacement, les droits qui grevaient le bien sorti du patrimoine”⁷³. Si noti, innanzitutto, che, a differenza di quanto letto sino ad ora nelle varie precedenti definizioni, in quest’ultima non si discorre né di mera sostituzione di una cosa all’altra, né di attribuzione di determinate qualità alla nuova, bensì s’afferma che la funzione della surrogazione è quella di “riportare” sul bene subentrato il diritto “qui grevaient” su quello fuoriuscito dal patrimonio. Il riferimento a quest’ultimo, tuttavia, non deve trarre in inganno, poiché, secondo la teoria in analisi, esso non deve essere più considerato come un “tutto” unitario, indipendentemente dalle singole componenti, ma “dans ses éléments concrets et individuelles”, rispetto ai quali opera singolarmente il meccanismo surrogatorio.

Da queste premesse, si fa discendere un nuovo fondamento all’istituto in analisi, che – con un riferimento invero un po’ generico – sarebbe addirittura connaturato alla stessa “notion de droit”. Il diritto, in altri termini, dovrebbe garantire l’equilibrio sociale, per la salvaguardia e la protezione delle persone, tanto individuali quanto giuridiche, non potendosi arrestare di fronte al mero perimento o trasformazione della cosa materiale, pena il venir meno del suo scopo⁷⁴.

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

⁷³ La definizione è di J. BONNECASE, *La subrogation réelle*, cit., 776. Si noti che, nel contributo appena citato, tale definizione è posta quasi alla conclusione della trattazione, ovvero dopo una lunga serie di osservazioni critiche alle teorie sulla surrogazione reale, a differenza degli scrittori precedenti, i quali, quasi a voler seguire un metodo tradizionale, invece avevano sempre enunciato la propria definizione del fenomeno in principio. L’Autore riproporrà, senza sostanziali modifiche, la sua visione nella successiva opera ID., *Précis de droit civil*, III, Parigi, 1935, 5 ss.

⁷⁴ A questo proposito, J. BONNECASE, *La subrogation réelle*, cit., 780 ss., dopo averla eleva a principio generale del sistema, accosta la surrogazione reale all’arricchimento senza causa e all’abuso del diritto. Egli afferma, inoltre, che “la notion de droit abdiquerait donc son rôle si cet équilibre auquel elle a mission de présider pouvait être rompu par le fait seul de la perte et de la détérioration des choses matérielles, autrement dit par le fait seul de la transformation de la matière”. In sintesi, il meccanismo surrogatorio ha, per dir così, una funzione di salvaguardia delle relazioni giuridiche.